

RAFAEL RAMIRES ARAUJO VALIM

**O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2009

RAFAEL RAMIRES ARAUJO VALIM

**O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito do Estado), sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2009

Banca Examinadora

Aos meus pais, Edemir e Eneida, e ao meu irmão Rodrigo, preito de amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Sabe-se que toda obra científica, embora meditada e redigida na mais completa solidão, é o resultado da comunhão de esforços, diretos ou indiretos, conscientes ou inconscientes, de muitas pessoas.

Por isso, àqueles que me auxiliaram e aos quais sou profundamente grato, credito os méritos deste trabalho, se algum nele houver. Já os deméritos a mim, exclusivamente, pertencem.

Agradecer publicamente constitui sempre uma temeridade, dado o risco de olvidar-se de alguma pessoa querida. Mas assumirei o risco, desculpando-me de antemão por eventual esquecimento.

Agradeço aos meus pais, Edemir Valim e Eneida Valim, o amor, o apoio, a confiança, o exemplo de retidão, e, sobretudo, a possibilidade de ter crescido em um lar sereno e fraterno.

Ao meu irmão, Rodrigo Valim, exemplo de entusiasmo e generosidade, e ao meu primo e irmão de afeto, Antonio Ferreira Inocêncio Neto, exemplo de solidariedade, agradeço o companheirismo de sempre.

Aos meus avós, Virgílio Valim e Aristéia Valim, exemplos de retidão e coragem, agradeço a permanente presença; também à Carlos Ramires e Dalila Novaes Ramires, agradeço o carinho.

À Camila Almeida Janela, minha grande companheira e cujo auxílio foi decisivo para a conclusão desta obra, devo agradecer o amor, o carinho, o apoio e incentivo incondicionais, e principalmente a compreensão nos momentos em que estive ausente. Sei que este singelo agradecimento não é suficiente para recompensar tudo o que fez e faz por mim, então espero que

ao menos o trabalho tenha qualidade suficiente para justificar os sacrifícios e privações que suportou durante os últimos anos. Sempre terá meu amor e minha admiração.

Aos amigos e sócios de escritório, Luiz Henrique Alves Bertoldi e Gustavo Marinho de Carvalho, agradeço o apoio, o intercâmbio intelectual e a paciência com um sócio por vezes ausente. Ao Gustavo também agradeço a atenta leitura deste trabalho.

Aos amigos que tive a ventura de conhecer no mestrado da PUC-SP e de cuja convivência, profícua e festiva, extraio grandes lições. A todos, o meu agradecimento: Angélica Petian, Augusto Neves Dal Pozzo, Bruno Francisco Cabral Aurélio, Décio Gabriel Gimenez, Eduardo Pereira de Souza, Inês Coimbra de Almeida Prado e Luciano Silva Costa Ramos.

Ao amigo Wander Benassi Junior, agradeço a apresentação, já nos tempos da graduação, do vasto e rico universo de Pontes de Miranda.

Aos amigos e professores de fraternidade, Antonio Carlos Malheiros, Belisário dos Santos Junior e Josephina Bacariça, agradeço o exemplo, a amizade e a confiança.

Aos professores José Roberto Pimenta Oliveira e Regina Helena Costa, agradeço a orientação nos albores de minha vida acadêmica.

Ao professor Maurício Zockun, agradeço a amizade e o generoso apoio, tanto acadêmico quanto profissional.

À eminente professora Weida Zancaner, agradeço o apoio, os ensinamentos, o estímulo e também a confiança.

Finalmente, ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a quem devo minha inclinação pelo Direito Administrativo, agradeço a disposição em orientar-me durante o mestrado, mas não só. Agradeço também o exemplo de seriedade, compromisso com a ciência e, ao mesmo tempo, com os destinos de nosso povo. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello representa uma das raras reservas morais e intelectuais deste país, cujo pensamento militante e intransigente aponta para uma sociedade mais justa e solidária.

RESUMO

O presente estudo pretende ser um *ponto de partida* para o aprofundamento do estudo do princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro.

Ao se *sistematizar* o conteúdo do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo, objetiva-se evidenciar todas as *virtualidades* desse princípio, de sorte a dar máxima proteção aos direitos dos administrados. A enunciação abstrata do princípio da segurança jurídica, algo cada vez mais corriqueiro, tem dado lugar ora a exageros, ora a mutilações indevidas, motivo pelo qual se impõe sua delimitação em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Nessa medida, por meio de uma análise dogmática, propõe-se a classificação do conteúdo do princípio da segurança jurídica em dois núcleos conceituais, quais sejam: a certeza e a estabilidade. Sob aquela vertente, cogita-se da vigência das normas jurídicas, da projeção eficaz das normas jurídicas e do conteúdo das normas jurídicas, ao passo que sob o prisma da estabilidade se examinam os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, o subprincípio da proteção à confiança legítima, com suas respectivas manifestações e, finalmente, os institutos da prescrição e da decadência.

Representa o princípio da segurança jurídica, nas palavras de Lopez de Oñate, a *específica eticidade do Direito*, devendo ser encarecida a necessidade de observância integral dos institutos que o concretizam, sob pena de ruptura do Estado de Direito.

Palavras-chave: segurança jurídica – confiança legítima – Estado de Direito

ABSTRACT

This study is intended to be a *starting point* to more in-depth investigations on the legal security principle under Brazilian Law.

By *sistematizing* the content of the legal security principle under Brazilian Administrative Law, the aim is to bring out the full potential of this principle in order to provide maximum protection to the individuals and legal entities subject to this field of law. Merely enunciating the principle at issue in an ill-defined manner has increasingly become more trivial, and has given margin to exaggerations and, on other occasions, to undue restrictions to its application . These are the reasons why it is necessary to establish clear-cut boundaries of the legal security principle in the current legal system.

Therefore, by means of a dogmatic analysis this study proposes a categorization of the legal security principle in two conceptual nuclei, which are: certainty and stability. To this end, from the standpoint of certainty the force, effectiveness and content of legal norms are addressed. And, from the point of view of stability we examine the doctrines of the vested right, the perfect juridical act and the *res judicata*, the sub-principle of the protection of legitimate trust, and its respective manifestations, and, finally, the concepts of limitation and lapse.

In the words of Lopez de Oñate, the legal security principle represents the *specific ethicality of the Law*, and full compliance to the legal concepts that materialize this principle must be encouraged in order to prevent the rupture of the rule of law.

Keywords: legal security – legitimate trust – rule of law

PARTE I. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O ESTADO DE DIREITO

1. CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS _____ 18

2. O ESTADO DE DIREITO E SEUS TRAÇOS JURÍDICO-POSITIVOS _____ 25

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONCEITO E FUNÇÕES _____ 30

4. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA _____ 39

PARTE 2. VISÃO JUSCOMPARATIVA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

1. UTILIDADE DO DIREITO COMPARADO _____ 46

2. DIREITO ALEMÃO _____ 47

3. DIREITO FRANCÊS _____ 50

4. DIREITO ESPANHOL _____ 52

PARTE 3. O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

1. NOÇÕES PRELIMINARES _____ 56

1.1. Função administrativa _____ 56

1.2. Discricionariedade administrativa _____ 58

1.3. Ato administrativo _____ 61

1.3.1. Decomposição da definição de ato administrativo _____ 63

1.3.1.1. O ato administrativo como norma jurídica _____ 63

1.3.1.2. Concretude do ato administrativo _____ 65

1.3.1.3. Unilateralidade do ato administrativo _____ 66

1.3.1.4. Expedido no uso de prerrogativas públicas _____ 67

1.3.1.5. Pertinência à função administrativa _____ 68

1.3.1.6. Dar fiel cumprimento à lei	68
1.3.1.7. Submissão a controle jurisdicional	69
1.3.2. <i>Distinção entre ato e fato administrativo</i>	70
1.3.3. <i>Existência, validade e eficácia do ato administrativo</i>	71
1.3.4. <i>Elementos e pressupostos do ato administrativo</i>	75
1.3.4.1. Elementos	75
1.3.4.2. Pressupostos de existência	76
1.3.4.3. Pressupostos de validade	77
1.3.5. <i>Dois classificações de ato administrativo</i>	78
1.3.5.1. Quanto à repercussão sobre a esfera jurídica dos administrados	79
1.3.5.2. Quanto à natureza dos efeitos jurídicos	80
1.3.6. <i>Conseqüências da invalidade do ato administrativo</i>	81
2. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO	83
2.1. Perspectiva da certeza	83
2.1.1. <i>Vigência das normas jurídicas</i>	84
2.1.2. <i>Projeção eficaz das normas jurídicas</i>	87
2.1.3. <i>Conteúdo das normas jurídicas</i>	91
2.2. Perspectiva da estabilidade	96
2.2.1. <i>Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada</i>	96
2.2.2. <i>Proteção à confiança legítima</i>	103
2.2.2.1. <i>Projeção ex nunc da invalidação dos atos administrativos ampliativos</i>	106
2.2.2.2. <i>Convalidação dos atos administrativos inválidos</i>	110
2.2.2.3. <i>Estabilização dos atos ampliativos inválidos</i>	114
2.2.2.4. <i>Alteração de regime jurídico: dever de adoção de disposições transitórias para mudanças radicais de regime jurídico (via preventiva)</i>	116

2.2.2.5. Alteração de regime jurídico: responsabilidade do Estado ou invalidação da norma atentatória à confiança legítima (via repressiva)	118
2.2.2.6. "Coisa julgada administrativa"	123
2.2.3. <i>Prescrição e decadência</i>	125
À GUIA DE CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

INTRODUÇÃO

A preocupação com a segurança não é nova e tampouco é apanágio da ideologia liberal-burguesa¹. Embora nesta ideologia tal princípio encontre irrestrita acolhida, nela não se esgota, correspondendo a uma aspiração imemorial do homem e de cuja existência depende a própria vida em sociedade. Não é por outra razão que Legaz y Lacamba proclama ser a segurança jurídica uma *dimensão ontológica do Direito*.²

A partir de um juízo aproximativo e ainda atécnico, significa a segurança jurídica a expectativa do indivíduo, estribada em normas jurídicas, sobre as conseqüências dos seus atos, bem como sobre os comportamentos que pode esperar e pretender dos demais. Só nessa ambiência é que o cidadão consegue projetar sua vida e desenvolver livremente suas potencialidades.

Contudo, *segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade do Direito* e aqui é preciso proscrever definitivamente certas visões maniqueístas que, amiúde motivadas por interesses políticos, tendem a perverter o exame da questão³. É um dado que o Direito se modifica constantemente, a fim de acompanhar a cambiante realidade a que preordena a disciplinar. Porém, como veremos adiante, não é contra isso que se volta a segurança jurídica, o que conduziria, aliás, e a todas as luzes, a uma luta vã, contraproducente e de feições quixotescas. O que combate a segurança jurídica são as mudanças normativas inopinadas e traumáticas, a mutabilidade das situações subjetivas constituídas sob o pálio de leis revogadas, a desmedida e degenerada produção normativa, a supressão da confiança legítima, entre outros fatores que *agravam a conatural situação de insegurança do indivíduo*.

¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*, p. 631.

² *Op. cit.*, p. 631.

³ RODRIGUEZ, Federico. Seguridad jurídica y política social, *Revista de Administración Pública*, 6:218.

Observe-se, ademais, que no Estado de Direito Contemporâneo assume a segurança jurídica uma importância mais que transcendente, sendo em verdade cogitação indispensável para a própria manutenção do padrão institucional fundado nas leis. De tal fato se aperceberam os Estados Cêntricos, como se vê dos inúmeros relatórios que vêm sendo produzidos sobre o tema já há alguns anos⁴, mas no Brasil, lamentavelmente, ainda não despertamos de todo para essa fundamental questão.

Com efeito, a superveniência de inúmeros eventos, entre os quais se pode assinalar a consagração da fórmula jurídico-política do Estado Social e as transformações objetivas da sociedade, com a ascensão de uma sociedade de massa cada vez mais complexa e que sofre a todo instante o influxo de velozes câmbios tecnológicos e científicos, convulsionaram o conceito original, de índole liberal, de Estado de Direito.

Não só os inúmeros setores em que o Estado é instado a atuar, por força dos desígnios constitucionais, passam a ser regulados pelo Direito, senão que grandes domínios da atividade particular, outrora presididos pela autonomia da vontade, recebem o influxo de normas obrigatórias ou proibitivas, fenômeno comumente denominado de *socialização ou humanização do Direito*⁵. Outrossim, ante a revelação da dimensão material do princípio da igualdade operada pelo Estado Social⁶, aliada a ampla diversificação de grupos e interesses em constante tensão na sociedade atual, tem-se uma legislação dotada de conteúdos acentuadamente especializados, com deletérias conseqüências para o atributo da *generalidade das leis, o que se vem a denominar de atomização ou pulverização normativa*. De outra parte, a velocidade com que se processam os fenômenos

⁴ Para citar alguns deles: Relatórios do Conselho de Estado Francês de 1991 e de 2006; Relatório do Conselho de Estado Espanhol de 1992; Relatório da "Better Regulation Commission" de 2006, no Reino Unido; Relatórios da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

⁵ RIPERT, George. *Le Déclin du Droit*, p. 38; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 45.

⁶ Como nos ensina o professor Paulo Bonavides, esse modelo de Estado nasce da tentativa de superação da contradição entre a igualdade política e a desigualdade social (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 185).

tecnológicos e científicos enseja o fenômeno das normas jurídicas *ad hoc*, destinadas a suprir as necessidades contingentes e imprevisíveis, verificando-se um *déficit de abstração das leis*.⁷

Tudo isso conduz a um quadro preocupante de *inflação e instabilidade normativa*, diante do qual o indivíduo fica desarmado, sem saber as conseqüências que dimanam de suas ações. Sobre o cidadão pesa um ordenamento jurídico indecifrável, que, em vez de segurança, transmite temor e enseja a prepotência, sentimentos, a toda evidência, radicalmente contrários ao que inspiraram o Estado de Direito. Se a isso somarmos fenômenos localizados – tal como faremos adiante, demonstrando as disfunções características do Estado brasileiro –, resta insuspeita a importância primacial do princípio da segurança jurídica, como pressuposto inarredável da própria subsistência do Estado de Direito. Aliás, contraditoriamente, *de instrumento de liberdade e segurança, as leis podem vir a se tornar instrumento de tirania, e o combate que deve ser travado para evitar tal infortúnio tem como oponentes o ordenamento jurídico consigo próprio*.⁸

Ademais, não é difícil imaginar que a problemática de que nos ocupamos, conquanto tenha conseqüências nefastas para os agentes econômicos e, portanto, a estes seja de subido interesse, é sobre os cidadãos, sobretudo os pobres, que tais conseqüências mais se fazem sentir⁹. Quase sempre desassistidos e ante um ordenamento jurídico que lhes causa medo, de teor incompreensível e sempre mutável, são levados a uma situação que Kafka ou Orwell se afigurariam pueris.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 37.

⁸ O professor Eduardo García de Enterría atina para esse fato nos seguintes termos: “Toda la tradición revolucionaria, ya lo hemos notado al comienzo sumariamente, monto la Idea del Estado de Derecho, poniendo el énfasis en un esquema simples: la sumisión de la Administración a la Ley. Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más temibles” (*La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 87). Assim também Nicolas Molfessis: “Combattre l’insécurité juridique ou la lutte du système juridique contra lui-même” (*Rapport public 2006, Conseil d’Etat*. Paris: La documentation française, 2006, pp. 391-406).

⁹ COSTA, Joaquin. *La ignorancia del derecho*, pp. 22 e 23.

Convém reconhecer-se que é da tragédia cotidiana destes cidadãos que se retira a inspiração para a presente investigação. Se no passado a segurança jurídica servia tão-somente aos donos do mercado, sendo, em palavras de Karl Marx, uma forma de “preservação do egoísmo”¹⁰, nos quadrantes do Estado Social de Direito a segurança jurídica vem ao socorro especialmente dos desafortunados, os quais dependem quase que exclusivamente das prestações do Estado para sobreviver.

Como revelamos linhas atrás, neste modelo jurídico-político fundado na solidariedade, o Estado assume um novo papel, quer oferecendo utilidades e comodidades básicas, quer disciplinando e planejando as relações privadas, fazendo com que o particular se torne dele cada vez mais dependente¹¹. Diante disso, forçosos se mostram mecanismos prestantes a assegurar a coerência, a constância e a previsibilidade das atividades estatais¹². Tais mecanismos, como veremos a seguir, estão enfeixados exatamente no princípio da segurança jurídica.

Encerrando estas considerações preambulares, não é de se desprezar também o fato de que a doutrina nacional tem emprestado ao assunto, no mais das vezes, um tratamento parcial e assistemático. São geralmente abordados aspectos particulares do princípio da segurança jurídica, ou mesmo *reduz-se este princípio aos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, sem tentativas de reconhecimento da dimensão total que o aludido princípio assume na ordem jurídica nacional.*

¹⁰ Enuncia Karl Marx: “O conceito de segurança não faz com que a sociedade burguesa se sobreponha a seu egoísmo. A segurança, pelo contrário, é a *preservação deste*”. (*A questão judaica*, p. 36).

¹¹ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 116 e 117.

¹² CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*, pp. 7 e 8.

Em face disso é que se propõe, despretensiosamente e prevenidos contra uma “síndrome de Colombo”¹³ que parece contaminar nosso meio acadêmico, *um esforço de sistematização do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. A tanto nos lançaremos, à luz das palavras de Paul Roubier: “Il faut comprendre de quels périls la société est menacée. Là ou cette valeur essentielle qu’est la sécurité juridique a disparu, il n’y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. Le droit cede la place à ce qu’un écrivain contemporain appelle ‘le concept du politique’, c’est-à-dire à de pures considérations d’opportunité”.¹⁴

¹³ Esta expressão é de Pitirim Sorokin, quem, com grande percuciência, descreve a mania dos estudiosos modernos consistente em “esquecer” as realizações pretéritas e apresentar, no afã de realizar descobertas, velhas idéias sob novas vestes (*Achaques y manías de la sociología moderna y ciencias afines*, pp. 19 a 43).

¹⁴ *Théorie générale du droit*, p. 334.

PARTE 1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O ESTADO DE DIREITO

1. CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

O Direito, em sua complexidade, não enseja um único conhecimento, senão que desperta diversos saberes específicos, segundo a pretensão do sujeito cognoscente. O Direito pode ser recortado em vários *objetos*¹⁵ de estudo, cada um com metodologias próprias, as quais se voltam à verificação da consistência do conhecimento construído.

Dada essa multiplicidade gnosiológica que corresponde à multiplicidade do real sobre que incide, antes de empreender um estudo sobre o Direito é imperioso que se estabeleça a perspectiva sob a qual ele será tomado, fixando-se, ademais, o método a ser empregado, sem o que se cai num sincretismo metódico inapto a produzir um conhecimento seguro, verificável, ou, em uma palavra, *científico*.

Isto não equivale naturalmente à defesa de um conhecimento parcial da experiência jurídica. O que se afirma, deveras, é que a visão *integral* do Direito, de todo necessária, só é alcançada por meio da *complementariedade conseqüente* dos pontos de vista sobre ele incidentes¹⁶. Não há que se misturar os pressupostos das ciências que têm por objeto o Direito a título de uma suposta “multidisciplinariedade”, tão à moda atualmente. Impõe-se a comunhão dos saberes sobre o Direito, desde que respeitadas as premissas sobre que assentam estes mesmos saberes.

Como bem resume o eminente professor Geraldo Ataliba, “*a experiência jurídica integral levará em conta todos os aspectos constituintes do dado: o lógico nos enunciados, o empírico nos dados-de-fato, valorativamente selecionados da*

¹⁵ Leciona Lourival Vilanova: “O objeto é o dado envolvido pela forma conceptual, é aquilo que, na coisa, o pensamento delimita” (Sobre o conceito do direito, *Estudos jurídicos e filosóficos*, v. I, p. 9).

¹⁶ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema do direito positivo*, p. 62.

realidade física e social (que, por isso, se qualifica juridicamente, ou se torna juridicamente relevante)".¹⁷

Podem alguns imaginar cerebrinas estas considerações e talvez bem por isso tantas incoerências sejam cometidas ao se pretender formular um conhecimento jurídico-científico. O tema de que nos ocupamos, aliás, é preñado em incorreções¹⁸, razão pela qual sublinhamos estas lições.

No didatismo de Bobbio¹⁹, três são os critérios de análise a que se submete o Direito: *fenomenológico, ontológico e deontológico*.

Do ponto de vista *fenomenológico*, investigam-se as relações recíprocas entre a realidade social e o Direito, de modo a esclarecer como este se forma e se transforma e, ao mesmo tempo, qual a influência que exerce no comportamento das pessoas. Cuida-se do estudo *sociológico* do Direito, cuja preocupação não é interpretar normas jurídicas, tampouco verificar os valores que presidem certa ordem jurídica, senão que compreender o direito como um fenômeno social.

Uma das manifestações mais autênticas deste tipo de investigação floresceu nos Estados Unidos, tendo como precursor um Juiz da Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes, e como figura pinacular o professor Roscoe Pound²⁰. Eis o chamado *realismo jurídico*, cuja visão acerca da segurança jurídica é a representação eloqüente do ponto de vista fenomenológico sobre este tema.

Para estes juristas, a certeza e estabilidade das normas jurídicas, componentes da idéia de segurança jurídica, configurariam “mitos” ou “ilusões” porquanto apenas *em certa medida* se poderia predozer as conseqüências

¹⁷ Prefácio da obra *Estruturas lógicas e sistema do direito positivo*, de Lourival Vilanova, p. 23.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Seguridad jurídica*, p. 21.

¹⁹ *Teoria geral do direito*, pp. 25-48.

²⁰ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, pp. 45 e 46.

jurídicas que seriam atribuídas às condutas humanas²¹. Merecem transcrição as palavras de Jerome Frank a este respeito, talvez o mais radical defensor do realismo jurídico norte-americano: “The truth of the matter is that the popular notion of the possibilities of legal exactness is based upon a misconception. The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable. And how could this we be otherwise? The law deals with human relations is their most complicated aspects. The whole confused, shifting helter-skelter of life parades before it – more confused than ever, in our kaleidoscopic age”.²²

Abstraídos certos exageros e respeitado o critério de análise adotado, assiste razão aos realistas norte-americanos. Em termos sociológicos, a segurança jurídica é algo *mensurável*, cujo grau de atendimento varia em função da ordem jurídica, sendo certo, porém, que, dentro desta perspectiva, jamais se poderá alcançá-la plenamente e aí reside a procedência das palavras ‘ilusão’, “mito” e quejandos.

Aliás, até por este irremissível conteúdo de insegurança do Direito que se consagra o princípio da segurança jurídica. Não houvesse insegurança se prescindiria de um princípio jurídico visando combatê-la.

Já sob o prisma *ontológico* são interpretadas e sistematizadas as normas jurídicas e formulados conceitos jurídico-positivos²³, tudo com vistas à aplicação

²¹ Afirma Jerome Frank: “Which is to say that the widespread notion that law either is or can be made approximately stationary and certain is irrational and should be classed as an illusion or a myth” (*Law and the modern mind*, p. 13).

²² *Law and the modern mind*, p. 6.

²³ Convém realizar a importante distinção entre os conceitos lógico-jurídicos – também chamados de conceitos fundamentais ou básicos - e os jurídico-positivos, à luz do magistério do professor Juan Manuel Terán. Os conceitos lógico-jurídicos consistem, em léxico kantiano, nos *a priori* do Direito, compondo sua estrutura e sendo, portanto, invariáveis e universais. Assim, por exemplo, enquanto noções *puras*, constituem conceitos lógico-jurídicos os de norma jurídica, relação jurídica, sanção, pessoa. De outra parte, com base nestes conceitos é que se erigem os conceitos jurídico-positivos, os quais representam condensações de normas jurídicas – *a posteriori*, portanto –, de natureza contingente e com uma esfera de validade determinada (*Filosofía del Derecho*, pp. 81-83).

do Direito²⁴. Trata-se da dogmática jurídica²⁵, cujo objeto de estudo são as normas jurídicas vigentes em dado espaço e tempo, as quais são recebidas como dogmas pelo jurista e das quais não pode evadir-se. Tudo o que é *ars inveniendi* dentro da dogmática deve ser conciliável com os dogmas estabelecidos, ou seja, com as normas jurídicas.²⁶

O Direito, sob este ângulo, pertence à ordem do *dever-ser*, o que significa que as normas jurídicas, uma vez postas pela autoridade competente e enquanto não retiradas do sistema jurídico por outras normas jurídicas, *valem* a despeito do fato de serem efetivamente aplicadas ou observadas²⁷. As condutas prescritas pelas normas jurídicas *devem ser*, independentemente se *são* ou se *deveriam ser* de outro modo.²⁸

A segurança jurídica aqui é classificada como uma norma jurídica, ou para sermos mais precisos, como um princípio jurídico. À esta altura, basta dizer que é nesse sentido que a segurança jurídica faz parte da ordem jurídica e que seu conteúdo, obviamente, é dotado de imperatividade.

Por sua vez, segundo o critério deontológico, que preferimos nominar de *axiológico*, dilucidam-se os valores que devem orientar a edificação do direito positivo, a articulação que se estabelece entre estes valores, e ainda se questiona

²⁴ LEGAZ y LACAMBRA, Luís. *Filosofía del Derecho*, pp. 86-94.

²⁵ Acerca do conhecimento dogmático do Direito, são dignas de nota as palavras do mestre Lourival Vilanova: “A origem e a evolução sócio-histórica dos ordenamentos são problemas postos entre parênteses metódicos. Deixam de ser temáticos em sentido fenomenológico, enquanto se trabalha na teoria formal do ordenamento como sistema e enquanto se faz *dogmática*, que é o conhecimento do sujeito colocado no interior do ordenamento, como este está dado, num corte na sucessão temporal que prossegue ininterruptamente, onde vai se modificando e, até, destruindo-se” (*Estruturas lógicas e sistema do direito positivo*, p. 209).

²⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*, p. 16.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, pp. 11 e 12.

²⁸ Calha, neste ponto, a transcrição da notável frase do mestre de Viena: “Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja (*Teoria pura do Direito*, p. 6).

a correspondência das normas jurídicas com os valores jurídicos, ou seja, conduz-se à crítica de um Direito *real* a partir de um Direito *ideal*.

A axiologia jurídica é confiada à filosofia do direito e caracteriza um de seus principais objetos de investigação²⁹. É de se observar que o Direito só é inteligível porque tendente à satisfação de certos valores. Toda normação supõe uma eleição entre ao menos duas possibilidades, o que só pode ser levado a efeito mediante um critério de valor. Preferir é valorar positivamente uma opção que se entende mais justa, mais útil, mais adequada. E é justamente o que faz o Direito: incide sobre a realidade – proibindo, obrigando ou permitindo – segundo determinados *fins* prezáveis.

Por isso, desterrar os valores do universo jurídico é uma postura absurda, tanto quanto, de outro lado, declarar a primazia dos valores sobre o Direito positivo. Na primeira, seria equiparar o Direito a um fenômeno natural, guiado por uma *causalidade* cega a toda valoração. Na segunda, seria incorrer em axiologismo que redundaria num subjetivismo intolerável.³⁰

Sob este prisma, a segurança jurídica é geralmente colocada, ao lado da justiça, como um dos valores altaneiros do Direito, tendo se tornado clássica a confrontação entre estes dois valores³¹. Como diz o eminente professor Radbruch,

²⁹ “Resulta, pues, que los dos interrogantes filosóficos principales sobre el Derecho brotan precisamente de las limitaciones de la ciencia jurídica: más aca de ella y como supuesto de la misma, los temas de la *Teoría Fundamental del Derecho*; más allá de ella, las cuestiones de la *Estimativa Jurídica*, es decir, la indagación sobre los valores que deben orientar la formación del Derecho positivo” (RECASENS SICHÉS, Luis. *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 14).

³⁰ Norberto Bobbio é categórico: “Mas, então, se a observação da natureza não oferece um apoio suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça só pode levar a uma única e grave consequência: à destruição de um dos valores fundamentais em que se apóia o direito positivo (entenda-se o direito válido), o valor da *certeza*” (*Teoria geral do Direito*, p. 37).

³¹ MANRIQUE, Ricardo García. *El valor de la seguridad jurídica*, pp. 189-240 e 226-252; CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, p. 86; RADBRUCH, Gustav. *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, pp. 87 e 88, RECASENS SICHÉS, Luis. *Tratado general de la filosofía del derecho*, pp. 220-226 e 618-622; TABBAH, Bichara. La trilogie: sécurité, justice et progrès social, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, pp. 459-468; ROUBIER, Paul, *op. cit.*, pp. 317-334; GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia*, pp. 85-90.

“El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica”.³²

Dissonantes são as vozes neste particular. Os filósofos empreendem uma tentativa de hierarquização destes valores e segundo nos parece *a segurança jurídica é condição necessária da justiça* ou, se quisermos avançar na análise, *a segurança, ao mesmo tempo em que abriga em seu seio um conteúdo de justiça, desta é condição de possibilidade*.

Com efeito, desde Aristóteles a idéia medular da justiça é a *igualdade* e não é outra coisa que oferece a segurança jurídica ao salvaguardar a todas as pessoas, indistintamente, a predição das conseqüências de suas condutas e a confiança nas escolhas tomadas com base no Direito vigente³³. A partir deste *mínimo de justiça* contido na segurança jurídica é que se pode alcançar a satisfação dos demais valores jurídicos, entre os quais figura a própria justiça. Na lição sempre autorizada de Recaséns Siches: “Pero no hay derecho, donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no basta con crear un orden cierto y seguro, pues éste debe ser, además, justo. Pero no puede haber justicia cuando no hay seguridad. Por tanto, podríamos decir que cabe que hay un Derecho – orden de certeza y con seguridad impuesta inexorablemente – que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad”.³⁴

Ante este panorama resulta mais nítida a possibilidade de se extrair conhecimentos diversos e igualmente válidos a partir do Direito, bem como se marca a imperiosa necessidade de se respeitar o critério de análise eleito na investigação jurídica, sob pena de graves incoerências teóricas.

³² *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 44.

³³ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 44.

³⁴ *Op. cit.*, p. 618. Também o professor Paul Roubier expressa esta idéia com grande clareza: “Il n’est discuté par personne que l’ordre soit le but premier du droit, celui sur lequel tout le reste s’appuie, celui à défaut duquel toutes les autres valeurs disparaissent” (*Op. cit.*, p. 322).

No que tange ao nosso objeto de estudo, tal necessidade parece despontar ainda com maior fulgor. Assim, por exemplo, tão incorreto é dizer, sob uma perspectiva sociológica, que a segurança jurídica viceja plenamente em determinada ordem jurídica, quanto, sob uma perspectiva dogmática, asseverar que a segurança jurídica é um “mito”. Na primeira afirmação estar-se-ia tomando o critério dogmático para se formular uma análise sociológica, ao passo que na segunda afirmação estar-se-ia tomando o critério sociológico para se formular uma análise dogmática.

Finalmente, ao colocarmos entre parênteses metódicos as abordagens sociológica e axiológica da segurança jurídica, cinge-se com precisão nosso objeto de estudo.

Tratar-se-á de *investigação dogmática*, mediante a qual se pretende, com fulcro no direito positivo brasileiro, *identificar e delimitar o princípio da segurança jurídica no domínio do Direito Administrativo*. Logo, é de se reconhecer que as conclusões porventura alcançadas não aspiram validade universal – não afastadas eventuais coincidências com outros sistemas jurídicos –, refletindo apenas a conformação que o ordenamento jurídico brasileiro irroga ao tema.

Com efeito, não é demais repetir que, para esta investigação, a segurança jurídica não é mito nem valor, senão que uma *norma jurídica* cuja imperatividade é haurida do sistema jurídico a que pertence.

Nessa medida, comecemos por esclarecer onde radica o princípio da segurança jurídica na ordem jurídica nacional.

2. O ESTADO DE DIREITO E SEUS TRAÇOS JURÍDICO-POSITIVOS

A consagração do Estado de Direito³⁵ marca, historicamente, a passagem radical da concepção de um Direito incipiente e manietado ao talante de um Poder concentrado e incontrastável, *para um Direito desenvolvido, cuja força se impõe a todos, indiscriminadamente, cidadãos e Estado*³⁶. Naquele modelo, alcunhado de Estado de Polícia, o cidadão era qualificado como “súdito” e se vergava às imposições unilaterais do soberano. *Já no Estado de Direito, o Estado se torna mero instrumento dos cidadãos, a cujas decisões, traduzidas na lei, deve estrita obediência.*

Levou-se a cabo tal projeto mediante a conjugação de duas idéias que, embora hoje possam se afigurar singelas, revolucionaram a concepção do Estado e abriram campo para grandes conquistas democráticas. São elas: *a separação de poderes e a soberania popular, traduzida na supremacia da lei.* Aquela, desenvolvida por Montesquieu, partia da premissa – ao que tudo indica, universal – de que todo aquele que dispõe de poder tende a dele abusar e de que só o poder limitaria o poder³⁷. Nessa medida, as funções estatais deveriam ser distribuídas em diferentes órgãos, para que os poderes se controlassem reciprocamente. De outra parte, com a soberania popular, engendrada por

³⁵ Sobre a autoria da expressão “Estado de Direito” (Rechtsstaat), de origem inequivocamente germânica, pairam controvérsias, afirmando a maioria dos estudiosos que pertenceria a Robert von Mohl (PRAT, Julio. *La Desviación de Poder*, p. 29; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Vol. VI, p. 45; FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 73 e 74). Contesta essa posição o professor Antonio Enrique Pérez Luño, atribuindo à Carl Th. Welcker, em obra datada de 1813, a origem da expressão (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 225).

³⁶ Apostila Adolf Merkl que o Estado de Polícia, em sua forma extrema, caracteriza-se por uma ordem jurídico-administrativa rudimentar, *formada por um único preceito jurídico que estabelece um direito ilimitado para administrar.* Ao soberano cumpriria fazer tudo que lhe aprovesse (*Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 92).

³⁷ Vaticina Montesquieu: “(...) mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (*O espírito das leis*, p. 170).

Rousseau, desloca-se a origem da soberania para o povo, de sorte que este passa a determinar o seu próprio destino, mediante um instrumento chamado *lei*.³⁸

Demais disso, por meio das virtualidades da lei, quais sejam, a *abstração e a generalidade*, intentava-se criar um *ambiente seguro, livre do arbítrio, no seio do qual as ações poderiam ser planejadas em vista de uma medida racional e obrigatória a todos*.³⁹

Sob um olhar mais atento, resulta claro que a categoria histórico-jurídica do Estado de Direito constitui, em verdade, a concretização de um *projeto ideológico que teve em mira assegurar liberdade e, sobretudo, segurança aos indivíduos, mediante a demarcação dos limites entre o poder e a prepotência, a discricionariedade e a arbitrariedade*⁴⁰. Sublinhe-se ainda que o acréscimo de novos elementos a esse modelo, encartados nas grandes fases do Constitucionalismo Social – representado pela Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição de Weimar – e do Constitucionalismo Democrático – encarnado na Lei Fundamental de Bonn –, não alteraram suas características iniciais⁴¹ e muito menos, como sustentam alguns⁴², seriam incompatíveis com a segurança jurídica. Bem ao contrário, quanto mais o Estado intervém no domínio social, tanto maior será a exigência de segurança jurídica em favor aos cidadãos, ante a necessidade de *previsibilidade e estabilidade da ação estatal*.

³⁸ Diz Rousseau: “Sur cette idée, on voit à l’instant qu’il ne fait plus demander à qui il appartient de faire des loix, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale” (*Du contrat social*, p. 170).

³⁹ Esclarece Rousseau: “Quand je dis que l’objet des loix est toujours général, j’entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière” (*Op. cit.*, p. 169).

⁴⁰ Legaz y Lacambra assinala, argutamente, o caráter fundamental da *segurança* na filosofia dos contratualistas (*Filosofía del derecho*, pp. 624 e 625).

⁴¹ Com a costumeira argúcia, preleciona o professor Agustín Gordillo: “A nosso ver, a noção de ‘Estado de Bem-Estar’ veio a operar como um corretivo para a noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, porém, de modo algum suprimindo-a ou substituindo-a” (*Princípios Gerais de Direito Público*, pp. 74 e 75).

⁴² Autores do porte de Hesse e Forsthoff atrelam o princípio da segurança jurídica à concepção burguesa de Estado. O intervencionismo estatal que marca o Estado Social, pautado segundo critérios de oportunidade e de equidade, repugnaria a noção de segurança jurídica (XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*, p. 48).

Importa notar, ante o exposto, que com o vocábulo “Estado de Direito” não se quer designar qualquer Estado, senão um *tipo de Estado, cujos contornos vão sendo traçados historicamente e se revestindo de variadas formas jurídico-constitucionais*⁴³. Como preleciona Kelsen, “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. *Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica*”.⁴⁴

Entretanto, malgrado se pretenda designar com a expressão “Estado de Direito” um determinado modelo de Estado, um problema de índole teórica se apresenta, a saber: quais as notas (*definiens*) que definem o conceito de Estado de Direito (*definiendum*), ou seja, quais os traços que permitem o reconhecimento de um Estado de Direito?

Dado o sucesso retórico desta expressão, com o passar dos anos ao seu conteúdo foram sendo agregados novos elementos associados às idéias prevalentes da época, de sorte que o evoluir histórico tornou-a cada mais complexa e imprecisa⁴⁵.

Passou-se a defender doutrinariamente um *conceito formal* e um *conceito material* de Estado de Direito⁴⁶. Aquele se resumiria aos traços primígenos do Estado de Direito, tal como expusemos acima, consistentes numa *estrutura* de contenção do poder estatal, sendo classicamente mencionadas as idéias de separação de poderes, de hierarquia das normas e de universalidade da proteção

⁴³ Sublinha a historicidade do conceito de Estado de Direito o ilustre Julio Prat, nos seguintes termos: “Por ser un ideal, el contenido mismo de la noción es variable según el tiempo y el espacio en que se considere. Por esta razón, más que definir el régimen de derecho, lo precisaremos por los elementos que en la actualidad son característicos” (*Op. cit.*, p. 30).

⁴⁴ *Teoria pura do Direito*, p. 346.

⁴⁵ ENTRENA CUESTA, Rafael. Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública*, pp. 31 e 32.

⁴⁶ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, p. 110; LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*, p. 157.

jurisdicional⁴⁷. Já o conceito material de Estado de Direito acolheria em seu seio um sistema de direitos fundamentais – individuais, políticos e sociais – a cujo serviço estariam os traços clássicos do conceito formal.

Nos limites desta investigação, a resposta à interrogação formulada linhas atrás aponta não para o fecundo arcabouço histórico da expressão “Estado de Direito”, senão que para os elementos constantes do direito posto. Nosso conceito, porquanto jurídico-positivo, deve fundar-se em direito vigente. Convém notar ainda, sem querer antecipar conclusões, que à semelhança do que sucede com o conceito de segurança jurídica, o conceito de Estado de Direito, mercê de sua complexidade, parece subtrair-se a todo esforço de uma definição sintética e elegante, sendo integralmente apreendido mediante o arrolamento dos elementos que o compõem e que lhe dão concretude.⁴⁸

Com efeito, delimitemos o conteúdo do Estado de Direito construído pela Constituição Federal de 1988, ou, em outros termos, assinalemos os traços que permitem identificar nosso conceito de Estado de Direito. Não é difícil antever que *o princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual tem-se um Estado meramente jurídico, orientado tão-só por considerações de oportunidade.*⁴⁹

Concorrem para a conformação do Estado de Direito brasileiro os seguintes traços: *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º da CF), *a soberania popular* (art. 1º,

⁴⁷ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, p. 32.

⁴⁸ Confirma esta dificuldade a professora Sylvia Calmes nos seguintes excertos: “Ces efforts en vue de cerner l'État de droit de manière fixe ne paraissent cependant pas suffisants en eux-mêmes pour permettre de déterminer tout son champ d'application concret et l'articulation entre les multiples éléments évoqués. Il paraît dès lors nécessaire de les compléter par une énumération et une classification de des éléments constitutifs, pour voir clairement apparaître en son sein les théories de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime” (*Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 80). “En outre, elle [sécurité juridique] renvoie finalement à des incertitudes de même type que lors de analyse de l'État de droit, quand il s'agit d'essayer d'en donner une définition précise” (*Op. cit.*, p. 111).

⁴⁹ VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito, *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 1, p. 424.

parágrafo único, da CF), a *separação de funções estatais* (art. 2º da CF), o *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I da CF), o *princípio da legalidade* (arts. 5º, I, 37, *caput*, da CF), o *sistema de direitos fundamentais dotado de efetividade*, o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV da CF) e, finalmente, o *princípio da segurança jurídica*.

Da conjugação desses vetores deduz-se um modelo de Estado obsequioso aos meios e fins que lhe são irrogados pela ordem jurídica, tradução da soberania popular, e presidido pela lógica da *função*, tão bem definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como “a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”.⁵⁰

Importante finalmente considerar – retomando a classificação material e formal do conceito de Estado de Direito – *que o princípio da segurança jurídica integra o plexo de garantias dos direitos fundamentais*, é dizer, a segurança jurídica está entre os elementos formais do conceito de Estado de Direito, os quais, como já dito, são preordenados a assegurar a plena realização dos elementos materiais do conceito. Além disso, há uma notória *fundamentação recíproca* entre o princípio da segurança e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição necessária daquele.

Reclama-se agora, antes de se expor a intimidade do princípio da segurança jurídica, uma breve explicação sobre a noção de “princípio jurídico”.

⁵⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 29.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONCEITO E FUNÇÕES

Antes de ingressarmos na delimitação da segurança jurídica, até este momento tratada como um “princípio”, fixaremos, de modo breve, o *uso* desse vocábulo, de sorte a evitar incongruências que sua latitude semântica pode dar ensejo.⁵¹

O tema dos princípios não é novo e já foi objeto de inúmeras investigações, dos mais variados matizes, tendo há muito se desfeito a noção legalista segundo a qual os princípios serviriam tão-somente como fontes subsidiárias, meras “válvulas de segurança” destinadas a garantir o reinado absoluto da lei. Dentro dessa concepção, de que é exemplo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro⁵², os então denominados “princípios gerais de direito” *seriam induzidos das leis e a estas se subordinariam*, atuando apenas na colmatação de lacunas⁵³. Curioso observar que de acordo com essa vetusta concepção legalista, a assimilação dos princípios implicaria uma renúncia à segurança jurídica e, por essa razão, deveriam ser rechaçados⁵⁴. Hoje, entretanto, assentado sobre bases sólidas o fenômeno da *principialização do Direito*, fulgura como um dos principais princípios jurídicos, senão o principal, justamente o da *segurança jurídica*.

Mas o aludido fenômeno da principialização do Direito, embora tenha culminado no reconhecimento da *normatividade* dos princípios, rompendo alguns dogmas positivistas, deu lugar a inúmeras dificuldades teóricas. Enfrentaremos algumas destas dificuldades, alertando de antemão para o fato de que as lições dos professores Ronald Dworkin e Robert Alexy, malgrado desfrutem nos dias atuais de prestígio incontestado, sendo recebidas por muitos de maneira axiomática,

⁵¹ Muitos são autores que advertem para a acentuada plurivocidade do termo “princípio”, entre os quais podemos citar Genaro Carrió (Princípios jurídicos y positivismo jurídico, *Lenguaje y Derecho*, pp. 203-212); Ricardo Guastini (*Das fontes às normas*, p. 185); e Sérgio Sérulo da Cunha (*Princípios Constitucionais*, pp. 5-11).

⁵² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 262.

⁵⁴ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 37.

não constituem o *único* ponto de vista sobre a matéria, tampouco, como adverte lucidamente o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, expropriaram o direito ao uso do termo “princípio”, de modo a ser admissível apenas a acepção por eles formulada⁵⁵. Portanto, estipulemos o sentido com que nos valeremos deste signo lingüístico no presente trabalho.

É certo que o termo “norma” se converteu em gênero de que são espécies as *regras* e os *princípios*. Aqui emerge a primeira dificuldade: qual o critério a apartar a regra do princípio?

Afigura-se-nos que o critério é *valorativo*⁵⁶. Na síntese magistral de Agustín Gordillo, “los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, *el principio tiene sustancia integral*. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. *La norma es limite, el principio es limite y contenido*. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de um sentido; pero *el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu*. *El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu*”.⁵⁷

⁵⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p. 53.

⁵⁶ GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*, p. 192 e 196; BARROS CARVALHO, Paulo de. *Direito Tributário: Linguagem e método*, p. 261.

⁵⁷ *Introducción al Derecho Administrativo*, pp. 176 e 177.

Os princípios são normas dotadas de grande carga axiológica, cujo sentido ilumina uma região da ordem jurídica, presidindo sua interpretação e aplicação. As regras não têm esta “força expansiva” dos princípios, limitando-se a disciplinar uma específica situação fática.

Da afirmação de que o critério é valorativo se segue que, ao tratar-se de princípio expresso, a valoração é procedida pelo legislador, ao passo que nos princípios que vivem na implicitude, cumpre ao intérprete fazê-la, tendo por base os componentes do sistema jurídico⁵⁸. Apenas é preciso observar que, no tocante aos princípios expressos, salvo em relação àqueles que figuram no texto constitucional, aos quais não se pode negar a estatura de *princípios constitucionais*, não é *decisivo* o veículo com que são introduzidos no sistema jurídico, sendo imperioso valorá-lo em perspectiva sistemática. Prova disso é o próprio princípio da segurança jurídica, ao qual ninguém hesita em atribuir dignidade constitucional, não obstante sua consagração expressa, conforme veremos, seja obra do legislador infraconstitucional.⁵⁹

Outro ponto que merece análise é a chamada “dimensão de peso dos princípios”, em contraposição à maneira “tudo-ou-nada” de aplicação das regras, nas expressões do professor Dworkin⁶⁰. O conflito entre regras conduziria à decretação de invalidade de uma das regras, ao passo que a colisão de princípios se resolveria de forma completamente diversa, com a cedência de um princípio em favor do outro, à luz do caso concreto, sem se cogitar de invalidade do princípio cedente.⁶¹

⁵⁸ A propósito da formulação de certos princípios pelos intérpretes, calha a ponderação de Norberto Bobbio: “Che i principi siano costruzioni dottrinali non esclude affatto che possano avere a tempo e luogo efficacia normativa: del resto anche norme speciali spesso sono, rispetto al modo com cui sono state enucleate e formulate, costruzioni dottrinali” (Principi generali di diritto, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 890).

⁵⁹ Vide item 1.4 desta parte.

⁶⁰ *Levando os direitos a sério*, pp. 39-46.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 92-94.

Julgamos acertadas estas lições, desde que formuladas algumas ressalvas. A primeira delas é que a “dimensão de peso” não significa que toda e qualquer ponderação pode ser feita se estiverem em causa dois princípios, o que redundaria na relativização total da ordem jurídica, de modo a pôr em risco sua ordenação hierárquica. Demais disso, parece-nos que há *princípios absolutos*, os quais sempre prevalecerão se confrontados com outros princípios⁶², de que são exemplos o princípio da dignidade humana e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nenhuma razão jurídica justifica eventual cedência destes princípios.

Também os princípios são dotados de *funções* peculiares, que os distinguem das regras. Quatro são as *funções*: *integrativa*, *interpretativa*, *limitativa* e *sistematizadora*.

A função integrativa, historicamente a primeira função assinada aos princípios jurídicos, traduz-se no mecanismo posto à disposição do órgão julgante, em face da proibição do *non liquet*, de se socorrer dos princípios jurídicos para solucionar um caso concreto para o qual não há uma regra específica. Ou seja: os princípios funcionam na colmatação de lacunas normativas.

Tal função está expressamente prevista no já citado artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, sob a designação de “princípios gerais de direito”.

Os princípios jurídicos também exercem um papel fundamental na *interpretação* dos textos normativos. Nesta sede, os princípios presidem a inteligência das entidades lingüísticas, promovendo a construção de normas no mesmo sentido e direção que preconizam. Para aclarar esta asserção, façamos

⁶² Versa sobre o tema o professor Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 111-114).

um pequeno esclarecimento teórico, consistente na distinção entre *texto* e *norma*.⁶³

As normas jurídicas não se confundem com os enunciados normativos. Em verdade, aquelas são o *resultado* da interpretação sistemática destes. É dizer: *o texto é o objeto da interpretação, enquanto a norma é o resultado da interpretação; a norma é, em síntese, o significado que emerge do texto normativo.*

Sucedem que, na maioria das vezes, da interpretação de um texto normativo são sacados múltiplos significados, ou seja, várias normas, a exigir do aplicador do Direito a decisão sobre qual dos significados merecerá aplicação no caso concreto. É neste momento que comparecem os princípios jurídicos, a indicar o significado ou os significados que correspondem a sua diretiva estimativa. Imperioso notar ainda que, diante do caso concreto, mais de um sentido do texto pode estar em consonância com o princípio que lhe serve de suporte, como também pode ocorrer, em situações excepcionais, ora de nenhum sentido ser admissível, obrigando ao afastamento da subsunção do caso concreto à norma⁶⁴,

⁶³ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y normas, El Lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, pp. 14 e 15; GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*, 23-43.

⁶⁴ Um precioso exemplo de situação em que não se aplica uma regra em atendimento a um princípio constitucional, dá-nos a regra prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que prescreve a concessão de um benefício de prestação continuada no valor de um salário mínimo para deficientes físicos ou idosos com 70 anos ou mais, cuja renda familiar *per capita* seja inferior a 1/4 do salário-mínimo. A jurisprudência, acertadamente, em nome do princípio da dignidade humana, concede o benefício a pessoas que, conquanto não preencham fielmente os requisitos legais, provam sua condição de miserabilidade. A eminente Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 470.975-6, enquadra magistralmente a questão: “De se concluir, entretanto, que o Supremo Tribunal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei n. 8.742/93, *mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma. A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais, que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social ‘a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social’, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família*”. E depois finaliza, de modo categórico: “Afirmando: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da

ora de os significados possíveis comportados pelo texto normativo serem insuficientes ao atendimento do princípio, obrigando à *extensão* do alcance da hipótese normativa.⁶⁵

Já a *função limitativa* dos princípios traduz-se na qualidade de constituírem *parâmetro de validade* de regras jurídicas, vale dizer, se uma regra discrepar do comando albergado por um princípio, estará ela inquinada de invalidade, sujeitando-se à expulsão da ordem jurídica.⁶⁶

Aqui devemos fazer duas considerações. A primeira, dedutível do quanto já foi dito, concerne à íntima ligação que se estabelece entre as funções interpretativa e limitativa. Enquanto aquela atua antes da edição da norma jurídica, delimitando seus contornos, esta age depois de produzida a norma, reprimindo a violação do princípio. Se nos atentarmos para esta questão, veremos que a *função limitativa só tem lugar se descumprida a função interpretativa*. O juízo de invalidade é conseqüência da inobservância do princípio jurídico no momento da interpretação.

Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à míngua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República)”.
⁶⁵ A Lei 8.036/90, que dispõe sobre o FGTS, oferece-nos um bom exemplo de extensão da hipótese normativa em atenção a um princípio constitucional. Em inúmeros julgados, reconhece-se o direito ao levantamento dos valores depositados para tratamento de doenças graves não contempladas no art. 20 do mencionado diploma, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Um julgamento da lavra da Ministra Eliana Calmon merece transcrição: “(...) É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a Lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Precedentes da Corte. 4. Recurso Especial improvido” (REsp 200401511807, publicado em 23.05.2005).

⁶⁶ GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, pp. 199 e 200.

Esta conclusão é clarificada ao nos voltarmos para o tema da discricionariedade administrativa⁶⁷. Com efeito, os princípios jurídicos são, ao mesmo tempo, um dos mecanismos de redução da discricionariedade (função interpretativa) e de controle do ato administrativo⁶⁸ (função limitativa)⁶⁹. Aí estão os dois momentos acima aludidos: antes da edição do ato administrativo – momento da discricionariedade –, incide a função interpretativa; uma vez existente o ato administrativo, incide a função limitativa.

A segunda consideração, de supina importância e que, salvo raríssimas exceções, recebe sofrível tratamento pela doutrina e jurisprudência nacionais, consiste em que a função limitativa dos princípios, se analisada em conjunto com um adequado entendimento do conceito de *direito subjetivo*, amplia sensivelmente a possibilidade de controle jurisdicional dos atos do Poder Público pelos administrados.

Conforme preleciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ante a unidade de jurisdição que vigora no Brasil, não há que se cogitar da noção de *interesse legítimo*, importada por alguns, de modo disparatado, do Direito Italiano⁷⁰. Deve-se, segundo o alumiado professor, ampliar a noção vetusta de direito subjetivo, descendente do Direito Privado, para que se torne compreensiva do universo de relações do Direito Público. Assim, tratar-se-á de direito subjetivo, *ergo* sindicável, quando: “(a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que pretenderia aceder

⁶⁷ Embora adiante tratemos do tema da discricionariedade, para que não se instalem dúvidas adiantamos que, segundo nos parece, há discricionariedade nas seguintes hipóteses: quando o legislador deixar de regular certos aspectos da competência administrativa; quando há outorga expressa de um plexo de alternativas à autoridade administrativa; ou, por fim, em caso de o legislador servir-se de conceitos imprecisos. Em todas estas situações se lega à Administração um campo de apreciação subjetiva para a satisfação ótima de seus misteres.

⁶⁸ Convém adiantar que, para nós, “ato administrativo” é sinônimo de norma jurídica. Desenvolveremos este tema oportunamente.

⁶⁹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*, pp. 482-485.

⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 934-937. Assim também o professor Cândido Rangel Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, p. 863).

nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-las se não houvesse ruptura da legalidade, *nada importando que a ilegalidade argüida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na situação objetiva e abstrata*".⁷¹

Portanto, à luz desta noção de direito subjetivo, qualquer ato ou política pública que, por meio da violação de um princípio, traga agravo pessoal ao administrado ou lhe subtraia vantagem, pode ser por este combatido judicialmente.

Por fim, temos a destacada *função sistematizadora* dos princípios. Por constituírem as proposições mestras do sistema jurídico, os princípios irradiam seu conteúdo estimativo sobre as demais normas, imprimindo-lhes unidade e coerência.

Assim, *cada princípio unifica, sob o influxo do valor que carrega, uma plêiade de regras e de subprincípios, os quais, ao mesmo tempo que naquele se sustentam, a ele dão concretude*. Trata-se de um *vínculo normativo* que se estabelece, de modo que a desatenção a qualquer das manifestações do princípio implica ofensa ao próprio princípio.⁷²

Há que se notar que no Direito Administrativo, dado o crônico caráter conjuntural de suas normas, as quais parecem fugir a qualquer tentativa de codificação, sobreleva-se a importância da função *sistematizadora* dos princípios⁷³. Ademais, diferentemente da França, onde os princípios são desenvolvidos jurisprudencialmente, a partir de casos concretos, constituindo um

⁷¹ *Op. cit.*, p. 937.

⁷² Nisto divergimos do professor Norberto Bobbio, quem nega qualidade normativa à função "sistemática" ou "construtiva" dos princípios (*Principi generali di diritto, Novissimo Digesto Italiano*, p. 896).

⁷³ RAMÓN REAL, Alberto. Los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Público*, p. 232.

insólito exemplo de *case-law* na pátria do legalismo⁷⁴, cumpre ver que no Brasil, via de regra, os princípios são engendrados doutrinariamente e depois aplicados pelos Tribunais ou consagrados pelo legislador.

A esta altura, julgamos oportuno o oferecimento de uma definição de princípio, de modo a sintetizar, em poucas palavras, a noção complexa que este termo abriga. Com efeito, *princípios são normas jurídicas, explícitas ou implícitas, portadoras dos valores mais caros à comunidade jurídica e prestantes a guiar a interpretação dos enunciados normativos, a colmatar lacunas normativas, a invalidar aquelas regras que lhe são contrárias e a presidir a racionalidade do ordenamento jurídico, ao qual conferem conexão sistemática.*

A partir dessa noção de “princípio” na retentiva estamos autorizados a passar ao exame do princípio da segurança jurídica.

⁷⁴ ENTERRÍA, García de. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo, *Revista de Administración Pública*, p. 207

4. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ao aproximar-nos do princípio da segurança jurídica com pretensão cognoscente, logo um obstáculo se apresenta. Como já anotamos a propósito do conceito de Estado de Direito, parece este princípio, em virtude de sua amplitude semântica, subtrair-se a qualquer tentativa de definição *útil*, sendo compreendido de modo integral mediante a exposição dos elementos que lhe dão concretude.

Tal fato não escapou à arguta análise da professora Anne-Laure Valembois: “Plurivoque, la sécurité juridique n’est pas pour autant équivoque. *Elle semble certes se soustraire à toute tentative de définition conceptuelle, étant essentiellement fonctionnelle.* La jurisprudence des juges qui utilisent l’exigence de sécurité juridique apparaît alors comme un instrument heuristique particulièrement utile. À ce stade de l’analyse, seule une définition téléologique de l’exigence de sécurité juridique será proposée, qui repose essentiellement sur une recherche des consensus de la doctrine. *Elle laissera apparaître que la sécurité juridique ‘informe un certain nombre de principes spécifiques’, tant sa définition ne peut être donnée qu’en référence aux notions et autres principes qui en sont les composants*”⁷⁵.

Outrossim, a identificação do princípio da segurança jurídica supõe uma esclarecedora distinção entre a segurança *pelo* direito e a segurança *do* direito⁷⁶. Não se trata de um mero jogo de palavras, mas um expediente para que autonomizemos o princípio da segurança jurídica.

A primeira expressão, “segurança *pelo* direito”, é representativa da concepção clássica da segurança jurídica, segundo a qual o Direito

⁷⁵ *La constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en droit français*, p. 13. Compartilha deste entendimento a professora Sylvia Calmes, como se vê deste excerto: “En outre, elle [sécurité juridique] renvoie finalement à des incertitudes de même type que lors de l’analyse de l’État de droit, quand il s’agit d’essayer d’en donner une définition précise” (*Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 110).

⁷⁶ VALEMBOIS, Anne-Laure. *Op. cit.*, pp. 4-10; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Seguridad jurídica*, p. 21.

corresponderia às aspirações de ordem e paz dos indivíduos. A mera positividade das normas proporcionaria segurança às pessoas, raciocínio cuja correção não colocamos em dúvida, mas que conduz, evidentemente, à confusão entre o Direito e a segurança jurídica. Se assim entendêssemos, seria até mesmo injustificada esta investigação. Seria dizer que de todo Direito verteria segurança aos indivíduos. E ponto final.

Em verdade, a segurança jurídica de que cuidamos é a segurança do direito, que poderíamos nominar de concepção contemporânea deste princípio. *Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito que, como foi visto na introdução deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas.*

Neste sentido, *partiremos para o reconhecimento do plexo de normas jurídicas que expressam, especificamente, o princípio da segurança jurídica no interior do regime jurídico-administrativo.* Deveras, esta é uma tarefa impositiva a todos os juristas: converter o arcabouço ideológico do Estado de Direito em um *conjunto de técnicas* prestantes à defesa dos direitos dos administrados⁷⁷. Transformar a metafísica em técnica, a tanto nos lançaremos, identificando aquilo que Jorge Millas se refere como “*ciertas instituciones que independientemente de todo contenido concreto u de toda finalidad económica, política, cultural, religiosa o laica determinadas, proveen técnicamente a la última y radical Seguridad Jurídica*”.⁷⁸

O princípio da segurança jurídica *permeia o direito positivo, condicionando toda sua dinâmica.* À luz das *funções* exercidas pelos princípios, resulta que desde a Constituição até as normas individuais e concretas, toda produção do

⁷⁷ *La lucha contra las inmunidades del poder*, pp. 13 e 14.

⁷⁸ *Filosofía del Derecho*, p. 247.

Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio⁷⁹ – as quais conduzem a uma ação conseqüente do Estado, livre de voluntarismos e sobressaltos –, sob pena de um juízo de invalidade da norma editada.

É de se notar, entretanto, sob a ótica da *função sistematizadora*, que o princípio da segurança jurídica não se expressa de modo uniforme nos diversos regimes jurídicos, armando-se de diferentes técnicas segundo o subsistema em que atua. É por isso que, neste momento, oferecemos apenas os traços gerais do aludido princípio para, no capítulo subsequente, *identificarmos as normas e subprincípios que o concretizam no regime jurídico-administrativo*.

Ademais, supérfluo dizer que o princípio da segurança jurídica apresenta-se na classe de *sobredireito*, visto que regula a produção e a aplicação de normas jurídicas. *Dirige-se a outras normas jurídicas*, as quais se presta a coordenar – formal e temporalmente – em homenagem à *previsibilidade, mensurabilidade e estabilidade* que deve guardar a atuação do Estado. Cuida-se de garantia, ao mesmo tempo, decorrente da positividade e sobre ela incidente.

É comum dividir-se o princípio da segurança jurídica em dois aspectos, não obstante, também com freqüência, não se leve conseqüentemente tal distinção. Segundo nos parece, *a classificação que expõe com maior clareza e abrangência este princípio leva em conta os dois núcleos conceituais por ele agasalhados, quais sejam: a certeza e a estabilidade*.

O aspecto da *certeza* reflete uma idéia comezinha e ínsita à fenomenologia do Direito. Os comandos jurídicos, como se sabe, mercê de sua abstração, estabelecem, *para o futuro*, a ligação de dados fatos a certas conseqüências jurídicas. Ampliativas ou restritivas, tais conseqüências orientam o agir de todos os destinatários das normas jurídicas, sejam os indivíduos em intersubjetividade,

⁷⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do Direito no Direito Tributário, *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*, p. 184.

sejam em contato com a Administração Pública. Contudo, tal *previsibilidade* pressupõe, antes de tudo, a *cognoscibilidade, dentro de padrões de razoabilidade, do conteúdo do comando jurídico. Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o quê não é dado exigir os respectivos comportamentos.*

A certeza encarna, portanto, a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma. Isso implica aspectos técnico-formais de produção das normas jurídicas que podem ser reconduzidos à *certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas.* No capítulo seguinte analisaremos como operam essas categorias na produção e aplicação das normas jurídico-administrativas, de molde a evidenciar sua repercussão sobre a esfera jurídica dos administrados.

Mas não basta a certeza quanto à norma aplicável para se assegurar o princípio da segurança jurídica. Nem é preciso dizer que nada significaria a *previsibilidade* se as projeções que dela decorrem e que norteiam a ação do administrado pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo, pelo Estado. É de rigor, portanto, que à *previsibilidade* oferecida pela certeza se acresça a *estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado.* É sob tal prisma que tradicionalmente se aborda o princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro, mais especificamente em relação à *estabilidade das relações jurídicas válidas* involucradas pelos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF).⁸⁰

⁸⁰ “O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a *estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas* e a legitimidade das instituições da República restarão

Afigura-se-nos que só a partir dessa díade (certeza e estabilidade) se alcança a verdadeira dimensão do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional brasileiro. Certeza sem estabilidade e estabilidade sem certeza resultam, igualmente, em insegurança, e por essa razão devem ser igualmente prezadas para fins de proteção do indivíduo contra o uso desatado do Poder Estatal. Deste entendimento parece comungar a professora Sylvia Calmes, quando, em notável síntese, apostila: “Cette doublé orientation apparaît notamment lorsque est avancée l’affirmation en vertu de laquelle la sécurité juridique vise à assurer le développement non seulement public, cohérent, clair et précis (*il faut ‘savoir’, qualitativement*), mais également continu, conséquent et stable du droit, en excluant les changements brusques, incohérents et indéfinis (*il faut ‘prevoir’, temporellement*)”.⁸¹

Demais disso, conforme já restou claro quando tratávamos da conformação do Estado de Direito Brasileiro, é de repisar-se a inegável *dignidade constitucional* do princípio da segurança jurídica em nosso Direito Positivo, o que, aliás, vem sendo confirmado por reiteradas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, o qual, como veremos, em despeito de alguns retrocessos⁸², tem alargado o princípio da segurança jurídica, à luz do Direito Germânico, a fim de proteger a confiança do indivíduo.

Também merece menção o processo de explicitação do princípio da segurança jurídica no ordenamento infraconstitucional, como se verifica no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9784/99⁸³, que disciplina o processo administrativo no âmbito

profundamente comprometidas” (Medida cautelar na ADIn nº 2010, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, julgada em 30.09.99, DJ 12.04.02, p. 51).

⁸¹ *Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 158.

⁸² *Vide* nota de rodapé 230.

⁸³ “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”.

federal, bem assim no art. 27 da Lei nº 9.868/99⁸⁴, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e sobre a ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e no art. 11 da Lei 9.882/99⁸⁵, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Cumprir notar ainda que o princípio da segurança jurídica não é aplicado isoladamente, dialogando com outros princípios de envergadura constitucional. Como já dissemos linhas atrás, nos marcos de um Estado Democrático de Direito os princípios não se excluem aprioristicamente, senão que, diante do caso concreto, são conciliados segundo a exigência de proteção dos direitos dos cidadãos.

Nesse contexto, habitualmente são contrapostos o princípio da segurança jurídica com o da legalidade, sob a afirmação de que diante dos casos concretos ora prevaleceria um, ora outro. Porém, não admitimos esta mútua excludência entre estes princípios, que se nos afigura viável tão-só a partir de uma visão da legalidade própria do século XIX, de jaez mecanicista, que a identifica com a literalidade da lei.

A todas as luzes, com a ascensão do Estado Democrático de Direito esta visão cede passo à concepção do princípio da legalidade como *conformidade à lei e ao Direito*, na eloqüente expressão da Lei Fundamental Alemã⁸⁶, ora introduzida em nossa ordem jurídica pelo art. 2º, parágrafo único, inciso I, da já mencionada

⁸⁴ “Art. 27. 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”.

⁸⁵ “Art. 11. 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”.

⁸⁶ Prescreve o art. 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental Alemã, em tradução francesa: “Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit”.

Lei 9.784/99⁸⁷. Destarte, o princípio da legalidade implica não só a fiel subsunção à lei, como também a observância dos princípios jurídicos, assumindo, nessa medida, a feição de um *preceptivo de submissão das autoridades a toda ordem jurídica*. Nos quadrantes do Direito Administrativo, o princípio da legalidade impõe a submissão da Administração Pública não só à lei que, ao mesmo tempo, fundamenta e limita sua atuação, mas também e, sobretudo, aos princípios que compõem o regime jurídico-administrativo⁸⁸, porquanto, na lição certa do professor Eduardo García de Enterría, “la ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración”.⁸⁹

Dessas colocações deduz-se que *não é de oposição a relação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, mas sim de complementação*. O princípio da legalidade é enriquecido pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, o qual se torna um dos parâmetros de aferição de validade das condutas estatais. Deveras, o princípio da segurança jurídica vem corrigir algumas deformações do princípio da legalidade decorrentes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos em face do Estado e não no contrário.⁹⁰

Por isso, quando em certo caso concreto prevalece o princípio da segurança jurídica não há ruptura da ordem jurídica ou preterição do princípio da legalidade, senão que afirmação do princípio da legalidade.

⁸⁷ “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: I - *atuação conforme a lei e o Direito*”.

⁸⁸ A propósito, o magistério do professor Brewer-Carías: “Pero por supuesto, ‘legalidad’, en el derecho constitucional contemporáneo, no es solo la sumisión a la ‘ley formal’ como acto sancionado por el Parlamento, como sucedía en el siglo XIX con respecto a las acciones administrativas y como consecuencia del principio de la supremacía de la ley, sino que quiere decir sumisión al ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución y a otras fuentes del derecho” (*Derecho Administrativo*, t. I, p. 43).

⁸⁹ *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 49.

⁹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, *Revista de Direito Público*, p. 54.

PARTE 2. VISÃO JUSCOMPARATIVA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

1. UTILIDADE DO DIREITO COMPARADO

Interessa-nos agora examinar como o princípio da segurança jurídica é tratado em outros ordenamentos jurídicos. A partir dessa visão comparativa podem ser extraídos valiosos subsídios para a dogmática empreendida.

Nunca é demais precatar-se para os riscos do método comparativo, por meio do qual não se deve buscar a importação irrefletida de instituições jurídicas alienígenas, senão que, nas palavras do professor Biscaretti di Ruffia, “La investigación comparativa, en efecto, conduce con frecuencia a una *mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional*, si se tienen en cuenta que el cotejo sistemático con los ordenamientos extranjeros, especialmente si provienen de la misma cepa genealógica, podrá facilitar, en no pocas ocasiones, la identificación de principios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentaristas analíticos del derecho positivo del propio Estado”⁹¹.

Portanto, analisemos algumas ordens jurídicas estrangeiras como instrumento de aprofundamento do estudo do princípio da segurança no Direito Administrativo brasileiro.

⁹¹ *Introducción al derecho constitucional comparado y 1988-1990. Um trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estado Socialistas del Este europeo*, p. 80.

2. DIREITO ALEMÃO

No Direito Alemão, o *princípio da segurança jurídica tem envergadura constitucional, porquanto entendido como subprincípio do Estado de Direito*. Em um primeiro momento, foi visto pelo Tribunal Constitucional Federal somente a partir de um *aspecto objetivo*, respeitante aos limites à retroatividade dos atos estatais, para, ao depois, ter seu sentido alargado para o *aspecto subjetivo* da *proteção à confiança* dos cidadãos na conduta do Estado.⁹²

Sob o *ângulo objetivo*, concernente, como dissemos, à retroatividade dos atos estatais, distingue-se a “retroatividade autêntica” – quando a lei modifica *situações pretéritas* –, a qual, via de regra, é proibida, salvo um interesse público que a justifique, da “retroatividade inautêntica”, ou “retrospectividade”, equivalente à *eficácia imediata da lei* professada por Paul Roubier⁹³ – quando a lei nova atinge situações pendentes –, em princípio, admitida.⁹⁴

Já sob o *ângulo subjetivo*, atinente à proteção da confiança, sublinham-se, fundamentalmente, limitações à modificação de atos estatais, mesmo quando evitados de ilegalidade, bem como concessões de efeitos patrimoniais a eventuais modificações, mercê da expectativa, gerada nos beneficiários dos atos, de que eles seriam legítimos e de que, portanto, seriam mantidos. Em suma, com o professor Almiro do Couto e Silva, o aspecto da confiança legítima na Alemanha “prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos,

⁹² Como preleciona o professor Almiro do Couto e Silva, “segurança jurídica” (Rechtssicherheit) é expressão que geralmente designa a parte **objetiva** do conceito, ou então simplesmente o princípio da segurança jurídica”, enquanto a parte **subjetiva** é identificada como “proteção à confiança” (Vertrauensschutz, no direito germânico)(...) (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 Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2, p. 5). Humberto Ávila, seguindo Roland Kreibich, sustenta o entendimento de que o Tribunal Constitucional Alemão acolheu, sucessivamente, as idéias de “Estado de Direito – segurança jurídica – idéia de proteção da confiança” (*Sistema Constitucional Tributário*, p. 480).

⁹³ *Le Droit Transitoire*, pp. 10 e 11.

⁹⁴ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, pp. 187-192; COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado: derecho argentino y derecho comparado*, pp. 51-55.

mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, indiscutível a boa-fé”.⁹⁵

Sob este aspecto, guarda interesse o célebre caso da “viúva de Berlim”, julgado pelo Tribunal Administrativo Superior de Berlim em 1956 e confirmado pelo Tribunal Federal Administrativo em 1957, em que se reconheceu o direito à proteção da confiança legítima invocada por uma viúva de um funcionário que residia na então República Democrática Alemã, ante os seguintes fatos: a viúva foi oficialmente notificada para que se mudasse para a Berlim Ocidental, a fim de que fosse mantida sua pensão; baseada nesta informação da Administração, efetivou sua mudança de residência, arcando com todos os gastos que isto importava, e continuou percebendo a pensão; tempos depois, comprovou-se que ela não atendia aos pressupostos legais e que a informação que havia recebido era equivocada, pelo que lhe foi exigido que devolvesse as somas indevidamente percebidas.

Deduzidos em juízo estes fatos, o Tribunal concluiu que nem a invalidação *ex nunc* era cabível, sendo de rigor a manutenção da pensão à viúva.⁹⁶

Também é de se assinalar a afirmação pelo Tribunal Constitucional de que o legislador tem o dever de adotar disposição transitórias para atenuar as repercussões derivadas dos câmbios normativos, seja através da manutenção da norma anterior por um período limitado, seja mediante a passagem paulatina da normação antiga para a nova, seja pelo afastamento imediato da incidência da nova lei em casos que traria repercussões muito negativas, ou, finalmente, por meio da indenização da pessoa lesada pela brusca alteração normativa.⁹⁷

Observe-se ainda que foi no direito alemão, precisamente na Lei de Procedimento Administrativo de 1976, que se desenvolveu a seminal distinção de

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 5.

⁹⁶ COVIELLO, Pedro José Jorge, *op. cit.*, pp. 37 e 38.

⁹⁷ COVIELLO, Pedro José Jorge, *op. cit.*, p. 55.

regime jurídico entre os atos administrativos ampliativos e os atos restritivos, sobre a qual discorreremos adiante. Ademais, como decorrência do princípio do Estado de Direito, consagrou-se o preceito da *precisão legal*, segundo o qual as leis devem ser *claras e densas*, a fim de que a ação estatal seja calculável ao máximo.⁹⁸

⁹⁸ HECK, Luís Afonso. *Op. cit.*, p. 196-213.

3. DIREITO FRANCÊS

No direito positivo francês a noção de segurança jurídica não está expressamente edificada, havendo no chamado *bloc de constitutionnalité*⁹⁹ duas noções próximas: a primeira concerne ao artigo 2º da Declaração de 1789 – segundo o qual a segurança seria um direito natural, a par da igualdade, da liberdade e da propriedade – e, sobretudo, ao dispositivo insculpido no art. 7º do mesmo diploma que consagra o *habeas corpus*, vertido nos seguintes termos: “Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu’elle a prescrites”; já a segunda noção liga-se à “garantia de direitos” inscrita no artigo 16 da Declaração, a qual, a par da separação de poderes, constituiria pressuposto de existência da Constituição.¹⁰⁰

O Conselho Constitucional recusa-se à consagração *formal* da segurança jurídica como princípio constitucional, valendo-se de referências aos princípios e regras que derivam da segurança jurídica, como, por exemplo, ao assegurar a qualidade das leis ou ao limitar as intervenções legislativas em nome das situações e expectativas dos sujeitos de direito. Por isso sugerir Anne-Laure Valembois um “reconhecimento substancial” da constitucionalidade do princípio da segurança jurídica no Direito Francês¹⁰¹. Diz a eminente jurista: “En définitive, la constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique, toujours implicite, n’en est pas moins réelle”.¹⁰²

Também o Conselho de Estado – tanto em sua competência consultiva, quanto em sua competência jurisdicional – nega-se a acolher solenemente a segurança jurídica, embora nela se inspire em inúmeros julgados.

⁹⁹ O “bloco de constitucionalidade” é formado pela Constituição de 1958, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo preâmbulo da Constituição de 1946, contendo uma declaração de direito econômicos e sociais, e, finalmente, pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República anteriores a 1946 (SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, p. 311).

¹⁰⁰ Enuncia o dispositivo: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

¹⁰¹ *La constitutionnalisation de la exigence de sécurité juridique*, pp. 257-260.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 463.

Sob o aspecto consultivo, o Conselho de Estado exige respeito à hierarquia das normas, clareza dos enunciados, coerência do corpo normativo, implementação de regimes transitórios e proibição de validações legislativas, exceto se motivadas por imperativos de interesse geral. No tocante às suas atribuições jurisdicionais, farta jurisprudência estriba-se na segurança jurídica, merecendo referência o célebre aresto *Dame Cachet*¹⁰³ - no qual se impede a invalidação de um ato criador de direitos –, o aresto *Société du Journal l'Aurore*¹⁰⁴ - por meio do qual se firma o princípio geral de irretroatividade dos atos administrativos –, além da teoria dos funcionários de fato, em vista da qual reputam-se válidos os atos praticados por agente cuja investidura deu-se de modo irregular, malgrado sob uma aparência de legalidade.¹⁰⁵

¹⁰³ Conselho de Estado, 3 de novembro de 1922, *Dame Cachet*, rec. p. 790.

¹⁰⁴ Conselho de Estado, 25 de junho de 1948, *Société du Journal l'Aurore*, rec. p. 289.

¹⁰⁵ Conselho de Estado, 2 de novembro de 1923, *Association de l'administration centrale des postes et télégraphes*, rec. p. 699.

4. DIREITO ESPANHOL

Já no Direito Espanhol o princípio da segurança jurídica foi incorporado expressamente ao texto da Constituição de 1978, em seu art. 9.3, na condição de princípio geral do ordenamento jurídico. Mais recentemente, na nova redação dada pela Lei 4/1999 ao artigo 3º da Lei do Regime Jurídico das Administrações e do Procedimento Administrativo Comum de 1992, fez-se constar o respeito da Administração aos princípios da boa-fé e da confiança legítima.

Contudo, do fato de o princípio da segurança jurídica ter sido insculpido fora do sistema privilegiado de direitos fundamentais – composto pelas liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14 e na seção primeira do capítulo segundo da Constituição, os quais são sindicáveis mediante o recurso de amparo¹⁰⁶ – deve-se seu tímido exame pelo Tribunal Constitucional¹⁰⁷, que o define como a soma de certeza e legalidade, hierarquia normativa e publicidade normativa, irretroatividade da lei restritiva e interdição da arbitrariedade.¹⁰⁸

Entre os tantos sentidos que se empresta à segurança jurídica no Direito Espanhol merecem atenção a exigência de *clareza normativa* – cuja infringência motivou, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Águas de Canárias, de 22 de maio de 1989, na Sentença 46/1990 do Tribunal Constitucional¹⁰⁹ - e, sobretudo, a proteção da confiança do administrado, a qual, historicamente, vem associada à noção de boa-fé, como podemos observar em artigo da lavra do professor Sainz Moreno, datado de 1979, do qual consta a

¹⁰⁶ Estabelece esse sistema o art. 53.2 da Constituição: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo”.

¹⁰⁷ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, p. 42.

¹⁰⁸ Tribunal Constitucional, decisões: 27/81, de 20 de julho; 99/87, de 11 de junho; 227/88, de 29 de novembro, e 150/90, de 4 de outubro.

¹⁰⁹ ENTERRÍA, García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, *Revista de Administración Pública*, nº 159, p.178.

seguinte lição: “La buena fe es uno de los principios generales del Derecho, uno de aquellos valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, sobre los cuales se constituye éste como tal (García de Enterría). Es um principio que sirve a la seguridad jurídica incorporando al Derecho el valor ético-social de la confianza”.¹¹⁰

Aliás, sob o ponto de vista da confiança legítima, dois importantes arestos do Tribunal Supremo devem ser apontados, nos quais se admite a responsabilidade do Estado por alterações legislativas radicais que redundam na frustração de expectativas a que o próprio Poder Público deu causa.

No primeiro, de 05 de março de 1993, reconheceu-se a uma empresa pesqueira o direito à indenização pela eliminação de isenções tributárias de que desfrutava, como consequência da adesão da Espanha ao Tratado de Adesão à Comunidade Económica Europeia. A empresa havia feito significativas inversões fiada em políticas de fomento do Estado, as quais foram radicalmente suprimidas pela subscrição da Espanha ao mencionado Tratado¹¹¹.

No outro aresto, o mesmo Tribunal, precisamente em 16 de maio de 2000, reconheceu o direito à indenização decorrente de alteração legislativa que, ao declarar certos terrenos insuscetíveis de edificação por razões ambientais,

¹¹⁰ La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, *Revista de Administración Pública*, p. 310.

¹¹¹ STS 1232/1993. Um trecho do julgado é digno de citação: “(...) aunque diéramos por supuesta hipotéticamente la inexistencia de un auténtico y plenamente configurado derecho adquirido, por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de Empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si éstos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, para la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente, la cual además estaría incluso avalada, tanto por los principios de la buena fe que debe inspirar la relación de la Administración con los particulares y de la seguridad jurídica, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, prestablecidas y con finalidad determinada (...)”.

impossibilitou a consumação, por uma empresa privada, de um plano urbanístico já aprovado pela Comunidade Autónoma das Ilhas Baleares.¹¹²

¹¹² STS 3930/2000. Eis o cerne do julgado, em cita literal: “Para examinar si esto es así es menester utilizar varios criterios. Entre ellos reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones. Estos conceptos, utilizados por las sentencias de esta Sala últimamente citadas, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (*sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras compensatorias*) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce u derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja”.

PARTE 3. O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Esboçado o significado da segurança jurídica na ordem jurídica brasileira, partiremos agora à verificação do *alcance* deste princípio no domínio do Direito Administrativo, o que constitui, deveras, o cerne de nossa investigação.

Tomando o *Direito Administrativo como o plexo de princípios e regras que disciplinam a função administrativa e os órgãos que a desempenham*, ou, em outro torneios, o *regime jurídico* – sistema normativo dotado de uma racionalidade própria – que condiciona o exercício e os exercentes da função administrativa, coloca-se, de imediato, a pergunta: mas o que se entende por função administrativa e de que modo é exercida? A resposta a estas interrogações deve anteceder, necessariamente, o exame do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo.

Portanto, alcancemos um acordo prévio sobre o significado de alguns conceitos fundamentais do Direito Administrativo com os quais o princípio da segurança jurídica mantém ligação, a fim de que não nos percamos em logomaquias.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

1.1. Função administrativa

A já aludida tripartição de poderes – tecnicamente denominada de *tripartição de funções* – é uma *visão política fundante do modelo de Estado de Direito*, mas cuja *consagração jurídica* é multiforme, de acordo com os contornos que lhe confere a Constituição¹¹³. Interessa-nos, pois, porque sob perspectiva dogmática, a consagração jurídica e não a visão política em si; *não a idéia, senão que o específico modo como a idéia foi plasmada na ordem constitucional*. Na síntese feliz de Paul Benoit: “mais précisément, *la clef du problème d’analyse est là: la notion de fonction n’est valable scientifiquement que dans la mesure ou elle exprime les réalités du droit positif*”.¹¹⁴

Disso se segue que entre os inúmeros critérios com que se costuma isolar as funções estatais deve se eleger aquele que corresponda à realidade do Direito Positivo. Não é da materialidade das atividades do Estado de que se extrai a classificação das funções, mas sim da *qualificação jurídico-formal das atividades*. Nessa medida é que reputamos idôneo o *critério objetivo-formal* para classificar as funções do Estado, segundo o qual são reconhecíveis, no sistema constitucional brasileiro, três funções, a saber: função legislativa, função administrativa e função jurisdicional.¹¹⁵

A função legislativa é aquela que o Estado exerce mediante a expedição de *normas gerais e normalmente abstratas que inovam originariamente na ordem jurídica*. Já a função jurisdicional é aquela desempenhada por via de *normas individuais e concretas com força de definitividade*. Por fim, função administrativa é a *função exercida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, que se*

¹¹³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, IX-1.

¹¹⁴ *Le Droit Administratif Français*, p. 36.

¹¹⁵ Nos quadrantes do Estado de Direito não vemos razões para se admitir a existência da *função de governo*.

*singulariza por ser desenvolvida mediante comportamentos submetidos à lei, ou, excepcionalmente, diretamente à Constituição, e sujeitos à controle jurisdicional.*¹¹⁶

Isolada a função administrativa, debruçemo-nos um pouco sobre sua fenomenologia, donde serão extraídas valiosas idéias para os propósitos de nossa investigação.

Com efeito, é lição corrente que a função administrativa encontra seu *fundamento e limite* em um instrumento normativo primário, seja ele lei ou Constituição. Assim, à autoridade ou quem lhe faça as vezes, não assiste vontade¹¹⁷, mas tão-só o dever de atender as finalidades legais. Ademais, se a Administração discrepa das competências¹¹⁸ que lhe são imputadas, encontra em seu caminho o ente jurisdicional que restabelece o império da legalidade. Portanto, há em um primeiro momento uma atribuição de competência – contendo aspectos vinculados e discricionários –, em nome da qual a autoridade administrativa atua, satisfazendo interesses públicos concretos. A fiscalizar este processo está o Poder Judiciário, ao qual cabe sindicar tanto a *atribuição* quanto o *exercício* das competências públicas¹¹⁹.

A primeira relação, entre a lei e a Administração, ou, em dizer mais elaborado, entre os instrumentos normativos primários e a atividade administrativa, foi insuperavelmente demonstrada pelo professor Oswaldo Aranha

¹¹⁶ Em nossa definição de função administrativa, conquanto indubitavelmente influenciada pela construção teórica do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não incluímos a *estrutura hierárquica*, porquanto não a entendemos como uma *nota típica* da função administrativa. Nisto seguimos o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em crítica endereçada a Adolf Merkl (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, pp. 168-171).

¹¹⁷ Mesmo quando se está perante uma competência discricionária, ao administrador não assiste “liberdade”, mas pura e tão-somente uma margem de apreciação subjetiva condicionada ao atendimento ótimo da finalidade legal.

¹¹⁸ Merece referência o conceito de “competência” do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 144).

¹¹⁹ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, p. 92.

Bandeira de Mello. Conquanto não compartilhemos da classificação das funções do Estado deste alumiado professor, forçoso reconhecer que em um Estado de Direito a função legislativa e a administrativa se irmanam na consecução de finalidades públicas, cabendo àquela a produção de *programas de ação* e a esta *executá-los fielmente*¹²⁰. Ou seja, o exercício da função administrativa visa a dar, tão-somente, *operatividade aos desígnios legais*¹²¹.

Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica se projeta não só sobre o *exercício* da função administrativa, mas também sobre a *atribuição* da função administrativa. No Estado de Direito, caracterizado pela supremacia constitucional, não apenas o exercício da função administrativa é controlado, senão que o exercício da função legislativa.¹²²

Isto é, atenta-se tanto para o programa, quanto para sua execução, *visto que, em termos lógicos, um programa inseguro implica uma ação insegura e um programa seguro é condição necessária, mas não suficiente, para uma ação segura. De sorte que a plenitude do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo se alcança através de mecanismos que assegurem a certeza na atribuição e no exercício das competências administrativas e a estabilidade das situações e relações jurídico-administrativas.*

1.2. Discricionariedade administrativa

A muitos já deve estar acometendo a dúvida: como falar em “certeza” na atribuição das competências administrativas se é corrente a outorga, pelo legislador, de uma margem de apreciação subjetiva à Administração Pública?

¹²⁰ *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 59.

¹²¹ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, v.1, pp. 9 e 10.

¹²² Julgamos que a liberdade de conformação da função legislativa constitui uma *competência discricionária*, a qual se diferencia da discricionariedade administrativa apenas em termos *quantitativos*. A discricionariedade legislativa é tão-somente mais lata que a discricionariedade administrativa. Para um exame aprofundado desta problemática, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 215-287.

Para que respondamos satisfatoriamente a esta questão – o que pretendemos fazer ao tratarmos da segurança jurídica no Direito Administrativo sob a perspectiva da certeza –, além de outras que se colocarão, é preciso que elucidemos, mesmo que resumidamente, o que vem a ser esta “margem de apreciação subjetiva” conferida pela lei à Administração, à qual dá-se o nome de “discricionariedade administrativa”.

A doutrina costuma referir-se a “atos vinculados” e “atos discricionários” e já nesta divisão destacam-se problemas teóricos¹²³. Isto porque a *discricionariedade e a vinculação, sobre não residirem no ato administrativo, tampouco se extremam de modo absoluto, como faz crer esta categorização*. Em verdade, a *discricionariedade e a vinculação coabitam a competência administrativa*, de modo que o agente público, diante do caso concreto, terá aspectos da competência vinculados, os quais são resolvidos ao nível da lei, sem que neles possa intervir, a par de aspectos discricionários, dos quais decorre um campo de apreciação subjetiva para melhor atendimento da finalidade legal.

Ademais, com fulcro nas lições do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, impõe-se observar que a discricionariedade se funda em duas razões, a saber: a possibilidade de adoção, diante do caso concreto, da solução que satisfaça perfeitamente a finalidade legal; e uma contingência lógica da linguagem, a qual invariavelmente é portadora de conceitos indeterminados.¹²⁴

Acerca do primeiro fundamento, é de reconhecer-se que é de todo impossível, no plano abstrato, por meio de uma classificação rígida, contemplar a ilimitada complexidade do mundo fenomênico, de modo a ser recomendável, perante certas situações, a autorização legislativa para que o agente

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 367 e 368.

¹²⁴ *Op. cit.*, pp. 951 e 952.

administrativo, em atenção às singularidades do caso concreto, dê a solução que mais julga conveniente e oportuna para atendimento da finalidade legal.

Quanto ao segundo fundamento, sobre o qual muito se dissente¹²⁵, limitá-
nos-emos a dizer que inúmeros conceitos, por se referirem a objetos que se
apresentam como um *continuum* e não como *quanta*¹²⁶, ou seja, por existirem em
graus e medidas variáveis, poderão ser concretamente reconhecidos em alguns
casos, mas não em todos¹²⁷. Assim, por exemplo, um conceito como “urgência”,
largamente utilizado na linguagem das normas, pode, em certa situação, ser
induidosamente empregado (zona de certeza positiva), bem como, de outro lado,
ter seu emprego induidosamente rechaçado (zona de certeza negativa).
Entretanto, entre os dois extremos há uma infinidade de situações que se
duvidaria qualificar como urgente e perante as quais não há como fazer um juízo
objetivo e conclusivo (zona de incerteza)¹²⁸. Poderiam existir duas opiniões
antagônicas, sem que nenhuma delas pudesse arrogar-se o predicado da
verdade. Eis onde reside a discricionariedade nos conceitos indeterminados.

Contudo, é bom que se sublinhe, só se pode atestar a existência da
discricionariedade frente ao caso concreto. No plano abstrato da norma jurídica é
possível afirmar a *possibilidade* de um juízo discricionário, no entanto é o contexto
fático que, ao estreitar as interpretações *legítimas* da norma, indicará a

¹²⁵ Há uma corrente doutrinária que nega a existência de discricionariedade em relação aos
conceitos jurídicos indeterminados, e outra, à qual nos filiamos, ao lado do professor Celso Antônio
Bandeira de Mello, que a admite. Eminente porta-voz daquela corrente é o Professor García de
Enterría.

¹²⁶ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad
administrativa*, p. 74.

¹²⁷ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, p. 204; BANDEIRA DE MELLO, Celso
Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*, pp. 22 e 23.

¹²⁸ A respeito, o ensinamento de Genaro Carrió: “Todo cuanto podemos decir es que hay casos
centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de
exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o
menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué
hacer” (*Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 31 e 32).

subsistência de um campo de “alternativas igualmente justas, entre indiferentes jurídicos”¹²⁹, é dizer, de discricionariedade.¹³⁰

A estas considerações cabe agregar que, à luz da bimetridade constitutiva das normas jurídicas, traduzida no pressuposto de fato ao qual se liga uma conseqüência jurídica, é possível identificar, na regra de competência, as modalidades de discricionariedade administrativa.¹³¹

Assim, emergirá discricionariedade quando a norma jurídica, em sua *hipótese normativa*, ostentar conceitos indeterminados ou simplesmente não descrever a situação fática apta a deflagrar a conseqüência jurídica. No tocante ao *conseqüente normativo*, a discricionariedade será derivada de eventual faculdade atribuída ao agente público para a prática do ato administrativo; de autorização para que o agente escolha o momento oportuno para a edição do ato administrativo; de outorga ao agente da eleição da forma jurídica de que se revestirá o ato administrativo; de concessão ao agente da escolha da providência considerada idônea ao cumprimento da finalidade legal¹³².

De resto, a discricionariedade não é um campo insondável ao Poder Judiciário, ao qual sempre cumprirá o *dever* de averiguar se, no caso concreto, foram respeitados os seus limites.

1.3. Ato administrativo

A última noção preliminar ao estudo da segurança jurídica no Direito Administrativo é a de ato administrativo, à qual mais nos ateremos, tendo em vista os inúmeros tópicos nela abarcados, todos de grande importância para a nossa

¹²⁹ Estas expressões são do professor García de Enterría (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 464).

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 37.

¹³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 19.

¹³² Dado que a finalidade, embora não componha a estrutura lógica da norma jurídica, preside sua intelecção, se indeterminada, poderá dar azo à discricionariedade tanto no pressuposto quanto no conseqüente normativo (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, pp.19-21).

investigação. Aliás, a razão desta proeminência é singela. Os atos administrativos são o *resultado* do exercício da função administrativa, por meio dos quais se declaram, constituem, modificam e extinguem direitos dos administrados. Ou seja, um campo fértil para manifestar-se o princípio da segurança jurídica sob o aspecto da estabilidade.

Como sempre, a primeira atitude a ser tomada perante um signo lingüístico é assinar o seu *uso*. Com a expressão “ato administrativo” não será diferente.

Com efeito, pode ser oferecida, com base no Direito Positivo brasileiro, uma definição lata ou estrita da voz “ato administrativo”. Em sentido lato, *ato administrativo é uma norma jurídica ditada no uso de prerrogativas públicas pertinentes à função administrativa, em ordem a dar fiel cumprimento à lei e submetida a controle jurisdicional*¹³³. Dentro desta definição estão encartados o regulamento, o contrato administrativo e o ato administrativo em sentido estrito. O primeiro, de feição abstrata e unilateral, o segundo de feição concreta e bilateral e o último de feição concreta e unilateral.

Portanto, se quisermos delimitar com precisão estas três vias técnico-jurídicas de ação administrativa podemos defini-las da seguinte forma. O *regulamento* é uma norma jurídica abstrata ditada unilateralmente no uso de prerrogativas públicas pertinentes à função administrativa, em ordem a dar fiel cumprimento à lei e submetida a controle jurisdicional; o *contrato administrativo* é uma norma jurídica individual e concreta ditada bilateralmente no uso de prerrogativas públicas pertinentes à função administrativa, em ordem a dar fiel cumprimento à lei e submetida a controle jurisdicional; o *ato administrativo em sentido estrito* é uma norma jurídica concreta ditada unilateralmente no uso de prerrogativas públicas pertinentes à função administrativa, em ordem a dar fiel cumprimento à lei e submetida a controle jurisdicional.

¹³³ A definição que propomos é negavelmente inspirada nas lições do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para os nossos fins interessará o regime jurídico do ato administrativo em sentido estrito, cuja definição será decomposta em seguida. Entretanto, cumpre notar que, no que concerne ao sistema de invalidades, podem ser equiparados o ato administrativo com o contrato administrativo. Portanto, as considerações formuladas a propósito da invalidade do ato administrativo em sentido estrito e das conseqüências que dela decorrem – que a partir de agora nominaremos somente de “ato administrativo” – aplicam-se, salvo pequenas adaptações, aos contratos administrativos.¹³⁴

1.3.1. Decomposição da definição de ato administrativo

Façamos, portanto, a breve trecho, a decomposição da noção complexa comportada na expressão “ato administrativo”, destacando e examinando seus elementos constituintes.

1.3.1.1. O ato administrativo como norma jurídica

O primeiro elemento da definição concerne à concepção do ato administrativo como norma jurídica, na esteira kelseniana.

Ao contrário de consagrada doutrina que, por *razões ideológicas*¹³⁵, considera o ato administrativo como mera aplicação das normas jurídicas, não

¹³⁴ VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Extinção dos contratos administrativos*, pp. 85 e 86; FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*, pp. 69 e 70.

¹³⁵ Para tal doutrina tão-só as normas gerais e abstratas mereceriam a denominação “norma”. Ilustram essa tendência: ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, v. 1, pp. 6 e 7; ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, pp. 187-190. A propósito, ensina Norberto Bobbio: “Julgamos que o fato de considerar a generalidade e a abstração como requisitos essenciais da norma jurídica tem uma origem *ideológica*, e não *lógica*, ou seja, acreditamos que por trás dessa teoria existe um juízo de valor do seguinte tipo: ‘Convém (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas’. Em outras palavras, pensamos que generalidade e abstração são requisitos não da norma jurídica como é, mas como deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, para o qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas; isto é, que são requisitos *não tanto da norma jurídica* (ou seja, da norma válida num determinado sistema), *mas da norma justa*” (*Teoria Geral do Direito*, pp. 163 e 164).

constituindo, em si, dada sua concretude, norma jurídica, julgamos que o ato administrativo é uma norma jurídica.

Como a seguir veremos¹³⁶, a existência de uma norma não está ligada às suas características lógicas – abstração/concreção e generalidade/individualidade – mas à sua *pertinência* ao sistema normativo. Averbá, com acerto, o mestre de Viena: “A força de ‘obrigatoriedade’ ou ‘validade’ do Direito está intrinsecamente relacionada, não ao seu caráter possivelmente geral, mas apenas ao seu caráter como norma”.¹³⁷

Com efeito, a partir de uma perspectiva dinâmica, o ato administrativo nada mais é do que um estágio no processo de criação do Direito cujo fluxo segue do geral e abstrato para o individual e concreto¹³⁸. O Direito existe para ser aplicado, projetando-se sobre o mundo dos fatos através de progressiva individualização e concretização das normas que o compõem. *Positivar-se é factualizar-se*, enuncia o mestre Lourival Vilanova.¹³⁹

Ademais, cumpre observar que o ato administrativo corresponde ao *significado* que o Direito atribui a uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes no exercício da função administrativa. É ele, portanto, o produto de uma declaração socialmente reconhecível, que com esta não se confunde, ou, em termos lingüísticos, o ato é o *significado*, ao passo que a declaração é a *enunciado*. Reforcemos esta distinção, porquanto de grande utilidade para nossas reflexões: a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes pertence ao mundo fenomênico, ao passo que a norma jurídica pertence ao sistema jurídico; aquela ao *ser*, esta ao *dever-ser*.¹⁴⁰

¹³⁶ Vide item 1.3.3 desta parte.

¹³⁷ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 53.

¹³⁸ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 196.

¹³⁹ *Causalidade e relação no Direito*, p. 132.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans, *Teoria geral das normas*, p. 34.

1.3.1.2. Concretude do ato administrativo

Outro traço que figura no conceito de ato administrativo é o da *concretude*, por meio do qual se aparta o ato administrativo do regulamento. Este último, conquanto também editado no exercício da função administrativa, apresenta compostura abstrata e, de regra, geral.

Consiste a *concretude* do ato administrativo na sua referência a uma situação de fato ou de direito *determinada*, em contraste com as *situações-tipo* das normas abstratas. Enquanto as normas abstratas recortam a realidade mediante uma *classificação*, sendo aplicada tantas vezes quantas forem as ocorrências fáticas correspondentes ao seu arquétipo – repetibilidade –, as normas concretas estão *saturadas* com uma realidade específica e determinada e se esgotam em uma única aplicação – irrepitibilidade.¹⁴¹

Convém reiterar que a *individualidade* é apanágio apenas do contrato administrativo, não do ato administrativo¹⁴². Aquele sempre ligará sujeitos determinados, enquanto este, em muitos casos, não obstante dispondo sobre uma situação concreta, atinge uma categoria de sujeitos indeterminados, sendo, nessa medida, *geral*.¹⁴³

¹⁴¹ Embora não tome o ato administrativo como norma jurídica, sublinhem-se as valiosas palavras do professor José Luís Villar Palasí acerca das características da concretude e da abstração (*Derecho Administrativo*, tomo I, pp. 420-424).

¹⁴² Bem apostila o professor Ernst Forsthoff: “no está la cuestión en si el destinatário está señalado de modo abstracto o concreto, sino en el contenido” (*Tratado de Derecho Administrativo*, p. 285).

¹⁴³ Atentou-se, pioneiramente, para a categoria dos atos administrativos gerais, distinguindo-os dos regulamentos, o jurista alemão Thoma (*Der Polizeibefehl im Badischen Recht*, I, Tübingen, 1906). Sobre o tema: ENTERRÍA, García de. Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición, *Revista de Administración Pública*, 29/161-185; MARTÍN- RETORTILLO, Lorenzo, Actos administrativos generales y reglamentos: sobre la naturaleza de la convocatória de oposiciones, *Revista de Administración Pública*, 40/225-249; LEGUINA VILLA, Jesús, Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos, *Revista de Administración Pública*, 49/193-224; SANDULLI, Aldo M, Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, *Scritti giuridici in memoria de Vittorio Emanuele Orlando*, II, pp. 447-459.

1.3.1.3. Unilateralidade do ato administrativo

Já deixamos consignado que por meio do aspecto da unilateralidade do ato administrativo se opera sua individualização frente ao contrato administrativo, o qual sabidamente é marcado pela *bilateralidade*.

Entretanto, é de rigor neste ponto apenas expurgar uma ambigüidade que guardam os termos “unilateralidade” e “bilateralidade”.¹⁴⁴

Ambos podem aludir à *formação* do ato administrativo (em sentido lato) ou aos seus *efeitos*, ou, se quisermos empregar palavras mais afinadas com nossa concepção epistemológica, à *formação da norma jurídica* ou ao *conteúdo da norma jurídica*¹⁴⁵.

Quando se alude à *formação*, a unilateralidade significa que para se introduzir uma norma jurídica no sistema concorre a declaração de apenas um sujeito de direito, enquanto que a bilateralidade denota a concorrência da declaração de mais de um sujeito de direito para veiculação de uma norma jurídica¹⁴⁶. Sob o prisma do *conteúdo*, a unilateralidade representa a constituição de direitos e obrigações para apenas um sujeito de direito, ao passo que a bilateralidade concerne à criação de direitos e obrigações para mais de um sujeito de direito.

¹⁴⁴ VILANOVA, Lourival, *Causalidade e relação no Direito*, p. 293.

¹⁴⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, p. IV-24. À luz dos conceitos expostos no item 1.3.3 desta parte é possível perceber a gravidade da mencionada ambigüidade, que baralha os planos da existência com o da eficácia da norma jurídica.

¹⁴⁶ Não aceitamos a existência de “atos bilaterais” distintos dos contratos administrativos, como quer Walter Jellinek. Tal figura intermediária não se nos afigura útil, podendo induzir a confusões. Aliás, os casos que geralmente são associados ao mencionado “ato bilateral” podem ser explicados sem a utilização desta categoria *sui generis*. Nas hipóteses em que o ato administrativo é expedido a pedido do administrativo, tal pedido não configura pressuposto de existência do ato, senão que de validade. Já no ato que depende de aceitação do administrado, a aludida aceitação é nada mais que condição de eficácia do ato administrativo, em nada se relacionando com sua formação.

Na medida em que, para a edição do ato administrativo, basta a declaração da Administração – unilateralidade na formação – e para a entabulação do contrato administrativo coadjuva a vontade do particular – bilateralidade na formação –, ambos, contudo, caracterizando-se pela bilateralidade no conteúdo da relação jurídica – aquele, ao menos em larga medida –, de modo a coexistirem direitos e deveres recíprocos entre Administração e administrado, segue-se que a unilateralidade ou bilateralidade que os aparta só pode ser a que atina à *formação da norma jurídica*.

1.3.1.4. Expedido no uso de prerrogativas públicas

A Administração Pública, de par com as rigorosas peias que lhe são impostas pela ordem jurídica em favor da liberdade dos cidadãos, dispõe de um plexo de prerrogativas, concedidas e exercidas na exata correspondência do interesse público que lhes preside a existência.

Sucede, entretanto, que em determinadas circunstâncias, a ordem jurídica franqueia a possibilidade de a Administração se “desarmar” de suas prerrogativas para a consecução de uma finalidade pública. Trata-se dos atos da Administração regidos pelo Direito Privado, os quais, no lúcido verbo do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, só têm as condições de emanção regidas pelo Direito Administrativo.¹⁴⁷

Falece a tais atos a virtualidade jurídica própria dos atos administrativos, visto que seu conteúdo é todo regido pelo Direito Privado, razão pela qual se os exclui do conceito restrito de ato administrativo.

¹⁴⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 377. Não se deve negligenciar a posição do professor Agustín Gordillo, segundo quem impropriedade diferenciar o ato administrativo do “ato civil da Administração”, de vez que estes últimos sempre terão suas condições de válida produção (competência, vontade e forma) governadas pelo Direito Administrativo (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, II/27-34).

1.3.1.5. Pertinência à função administrativa

O ato administrativo não é senão uma manifestação da função administrativa e do regime jurídico desta, portanto, haure suas características *de iure* e a esta deve estar reportado. Deveras, como se verá adiante, constitui a pertinência à função administrativa pressuposto de existência do ato administrativo.¹⁴⁸

Cumprir observar que o vínculo indissociável que se estabelece entre a função administrativa e o ato administrativo, somado à noção objetivo-formal de função administrativa que adotamos, autoriza-nos a admitir, com tranqüilidade, a edição de atos administrativos pelos Poderes Legislativo e Judiciário e até mesmo por particulares, desde que investidos na função administrativa.

Ainda acerca deste tópico, oportuno reproduzir a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Se o ato não for imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo”.¹⁴⁹

1.3.1.6. Dar fiel cumprimento à lei

Com o advento do Estado de Direito, a Administração Pública passa a dever estrita obediência à lei, produto da vontade popular, com menoscabo de qualquer iniciativa personalista de poder. Tal submissão, consubstanciada no princípio da legalidade, constitui não só uma relação de não-contraste, como também de conformidade à lei, como sintetiza, em termos já célebres, Michel

¹⁴⁸ Vide item 1.3.4.2 desta parte. Também insere em sua definição de ato administrativo a pertinência à função administrativa a professora Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, pp. 176 e 177).

¹⁴⁹ Cuida ressaltar que este alumiado professor não inclui a *pertinência à função administrativa* em seu conceito de ato administrativo (*Op. cit.* 388).

Stassinopoulos, segundo quem a Administração, além de não poder agir *contra legem* ou *praeter legem*, deve agir *secundum legem*.¹⁵⁰

Separa-se, assim, o ato administrativo – caracterizado pela *complementaridade*¹⁵¹ de seus comandos – da lei, à qual é lícito *innovar originariamente* na ordem jurídica, respeitadas as balizas constitucionais.¹⁵²

Calham, nesse ponto, duas considerações. A primeira é a de que, em situações excepcionais, nas quais se preveja inteiramente na Constituição o comportamento que obrigatoriamente deve a Administração levar a cabo – vinculação plena –, admite-se um ato administrativo imediatamente infraconstitucional.¹⁵³

A segunda consideração se traduz na salutar evolução conceitual do *princípio da legalidade*, já por nós assinalada, o qual hodiernamente é entendido não só como respeito à lei em sentido formal, senão como *conformidade à lei e ao Direito*, na eloqüente expressão da Lei Fundamental Alemã.

1.2.1.7. Submissão a controle jurisdicional

Com o último componente do conceito de ato administrativo – sujeição a controle jurisdicional – damos-lhe autonomia frente os atos jurisdicionais. Estes são marcados pela *definitividade*, aqueles pela *revisibilidade*.

Com efeito, no sistema constitucional brasileiro, ao Poder Judiciário, com exclusividade, é irrogada a competência para resolver, com definitividade¹⁵⁴, todo e qualquer litígio, em despeito das partes envolvidas ou da relação jurídica

¹⁵⁰ *Traité des Actes Administratifs*, p. 69.

¹⁵¹ ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, v. 1, pp. 9 e 10.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 262.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, 379.

¹⁵⁴ Vide item 2.2.1 da Parte 3.

controvertida. Compete-lhe, portanto, quando provocado, infirmar as ações ou omissões antijurídicas da Administração Pública.

Trata-se do magno *princípio da inafastabilidade do controle judicial* constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual, imperioso notar-se, compreende não só a tutela repressiva senão também a tutela preventiva dos direitos subjetivos.¹⁵⁵

1.3.2. *Distinção entre ato e fato administrativo*

Bem compreendida a definição de ato administrativo, mostra-se de subido relevo opô-la em face da categoria do fato administrativo.

Pois bem. Em escritura reduzida, ato administrativo, nem seria preciso repeti-lo, é uma *norma*, uma prescrição sobre algum fato social ou sobre alguma situação jurídica. O fato administrativo, diversamente, é um *evento* a que a ordem jurídica imputa conseqüências jurídicas. O ato administrativo é destinado a produzir as conseqüências jurídicas compreendidas em sua tipologia. Já o fato administrativo é *utilizado* pelo ordenamento jurídico como condição de deflagração de certos efeitos jurídicos.

Cumpra observar que em tal distinção nenhum papel exerce a “vontade”, considerada por muitos, na linha do Direito Privado, como critério para se ultimar a separação entre ato e fato administrativo, associando-se o ato com voluntariedade e o fato com involuntariedade. Como demonstra com notável percuciência o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, tanto haverá atos administrativos involuntários como fatos administrativos voluntários, a evidenciar a inutilidade do mencionado critério.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Reza o mencionado dispositivo: “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito”.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 366-368.

Outrossim, uma reflexão que não costuma ser feita, mas que julgamos de importância transcendente para iluminar sobretudo o estudo da invalidade, atina ao que o ínclito professor Lourival Vilanova alcunha de *princípio da relatividade do suporte fáctico*.¹⁵⁷

Consoante essa idéia, o ato administrativo, no fluxo da causalidade jurídica, ao mesmo tempo em que prescreve sobre algo, pode ocupar – *relativamente* a uma outra norma jurídica – a posição *tópico-funcional* de fato administrativo, sendo-lhe imputadas conseqüências jurídicas que nada têm a ver com seus efeitos. Ao tratarmos do ato administrativo invalidador retomaremos essa idéia.¹⁵⁸

É de se realçar ainda a *utilidade* da distinção entre ato administrativo e fato administrativo, sobretudo em relação ao tema da invalidade de que nos ocuparemos adiante¹⁵⁹. Isto porque *enquanto os atos administrativos passam pelo plano da validade, os fatos administrativos transitam diretamente do plano da existência para o plano da eficácia*. No tópico subsequente compreenderemos melhor esta assertiva.

1.3.3. Existência, validade e eficácia do ato administrativo

Muito se controverte acerca da determinação dos planos em que se desenvolve o fenômeno jurídico¹⁶⁰. Adotamos uma visão tricotômica, segundo a qual as normas jurídicas e, portanto, os atos administrativos, podem ser avaliados à luz de três dimensões, quais sejam: da existência, da validade e da eficácia.

¹⁵⁷ *Causalidade e relação no Direito*, pp. 216-218 e 306.

¹⁵⁸ Vide item 2.2.4.1 da Parte 3.

¹⁵⁹ Outras conseqüências desta distinção compendiadas pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello: atos administrativos podem ser revogados; fatos são insuscetíveis de revogação; atos administrativos desfrutam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; o tema da *vontade* interessa nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; nos fatos administrativos não se cogita de vontade (*Op. cit.*, pp. 368 e 369).

¹⁶⁰ Kelsen, Hart e Bobbio podem ser citados como juristas que professam uma visão dicotômica do fenômeno jurídico, segundo a qual a validade equivale à existência da norma.

A *existência* do ato administrativo identifica-se com sua *pertinência* ao sistema jurídico. A declaração, uma vez reconhecida socialmente e referida ao sistema jurídico, ou, em léxico ponteano, dotada de *elementos suficientes*, enseja a introdução do ato administrativo no sistema jurídico, nele permanecendo enquanto não for expelido segundo os meios idôneos previstos para tanto.

Já a *validade* consiste na *compatibilidade* do ato administrativo, em termos formais e materiais, com a ordem jurídica vigente à época de seu nascimento¹⁶¹. Trata-se da adequação que o ato administrativo deve guardar com os pressupostos estabelecidos pelo Direito. Socorrendo-se novamente do dizer de Pontes de Miranda, a validade diz respeito à *eficiência* da declaração que põe a norma. Se eficiente, é válida; se deficiente, inválida.

Segue-se que a *invalidade* nada mais é que a incompatibilidade da norma jurídica com o sistema a que está referida. Representa, perante o Direito, um *desvalor* cuja correção é ofertada pelo próprio Direito (auto-referibilidade).

À luz destas proposições, resta mais fácil explicar a *afirmação consistente em que o fato administrativo não ingressa no plano da validade*. O fato administrativo, relativamente à norma que o colore, *acontece*, nada mais. O fato nada prescreve; prescrevem sobre ele. Um exemplo pode descortinar essa idéia: o transcurso do tempo, em relação à norma que prevê a decadência, é fato

¹⁶¹ No Direito Positivo brasileiro, a validade das normas jurídicas é aferida no momento de seu ingresso no mundo jurídico. Só há invalidade contemporânea à emanação do ato, jamais superveniente. Posicionam-se, em termos teóricos, contra a invalidade superveniente: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente, *Revista Trimestral de Direito Público*, 23/18; BERNARDES DE MELLO, Marcos, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 78; RESTA, Raffaele, *La revoca degli atti amministrativi*, pp. 6 e 7; OLGUÍN JUAREZ, Olguín, *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, pp. 230 e 232. Em favor da “invalidade superveniente”: CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos, *Extinção do ato administrativo*, p. 54 e 55; CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos, *Revista de Direito Público*, pp. 169 e 170; ROMANO, Santi, Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi, *Scritti minori*, v. 2, pp. 335-346; RANELETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, pp. 104-108.

jurídico. Poder-se-ia insinuar uma fluência “inválida” do tempo? Evidentemente, não.

A existência não se confunde com a validade do ato administrativo. À diferença, portanto, daqueles que, secundando Kelsen, julgam ser a validade a específica existência das normas¹⁶², cremos *lógica e juridicamente* acertado separar a existência da validade das normas jurídicas. Copiosas razões nos conduzem a tanto, a mais singela delas consistente em que, para se predicar validade ou invalidade a um ato administrativo, mister que este ato exista¹⁶³.

A *eficácia*¹⁶⁴ é a disponibilidade para produção dos efeitos jurídicos a que está preordenado o ato administrativo (efeitos típicos), os quais traduzem-se na declaração, modificação, extinção ou criação de relações ou situações jurídicas¹⁶⁵. A eficácia pode ser protraída em virtude de um evento a que esteja sujeita, tal como um termo inicial, uma condição suspensiva, um ato controlador de outra autoridade ou ainda um provimento jurisdicional.

A relação da eficácia com os outros planos também é objeto de grandes debates teóricos, muitos deles, há que se reconhecer, destinados a tão-só baralhar o entendimento do fenômeno jurídico.

A eficácia do ato administrativo, assim como a validade, é dependente da existência do ato administrativo. Não há eficácia sem existência, sendo, contudo, verdadeiro o contrário: há existência sem eficácia, nas hipóteses acima aventadas.

¹⁶² Kelsen, Hans, *Teoria geral das normas*, pp. 3, 4 e 36.

¹⁶³ Pontes de Miranda é categórico: “Para algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia” (*Tratado de Direito Privado*, tomo IV, pp. 6 e 7).

¹⁶⁴ A eficácia não se identifica com a *efetividade* da norma. Esta, atinente à correspondência das condutas humanas ao que prescreve a norma, ou, em outros torneios, à conformidade social à norma jurídica, é cogitação da Sociologia, não da Ciência do Direito.

¹⁶⁵ Convém assinalar que as características da concretude ou da abstração determinam a modalidade de eficácia da norma jurídica. Quando abstrata a norma, a eficácia respeita à sua qualidade de *incidir* sobre os fatos sociais que correspondam à sua hipótese abstrata, ao passo que a eficácia da norma concreta está associada às *relações e situações jurídicas* que declara, cria, modifica ou extingue.

Logo, retirada a existência de um ato administrativo, *ipso facto*, subtraída estará a sua eficácia.¹⁶⁶

Demais disso, se é certo que a validade e a eficácia têm na existência uma condição necessária, também o é que entre aquelas não se estabelece nenhum intercâmbio. São planos independentes, sem embargo de inúmeros juristas dizerem o contrário, no mais das vezes motivados por uma transplantação acrítica dos institutos civilísticos.

O ato administrativo, conquanto inválido, produz efeitos enquanto não retirado do sistema jurídico. Cumpre estremar esse raciocínio daquele levado a efeito pelos que identificam existência e validade. Para estes, o ato é válido até que se proceda à sua invalidação. Para nós, diferentemente, *a invalidação pressupõe, logicamente, a invalidade do ato administrativo*. Logo, a invalidação, em vez de constituir a invalidade, *reconhece a invalidade e desconstitui a existência do ato administrativo*.

Afigura-se-nos sobejamente demonstrado que *existir, valer e ser eficaz* são dimensões distintas do ato administrativo. O existir independe do valer e do ser eficaz, ao passo que estes dois são independentes entre si¹⁶⁷. Por meio dessa articulação é que podemos estabelecer as seguintes possibilidades combinatórias do ato administrativo: existente, válido e eficaz; existente, válido e ineficaz; existente, inválido e eficaz; existente, inválido e ineficaz.

¹⁶⁶ Não aceitamos a dissociação entre o ato administrativo e seus efeitos. Em sendo o ato administrativo uma norma jurídica, os chamados efeitos (=relações jurídicas ou situações jurídicas) residem em seu interior, mais especificamente em seu *conseqüente* (CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos, *Extinção do ato administrativo*, p. 32; VIRGA, Pietro, *Il provvedimento amministrativo*, p. 466).

¹⁶⁷ BERNARDES DE MELLO, Marcos, *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 12-14.

1.3.4. Elementos e pressupostos do ato administrativo

Dirigimo-nos, progressivamente, ao cerne de nossas meditações. Decomposto o conceito de ato administrativo e explicitadas as dimensões da existência, da validade e da eficácia, devemos agora sistematizar, com a necessária brevidade, seus elementos e pressupostos. A tanto nos lançamos porque é sobre tais “elementos e pressupostos” que incide o juízo de validade dos atos administrativos. Para que cogitemos das “conseqüências” da invalidade do ato administrativo devemos antes tratar, mesmo que de passagem, das “causas” da invalidade, isto é, dos requisitos do ato administrativo que, uma vez viciados, dão azo à figura da invalidade.

Nessa empreitada, como sói acontecer, seguiremos, salvo ligeiras divergências, os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja classificação, afora seu impecável rigor lógico, apresenta-se de insuperável utilidade.

Assim, de início, catalogamos, de um lado, os elementos do ato e, de outro, os seus pressupostos. Estes são exteriores ao ato, determinantes de sua válida produção; aqueles são intrínsecos ao ato, compõem-no.

1.3.4.1. Elementos

Constituem elementos do ato o *conteúdo* e a *forma*. O conteúdo é a prescrição contida no ato administrativo, aquilo que ele certifica ou modifica no mundo jurídico. Cuida-se da *essência* do ato administrativo, graças a qual ele se singulariza em face de outros atos.

Advirta-se de que comumente o que estamos a denominar de “conteúdo” é chamado por outros autores de “objeto” do ato, no entanto, no magistério de

Zanobini acolhido pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁸, imperioso se mostra precisar o uso destes termos no sentido de que o *conteúdo* dispõe sobre um dado *objeto*. Outrossim, de acordo com as premissas eleitas para esse estudo, *o conteúdo do ato identifica-se com o que se costuma chamar de “efeitos” do ato*¹⁶⁹, expressão de que também nos valeremos dada sua larga e disseminada utilização.

A *forma* do ato é o modo pelo qual ele se exterioriza. Trata-se da necessária linguagem em que é vertido o *conteúdo* do ato administrativo. Parafraseando Wittgenstein, um ato administrativo só “vem ao mundo” por meio de uma linguagem competente¹⁷⁰. Vale dizer, não há ato administrativo no plano das intenções.

No tocante aos pressupostos do ato, dividimo-los em pressupostos de existência e validade. Começamos pelos pressupostos de existência, quais sejam: *objeto e pertinência à função administrativa*.

1.3.4.2. Pressupostos de existência

O *objeto*, linhas atrás já mencionado, é aquilo sobre o que prescreve o *conteúdo* do ato. Deve ser ele, sobre *determinado ou determinável, possível física e juridicamente*¹⁷¹. Uma declaração que, por exemplo, disponha sobre um objeto inexistente, pode vir a ser qualificada como *fato jurídico*, jamais como ato administrativo.

O outro pressuposto de existência é a *pertinência à função administrativa*, precedentemente abordada. Com efeito, se uma declaração não estiver reportada

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 386.

¹⁶⁹ Assim BOQUERA OLIVER, José Maria, *Estudios sobre el acto administrativo*, p. 315. Vide também nota de rodapé 166.

¹⁷⁰ Diz o iluminado filósofo: “Os limites do meu mundo são os limites da minha linguagem”.

¹⁷¹ RANELLETTI, Oreste, *Teoria delle atti amministrativi speciali*, p. 98.

ao exercício da função administrativa, dela poderá advir um ato jurídico, mas não um ato administrativo.

Finalmente, temos os pressupostos de validade do ato administrativo, divididos em pressuposto subjetivo, objetivo, teleológico, lógico e formalístico.

1.3.4.3. Pressupostos de validade

Sob o *pressuposto subjetivo* enquadra-se o *sujeito* produtor do ato administrativo, cogitando-se da capacidade da pessoa jurídica donde promanou o ato, do plexo de atribuições do órgão que o editou, da competência do agente público e da existência ou não de obstáculos à sua atuação no caso concreto.¹⁷²

O *pressuposto objetivo*, por sua vez, consiste no *motivo* do ato administrativo, que representa a contraface fenomênica da hipótese prevista ou subentendida na regra de competência¹⁷³, e em seus *requisitos procedimentais*, ou seja, aqueles atos que a ordem jurídica impõe que antecedam à prática de outro ato. Enquanto aqueles são *atos jurídicos*, estes são *atos jurídicos*.

O *pressuposto teleológico* compreende a *finalidade* do ato administrativo, ou seja, o bem jurídico que este persegue. Cada ato possui uma *específica finalidade*, a que se denomina *tipicidade do ato administrativo*. Assim, não só a busca de uma finalidade estranha a qualquer interesse público, como também a persecução de uma finalidade alheia à tipologia do ato, configuram *desvio de poder*, e, portanto, conduzem igualmente à invalidade do ato administrativo.¹⁷⁴

O *pressuposto lógico* traduz a *causa* do ato administrativo, a qual constitui a relação de *adequação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, em função de*

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 389.

¹⁷³ Também pode se afirmar que o *motivo* é a situação objetiva – fática ou jurídica – em virtude da qual se edita um ato administrativo.

¹⁷⁴ PRAT, Julio, *De la desviación de poder*, pp. 225-236.

*sua finalidade categorial*¹⁷⁵. Nesta acepção, a causa do ato administrativo converte-se em poderoso parâmetro de controle de legalidade da atuação administrativa, sobretudo ao servir-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No *pressuposto formalístico* reside a *formalização* do ato administrativo. Já deixamos dito que todo ato deve se revestir de uma forma, de uma linguagem portadora do conteúdo do ato. Formalização é o *modo específico* pelo qual o ato deve ser exteriorizado. Vale apontar a *motivação do ato administrativo*, imperativo inarredável do Estado Democrático de Direito, como fundamental requisito formalístico.

1.3.5. Duas classificações de ato administrativo

Os atos administrativos, segundo o ângulo que se os observe, podem receber variadas classificações, as quais se complementam em ordem a uma compreensão exaustiva dos regimes jurídicos que correspondem aos diversos tipos de atos administrativos¹⁷⁶. A adoção de um único critério encerraria, a toda evidência, uma postura contraproducente e redutora, por meio da qual não se apreenderia a complexidade subjacente ao ato administrativo. Seria trocar a *pars pro toto* e identificar o ato administrativo, de maneira exclusiva, com uma de suas tantas modalidades.¹⁷⁷

Para os propósitos da presente investigação, dois critérios merecem abordagem, quais sejam: a repercussão do ato administrativo na esfera jurídica dos particulares e a natureza dos efeitos do ato administrativo.

¹⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 400.

¹⁷⁶ LASO, Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 391.

¹⁷⁷ ARCENEGUI, Isidro E. de, Modalidades de acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, 84-86.

1.3.5.1. Quanto à repercussão sobre a esfera jurídica dos administrados

Por meio dessa classificação, tem-se, de um lado, os *atos ampliativos*, que concedem ou reconhecem direitos, faculdades, poderes ou que afastam deveres, obrigações, encargos, limitações a direitos, de modo a produzir o alargamento da esfera jurídica do destinatário. De outra parte estão os *atos restritivos*, a impor deveres, obrigações, encargos, ou a reduzir direitos, poderes ou faculdades.¹⁷⁸

Há que se reconhecer a notável *utilidade* e *clareza* desta classificação, a qual, como sabemos, deita raízes no direito germânico e cuja importância avultou com o advento do Estado Social de Direito, no seio do qual se desenvolveu uma Administração Prestacional – concedente de vantagens aos administrados – a par da tradicional Administração Coercitiva, própria do Estado Liberal de Direito, à qual, via de regra, competia impor obrigações e deveres aos indivíduos¹⁷⁹.

Tal *utilidade*, que no Brasil paulatinamente está-se a “descobrir”, sobretudo no que concerne às conseqüências da invalidade, de que trataremos oportunamente, e aos atributos do ato administrativo¹⁸⁰, funda-se na marcante diferença de regime jurídico que é evidenciada pela dualidade entre os atos ampliativos e os atos restritivos. Já a *clareza* desta classificação diz respeito à facilidade de sua aplicação, contrastando, por exemplo, com a célebre construção francesa dos “atos criadores de direitos”, de uso difícil e incerto.¹⁸¹

Há que se atentar para os denominados “atos mistos”, cujos efeitos – relativos a um destinatário ou a uma pluralidade deles – são em parte ampliativos e em parte restritivos, como, por exemplo, respectivamente, o atendimento parcial

¹⁷⁸ ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 577.

¹⁷⁹ MAURER, Hartmut, *Direito Administrativo Geral*, p. 14-17.

¹⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, pp. 417-419.

¹⁸¹ CALMES, Syliva. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 639. Analisa as dificuldades da construção doutrinária francesa o professor Constantin Yannakopoulos (*La notion des droits acquis en Droit Administratif Français*, pp. 70 e ss).

de um pedido administrativo (um sujeito de direito atingido) e o deferimento de uma pretensão no bojo de um processo administrativo concorrencial, do que deriva a denegação das pretensões dos concorrentes (pluralidade de sujeitos de direito atingidos)¹⁸². Desde logo convém assinalar que, para efeito de invalidação do ato administrativo, no primeiro caso se deve levar em conta tão-somente a parte ampliativa do ato, enquanto que no segundo caso impõe-se a aplicação dos regimes jurídicos correspondentes a cada sujeito de direito.

Ademais, há circunstâncias em que um ato restritivo é sucedido por outro também restritivo, porém mais brando. Nesse contexto, é inegável que o segundo ato deve ser qualificado como ampliativo.

1.3.5.2. Quanto à natureza dos efeitos jurídicos

Os atos administrativos, quanto à natureza de seus efeitos, podem ser classificados em *constitutivos* ou *declaratórios*.

São categorizados como constitutivos os atos administrativos dispostos a criar, modificar ou extinguir situações ou relações jurídicas. De outro lado, os atos declaratórios são aqueles destinados a atestar a preexistência de uma situação de fato ou de direito.¹⁸³

É de rigor advertir-se, entretanto, à luz do magistério de Adolf Merkl, que tal oposição não é absoluta¹⁸⁴. Especialmente nos atos que costumam ser classificados como constitutivos, subjaz à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica o reconhecimento de uma situação de fato ou de direito.

¹⁸² COUTO E SILVA, Almiro. 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 Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2, p. 36.

¹⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 405; ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 578; STASSINOPOULOS. Michel, *Traité des actes administratifs*, p. 80.

¹⁸⁴ *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 241.

Embora tal observação nada mais seja que verbalizar o óbvio, a partir dela se compreende melhor a projeção temporal dos efeitos dos atos administrativos. Se tomada em termos absolutos, a classificação entre ato constitutivo e declaratório sugere a afirmação de que sempre teria efeito *ex nunc* o primeiro e *ex tunc* o segundo. Não nos parece que assim se dê. Conquanto o elemento declaratório sempre se remeta a uma situação de fato ou de direito pretérita, a *temporalidade do elemento constitutivo do ato não segue, inelutavelmente, o elemento declaratório, senão que se conforma às pautas ditadas pela ordem jurídica*. Os efeitos do ato administrativo não são “naturalmente” *ex tunc* ou *ex nunc*, mas *construídos* pelo Direito Positivo. Não se apresentam como um dado incontendível da realidade; são, deveras, uma *construção intra-sistêmica*.

1.3.6. As conseqüências da invalidade dos atos administrativos

Neste último tópico respeitante ao ato administrativo apenas reforçaremos algumas noções acerca da invalidade dos atos administrativos, a qual já deixamos entrever como sendo a incompatibilidade de uma norma jurídica com o sistema jurídico. Segue-se daí que os atos administrativos (=normas jurídicas) praticados em desconformidade com a ordem jurídica são considerados inválidos.¹⁸⁵

Nesta matéria será fácil vislumbrar a revolução provocada pelo reconhecimento do princípio da segurança jurídica, sob a vertente da proteção à confiança¹⁸⁶. Conforme veremos, vetustos dogmas, como o célebre *quod nullum est nullum producit efectum*¹⁸⁷, cuja aplicação no Direito Público vinha quase sempre em desfavor do administrado, foram superados, de modo a corrigir

¹⁸⁵ Não é ocioso alertar para o fato de que vícios materiais irrelevantes ou pequenos defeitos de formalização interna da Administração que não exerçam nenhuma influência sobre o conteúdo e publicidade do ato administrativo, de modo a serem inofensivos às garantias dos administrados, não configuram invalidade, senão que mera *irregularidade* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 460).

¹⁸⁶ Vide item 2.2.2 da Parte 3.

¹⁸⁷ “O que é nulo não produz nenhum efeito”.

deformações do princípio da legalidade decorrentes do obívio de que tal magno princípio está a serviço da liberdade do cidadão e não do arbítrio do Estado.

À esta altura limitar-nos-emos a indicar as conseqüências que podem derivar da invalidade do ato administrativo, começando por uma consideração fundamental, qual seja: não há ato mais ou menos válido ou ato mais inválido que outro. Também não há invalidade ou validade “provisória”. Desde o nascedouro, ou o ato é válido ou inválido. *Tertium non datur*.

Sucede, porém, que as *conseqüências da invalidade* podem variar, em conformidade com a *valoração* da ordem jurídica a respeito das multifárias violações cometidas contra ela própria.¹⁸⁸

Note-se que enquanto a invalidade é uma *categoria lógico-jurídica*, pertencente à Teoria Geral do Direito e comum, portanto, a todos os domínios jurídicos, as conseqüências decorrentes da invalidade configuram *categorias jurídico-positivas*, pertencentes ao Direito Positivo e a partir deste edificadas¹⁸⁹. Por isso, inapropriada se mostra a aplicação apriorística do regime de invalidades da Direito Civil no Direito Administrativo, porquanto, embora nestes dois domínios se dê igualmente a invalidade de atos jurídicos, as conseqüências desse fenômeno se apresentam diferentemente, dada a disparidade de princípios e regras que compõem o regime civilístico e o regime jurídico-administrativo.

Frente a um ato inválido, o Direito Positivo brasileiro apresenta quatro modos de recomposição da legalidade: *invalidação*¹⁹⁰, *convalidação*, *estabilização* e *conversão*¹⁹¹, merecendo nossa atenção os três primeiros modos.

¹⁸⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, XI/1-3.

¹⁸⁹ TERÁN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, pp. 81-83.

¹⁹⁰ Não entendemos a “redução” como uma modalidade autônoma de recomposição da legalidade administrativa, pois configura uma *invalidação parcial* daqueles atos administrativos dotados de múltiplos conteúdos, objetos ou destinatários. Sobre o instituto da “redução”: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, p. 663; MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Efeitos dos vícios dos atos administrativos*, pp. 277 e 278; ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, pp. 94 e 95.

2. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

À vista do repertório conceitual já ofertado e à base da diferenciação entre certeza e estabilidade, é chegado o momento de *sistematizarmos* as manifestações do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro.

2.1. Perspectiva da certeza

A certeza jurídica, como já se disse, significa o *seguro conhecimento* das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e assim realizar plenamente seus desígnios pessoais. “Viver é constantemente decidir o que seremos”, diz, com inteira procedência, Ortega y Gasset¹⁹². Nessa frase lapidar se traduz o fato de que o homem, paradoxalmente, é o que ainda não é, ou seja, radica sua existência no futuro, o qual, entretanto, é construído segundo as condições objetivas do presente. Daí, portanto, a exigência de critérios seguros e objetivos, não de aparências, para que o homem projete sua vida. No Direito, eis o que postula a *certeza jurídica*.

Já se averbou que esta perspectiva não recebe no Brasil grande atenção dos estudiosos, sendo encoberta pela perspectiva da estabilidade. Disso deriva, em larga medida, que os dispositivos prestantes a assegurá-la sejam olvidados, carecendo de *efetividade*. Cumpre a nós *revelar* a normatividade da certeza jurídica e dos dispositivos que a concretizam, sem cuja aplicação intransigente o indivíduo é arremessado em profundo estado de imprevisibilidade, sendo-lhe impossível antever a ação do Estado, bem como conhecer o sentido deôntico que as normas jurídicas emprestam aos seus comportamentos e aos comportamentos

¹⁹¹ Delimita com clareza o instituto da conversão o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Às vezes o vício do ato está na colocação em certa categoria jurídica, ao passo que em outra é legítimo. Então, a invalidada existirá quanto àquele tipo de ato, mas se aproveita tendo em vista o outro. Faz-se a transformação do ato, e esse fenômeno jurídico se denomina *conversão*” (*Op. cit.*, p. 663).

¹⁹² *Que é filosofia?*, p. 170.

dos que estão à sua volta. Ademais, o grau de certeza é diretamente proporcional à intensidade do controle jurisdicional da atuação administrativa. A incerteza – em qualquer de suas formas – desarma o cidadão, pois que dele usurpa os parâmetros destinados a conter o arbítrio da Administração.

Neste contexto, avulta de importância o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal, desenvolvido pela Lei Complementar nº 95/1998, que disciplina a elaboração de todo e qualquer ato normativo (art. 1º, parágrafo único)¹⁹³. Por meio dessa lei são veiculadas normas de sobredireito visando à edificação de um ordenamento “ordenado” – o pleonasmo é inevitável –, claro, inteligível, congruente. Saliente-se que estas normas não são meros *conselhos de técnica legislativa* às autoridades, mas pressupostos de validade dos instrumentos normativos por elas produzidos, cuja inobservância deve ser sancionada pelo órgão julgante.¹⁹⁴

2.1.1. Vigência das normas jurídicas

López de Oñate, em seu estudo clássico sobre a certeza do Direito, põe em relevo que a primeira manifestação da segurança jurídica é a certeza da vigência das normas jurídicas¹⁹⁵. Nada mais procedente, entendida a vigência como atributo da norma jurídica apta a incidir sobre o mundo fenomênico. Não há como se cogitar de segurança jurídica frente a um ordenamento jurídico hipertrofiado, incoerente e sujeito a alterações constantes desacompanhadas de revogações expressas, do qual não é possível sacar, com objetividade, as normas vigentes, imperativas aos indivíduos e que habilitam a ação do Estado.

¹⁹³ “Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo”.

¹⁹⁴ “Counsel is only matter of persuasion, law is matter of injunction; counsel acts only upon the willing, law upon the unwilling also” (BLACKSTONE, William. *Commentaries of the laws of England*, p. 44).

¹⁹⁵ *La certezza del diritto*, pp. 47-54.

E é exatamente no âmbito do Direito Administrativo que se verifica, com maior ênfase, a vulneração desse aspecto da certeza jurídica¹⁹⁶. A *incessante e hipertrofiada* normação incidente sobre esse domínio jurídico, de feição contingente e provisória, somada a *cláusulas de revogação genérica*, suscitam intolerável incerteza sobre as normas vigentes e tornam a ação do Estado absolutamente imprevisível.

Tais cláusulas de revogação genéricas introduzem no ordenamento jurídico *revogações tácitas*, as quais, na ordem jurídica brasileira, podem se dar pela incompatibilidade de duas normas sucessivas, ou no caso em que a norma posterior regula, de modo exaustivo, matéria tratada por norma anterior (art. 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁹⁷). O problema reside em que a determinação da revogação tácita é realizada pelas autoridades administrativas, ao aplicarem as leis, e, eventualmente, pelo Juiz, com definitividade e *in concreto*, se for instado a fazê-lo. Percebe-se de plano a grande imprevisibilidade que esta espécie revogatória oferece, sujeita que está às *multiformes interpretações dos referidos aplicadores do direito*. Se a ela agregarmos o aluvião normativo que nos açoitava, teremos a exata medida das incertezas de que o administrado padece quanto à vigência das normas jurídico-administrativas.

Contra esse estado de coisas, impõe a certeza jurídica, de um lado, a utilização da *revogação expressa* (art. 9º da Lei Complementar 95/98, regulamentada pelo Decreto 4176/2002)¹⁹⁸, por força da qual o legislador ou a autoridade administrativa no uso da competência regulamentar são obrigados a dispor expressamente acerca dos dispositivos que têm sua vigência amputada pela nova norma que estão a editar. De outra parte, postula-se a *consolidação* e

¹⁹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, p. 51.

¹⁹⁷ “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

¹⁹⁸ Dispõe o art. 9º: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”.

codificação de todos os atos normativos – leis e regulamentos – conforme está prescrito no capítulo III da Lei Complementar 95/98, de sorte a facilitar a cognoscibilidade das normas vigentes que incidem sobre dada matéria.

Nem se faz necessário ingressar no tema da suposta hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, desde há muito debatido na doutrina¹⁹⁹ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que se conclua, a partir da inteligência do artigo 59, parágrafo único, da Constituição Federal, que *entre a Lei Complementar 95/98 e as leis ordinárias medeia uma relação hierárquica, sendo aquela parâmetro de validade destas*²⁰⁰, a ensejar, portanto, um juízo de *invalidade*²⁰¹. O dispositivo constitucional não deixa margem a dúvidas: “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

Sustenta este posicionamento, com apurado rigor, o professor Paulo de Barros Carvalho, cujas palavras merecem reprodução literal: “Se, como dissemos, as relações de subordinação entre normas, bem como as de coordenação, são tecidas pelo sistema do direito positivo, o nosso, inaugurado em 1988, houve por bem estabelecer que as leis, todas elas, com nome ou com *status* de lei, ficam sujeitas aos critérios que o diploma complementar previsto no art. 59, parágrafo único (CF) veio a prescrever com a edição da lei n. 95/98. Note-se que seu papel é meramente formal, porque nada diz sobre a matéria que servirá de conteúdo significativo às demais leis. Entretanto, nenhuma lei ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução poderá inobservar as formalidades

¹⁹⁹ Ver, por todos: SOUTO MAIOR BORGES, José. *Lei Complementar tributária*. São Paulo: RT, EDUC, 1975; ATALIBA, Geraldo. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: RT, 1971.

²⁰⁰ Com a proverbial sabedoria, diz o Ministro Carlos Ayres Britto: “*Não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, salvo em matéria de técnica legislativa, porque a Constituição diz que ‘Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis’* (art. 59, parágrafo único)” (RE 377457 – PR – Rel. Ministro Gilmar Mendes – Julgado em 17.09.2008).

²⁰¹ Não só a lei ordinária, como também as medidas provisórias e demais atos normativos expedidos no exercício da função administrativa estão submetidos à Lei Complementar 95/98, a teor do disposto em seu artigo 1º, parágrafo único: “As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo”.

impostas por essa lei complementar. É a consagração da superioridade hierárquica formal dessa espécie do processo legislativo com relação às previstas nos outros itens”.²⁰²

2.1.2. *Projeção eficaz das normas jurídicas*

Além da certeza quanto à vigência, o administrado deve estar seguro de que a *eficácia* das normas jurídico-administrativas não alcançará situações anteriores à vigência, é dizer, que as normas não serão retroeficazes²⁰³. Trata-se de uma garantia medular ao Estado de Direito que, em verdade, completa o sentido da legalidade. Uma vez instaurado o governo das leis, mister que, para serem observadas e aplicadas, sejam conhecidas de antemão. Assim, norma que projeta seus efeitos sobre fatos pretéritos implicaria um atestado de má-fé do Estado, uma burla ao sistema jurídico, vez que qualificaria condutas que se materializaram sem a tê-la em conta²⁰⁴.

Ressalve-se, entretanto, que esta vedação da retroeficácia não decorre da “natureza das coisas”. O tempo jurídico, na lição do professor Lourival Vilanova, não tem a unidirecionalidade do tempo natural²⁰⁵. A eficácia jurídica é uma construção intra-sistêmica, não seguindo o fluxo da causalidade natural, razão pela qual encontra limites também jurídicos. O princípio da irretroeficácia das normas jurídicas é justamente um destes limites, *sobrenorma* que impede a retrocessão de efeitos jurídicos.

²⁰² *Curso de Direito Tributário*, pp. 222 e 223.

²⁰³ Empregamos esta expressão, em nosso juízo mais técnica do que “retroatividade”, seguindo os passos do mestre Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*, t. V, pp. 5-104).

²⁰⁴ A professora Misabel Derzi encarece, com inteira procedência, que o princípio da irretroatividade estende-se a todos os Poderes, sendo irretroatividade do *Direito* e não simplesmente da lei (*A irretroatividade do Direito no Direito Tributário, Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*, p. 184).

²⁰⁵ Ensina-nos o mestre Lourival Vilanova: “O tempo, em si mesmo, é uma sucessão irreversível. O tempo juridicizado, já como integrante (elemento) do suporte factual, já como determinante da eficácia do ato (e não como elemento integrante de suporte), não tem essa unidirecionalidade. Os efeitos do tempo percorrem os três: o passado, o presente e o futuro. Com isso, a causalidade normativa, no tempo, tanto se faz protraindo os efeitos como em retroeficácia, retrotraindo esses efeitos. (...) A retroeficácia é, em princípio, sempre possível, pois a eficácia é traçada pelo próprio sistema jurídico” (*Causalidade e relação no Direito*, p. 73).

Não obstante a aparente obviedade da questão, tecnicamente ela apresenta peculiaridades que merecem esclarecimento, convindo, sobretudo, não confundir o princípio da irretroeficácia das normas jurídicas com os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Através do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas proíbe-se que as normas jurídicas atinjam situações já consumadas ou os efeitos pretéritos de situações em curso²⁰⁶. Protegem-se, portanto, as situações que já se venceram antes do advento da nova lei, impedindo que lhes seja retirada a significação jurídica que outrora receberam do sistema jurídico. Nessa medida, *orienta-se a irretroeficácia para a proteção do passado, conferindo a certeza de que as leis só afetarão fatos e relações jurídicas posteriores à sua vigência.*

Já o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, de que trataremos adiante, amparam as relações jurídicas contra o *efeito imediato da lei*, o qual constitui o regular efeito das normas²⁰⁷. Por meio deles se imutabilizam relações jurídicas, tornando-as incólumes aos efeitos decorrentes de normas ulteriores. Portanto, *orientam-se para o futuro, servindo à estabilidade de relações jurídicas e não à certeza da projeção das normas jurídicas.*

Esta diferença conceitual é sumarizada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Contra a retroatividade, basta a noção de singela de que a lei vige para seu tempo e não para o tempo pretérito, a noção de direito adquirido não é uma superfetação, mas, o meio jurídico concebido para albergar no manto da lei velha certas situações que, nascidas no passado, querem-se por ela sempre reguladas, inobstante atravessando o tempo das leis supervenientes*”.²⁰⁸

²⁰⁶ A Paul Roubier se deve a clarificação da distinção entre a retroatividade e o efeito imediato das normas jurídicas (*Le Droit Transitoire*, pp. 9-12).

²⁰⁷ É o que prescreve o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A Lei em vigor terá *efeito imediato* e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

²⁰⁸ Direito adquirido e o Direito Administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, 24/1998, pp. 58 e 59. Assim também se posiciona Mônica Madariaga Gutierrez: “luego, el campo propio de

O princípio da irretroeficácia, todavia, não é absoluto. Refere-se, em verdade, à normas jurídicas que pretendam *restringir retroativamente* a esfera jurídica dos administrados, seja impondo-lhe uma sanção ou amesquinhando-lhe um direito subjetivo. Em se tratando de *normas ampliativas*, não se veda *aprioristicamente a retroeficácia*, contudo, *deverá este efeito anômalo, sobre devidamente motivado, passar pelo crivo do princípio da isonomia, de modo a evitar favoritismos.*²⁰⁹

Note-se que no Direito Administrativo a retroeficácia é fenômeno comum²¹⁰, seja por meio de regulamentos, a título, naturalmente, de executar fielmente uma lei retroeficaz, seja por meio de atos administrativos, os quais podem assumir essa feição não só por força de um comando legal, como também por força de uma sentença judicial.²¹¹

Por fim, nem seria necessário dizer que todas essas considerações acerca do irretroeficácia das normas jurídicas valem também para o caso de nova interpretação de uma norma jurídico-administrativa, haja vista que, conforme já explicamos, *atribuir uma nova interpretação a um enunciado normativo significa produzir uma nova norma jurídica.*²¹²

Como assinala a professora Misabel Derzi, os enunciados normativos podem comportar mais de uma interpretação, de sorte que “a lei que vige, em determinado momento, é *a lei segundo uma de suas interpretações possíveis*”²¹³,

ambos institutos es absolutamente distinto: el de la retroactividad es el pasado. La inmutabilidad se refiere al presente y al futuro” (*Derecho administrativo y seguridad jurídica*, p. 118).

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 375.

²¹⁰ Muitos exemplos de retroeficácia no Direito Administrativo são oferecidos pela professora Odete Medauar (*Da retroatividade do ato administrativo*, pp. 108-115).

²¹¹ GARÍN, Beatriz Belando. *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, pp. 88-91.

²¹² TRF 4ª Região, Remessa *ex-officio* em MS 2003.70.00.016699-9/PR, rel. Edgard Lippmann Junior, DJU 22.03.2006; STJ, Resp 488905/RS, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.08.2004, DJ 13.09.2004, p. 275. Doutrinariamente, SAMPAIO FERRAZ, Tércio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, p. 11.

²¹³ *Op. cit.*, p. 184.

o que nos leva a concluir, sob pena de franca vulneração do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas, que nova interpretação só poderá ser aplicada a fatos posteriores à *suficiente divulgação* da mudança interpretativa.

No dizer do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, só depois de “prévia e pública notícia” é que a nova interpretação poderá incidir sobre as situações de fato, ou seja, nova interpretação que restrinja a esfera jurídica dos administrados só pode ser aplicada a fatos ulteriores à pública notícia da alteração²¹⁴. Aliás, a razão desta exigência é muito singela: à semelhança das alterações legislativa e regulamentar, o câmbio interpretativo deve apresentar um marco temporal *certo* e *geral*, de modo a conferir previsibilidade ao cidadão.

Este raciocínio foi plasmado na ordem jurídica nacional, de modo pioneiro, pelo Código Tributário Nacional, mais especificamente em seu artigo 146, cuja redação seja-nos dado transcrever: “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.²¹⁵

Mais recentemente e modo alvissareiro, consolidou-se tal orientação por meio da Lei 9.784/99, em cujo art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, assim se prescreveu: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o

²¹⁴ Ensina o professor: “*Por força deste princípio, tanto como dos princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar, a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia*” (A estabilidade dos atos administrativos, *Revista Trimestral de Direito Público*, 48: 80).

²¹⁵ O professor Luciano Amaro resume com precisão o significado deste dispositivo: “O Fisco deve primeiro divulgar o novo critério para depois poder aplicá-lo nos *lançamentos futuros* pertinentes a *fatos geradores também futuros* (em relação a sujeito passivo que, no passado, tenha tido obrigação lançada por outro critério)” (*Direito Tributário Brasileiro*, p. 344).

atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação*”.

2.1.3. Conteúdo das normas jurídicas

Ao tratarmos da fenomenologia da função administrativa, procuramos demonstrar a estreita relação que se estabelece entre a lei e a Administração, valendo-nos, para tanto, dos ensinamentos do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, quem vislumbra na lei um programa de ação, de cuja execução está encarregada a Administração.

Entretanto, como é de geral sabença, sói acontecer de o legislador deixar de regular certos aspectos da competência administrativa, outorgar expressamente um plexo de alternativas à autoridade administrativa ou, por fim, servir-se de conceitos imprecisos, *de tal modo que se lega discricionariedade à Administração, ou seja, um campo de apreciação subjetiva para a satisfação de seus misteres*.

Como já averbado, é inegável que num primeiro súbito de vista parece a discricionariedade contrastar frontalmente com as exigências de previsibilidade e mensurabilidade da ação estatal, encartadas no princípio da segurança jurídica. No entanto, a discricionariedade não é *em si* um atentado à certeza jurídica – vez que se destina ao *atendimento ótimo* das finalidades públicas –, podendo vir a tornar-se se conferida *desnecessariamente* ou em medida *desproporcional*. Como nos chama atenção o professor Afonso Queiró, a discricionariedade se fundamenta em “razões extra-jurídicas que se reduzem fundamentalmente a uma: a necessidade de garantir mais ou menos *segurança jurídica*, num determinado plano de conformidade com a *justiça*”²¹⁶.

²¹⁶ A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, p. 57.

É neste ponto que entra em pauta a exigência de *determinabilidade das normas jurídicas* como parâmetro de controle das leis que atribuem competências administrativas, cujo conteúdo se resume em duas idéias: *densidade e clareza normativas*.

Quanto ao aspecto da *densidade*, impõe-se que o legislador atribua competências à Administração de modo *expresso e específico*, com a correspondente outorga de poderes concretos e específicos para cumprimento de fins também específicos e concretos²¹⁷. Ao legislador não é lícito outorgar competências excessivamente amplas ou “em branco” ao administrador, autorizando-lhe a agir conforme seus humores. Isso representaria a ruptura de todo o ideário do Estado de Direito, conspurcando, de um só golpe, os princípios da separação de poderes, da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da razoabilidade²¹⁸, da inafastabilidade do controle jurisdicional, sobre ofender, à todas as luzes, o princípio da segurança jurídica, porquanto ao administrado não seria possível prever, tampouco mensurar, a atividade administrativa²¹⁹. De

²¹⁷ O professor García de Enterría aborda com muita propriedade este tópico, cujas palavras são dignas de transcrição literal: “El principio de la tasa o mensurabilidad de todas y de cualquier competencia pública (adelantemos sobre el derecho de la organización la idea elemental de que la competencia no es más que la medida de la potestad que corresponde a cada ente y, dentro de éste, a cada órgano) es, pues, un principio esencial del Estado de Derecho contemporáneo, que deriva de su condición de Estado que reconoce los derechos ajenos y no solos los propios, de su carácter complejo organizativo con una necesaria distribución de funciones y competencias entre los órganos diversos, de su reconocimiento, más o menos intenso o auténtico, pero sin excepciones hoy, siempre explícito, de un orden de derechos y libertades fundamentales del ciudadano. *No hay, pues, poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, com um âmbito de ejercicio lícito (agere licere), tras de cuyos limites la potestad desaparece pura y simplemente*” (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 458).

²¹⁸ Sob o prisma da razoabilidade, a exigência de densidade normativa recebe admirável tratamento pelo professor José Roberto Pimenta Oliveira (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 357-360).

²¹⁹ Resume o professor Gomes Canotilho: “Exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um acto legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta e densa não oferece medida capaz de: - alicerçar juridicamente *normas de protecção* dos cidadãos; - constituir uma *norma de actuação* para a administração; - possibilitar, como *norma de controlo*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos” (*Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 466).

consequente, lei que careça de suficiente densidade estará inquinada de manifesta inconstitucionalidade²²⁰.

A corroborar este raciocínio, um interessante dado jurídico-positivo nos oferece o Decreto 4.176/2002, que regulamenta a aludida Lei Complementar 95/98. Em seu anexo I, prevê “questões que devem se analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo”, entre as quais se coloca a seguinte: “8.2. É possível e conveniente que a densidade da norma (diferenciação e detalhamento) seja flexibilizada por fórmulas genéricas (tipificação e utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou atribuição de competência discricionária)?”.

O tema, como se vê, é muito fértil, contudo, em vista dos propósitos que nos animam, limitar-nos-emos a fazer mais três considerações.

A primeira é ligada ao paradoxal desinteresse dos juristas, sobretudo daqueles de formação positivista, pelo estudo da legislação. Ao mesmo tempo em que predicam como objeto da ciência jurídica a aplicação e a interpretação das normas postas, olvidam-se – tendo em conta a concepção kelseniana do ordenamento como um sistema gradual de normas – que a legislação nada mais é que um estágio na aplicação do Direito, que começa na Constituição e termina nos atos concretos.

²²⁰ Dois exemplos eloqüentes nos são fornecidos pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. O primeiro concerne à Lei 9.637/1998, disciplinadora das organizações sociais, que condiciona a qualificação como “organização social” à mera aquiescência de dois Ministros de Estado ou, segundo o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade desempenhada pelo requerente. Com inteira procedência, sentencia o aludido professor que se trata de “*outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie*” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 230). O segundo situa-se na art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a imposição de multa variável entre duzentas vezes a três milhões de vez o valor da UFIR (ou índice que o substitua), segundo os parcos critérios da gravidade da infração, da vantagem auferida pelo infrator e de sua condição econômica. É categórica a posição do professor: “Assim também não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isto significaria, na real verdade, a outorga de uma ‘discricionariedade’ tão desatada, que a sanção seria determinável pelo administrador e não pela lei, incorrendo em manifesto vício de falta de ‘razoabilidade’” (*Op. cit.*, p. 810).

. Acresça-se que nos quadrantes do Direito Administrativo este desinteresse é absolutamente reprovável do ponto de vista da defesa dos administrados, pois é o legislador, segundo a densidade que confere à lei, quem comanda a intensidade do controle judicial. No verbo de Mariano Bacigalupo, uma *norma de conduta* dirigida à Administração representa uma *norma de controle* para o Judiciário.²²¹

A segunda observação respeita à importância transcendente dessa exigência em matéria sancionatória, tratada sob o rótulo do *princípio da tipicidade*. Neste domínio, impõe-se suficiente densidade da infração administrativa e da sanção a ela correspondente, para que o indivíduo conheça, antes de agir, a esfera de ilicitude e as conseqüências negativas que dela podem advir²²². Sem isso, é subtraída do cidadão tanto a possibilidade de evitar a sanção, quanto a de controlar a atuação administrativa sancionatória²²³.

. Lamentavelmente, é farto o exemplário de violações ao princípio da tipicidade do Direito Administrativo brasileiro. Podemos citar o conhecido sistema sancionador da Lei 8.666/93, que está a violar escandalosamente a exigência de densidade normativa preceituada pelo princípio da tipicidade²²⁴. Com efeito, a um generalíssimo tipo infracional (“inexecução total ou parcial do contrato”) ligam-se, sem qualquer critério de aplicação, quatro modalidades de sanção (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública). É o mesmo que atribuir ao agente público

²²¹ *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, p. 78.

²²² VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*, p. 91.

²²³ Assim preleciona Alejandro Nieto: “*La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta*” (*Derecho Administrativo Sancionador*, p. 305).

²²⁴ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, pp. 136-141.

uma competência irrestrita, o que vem a ser uma contradição em termos²²⁵. Toda competência administrativa, como já repetimos à saciedade, deve ser *específica e concreta*.

A terceira consideração que importa formular diz com o fato de que a ocorrência de leis excessivamente fluidas, lamentavelmente comuns no Brasil, aponta para uma “menor valia” democrática, de um lado ampliando indevidamente a competência regulamentar da Administração, e, de outro, privando o Poder Judiciário de parâmetros de controle da atividade administrativa, tudo isso em prejuízo, às escâncaras, dos direitos dos administrados. Em suma, a insuficiência normativa constitui um convite para que a Administração, máxime em países de tradição autoritária como o Brasil, promova favoritismos e perseguições, em franco descompasso com a mundividência do Estado de Direito, que proclama o governo *impessoal* das leis em substituição ao governo *pessoal* dos homens.

A par do imperativo da *densidade*, impõe-se, ademais, que as leis habilitadoras de competências administrativas sejam *claras*, inteligíveis, coerentes, de molde a que os administrados possam orientar sua conduta segundo o conhecimento prévio de seus direitos e deveres perante a Administração Pública²²⁶. Não basta a densidade. Pode ocorrer de uma regulação densa, porém ininteligível, obscura, ambígua, a qual irá conduzir ao problema assinalado em relação à exigência de suficiência: uma injustificada discricionariedade²²⁷.

É de se notar a acolhida expressa da exigência de *clareza* no Direito Brasileiro no art. 11 da Lei Complementar 95/1998 (a qual, não nos esqueçamos, serve de parâmetro de validade para as leis ordinárias, medidas provisórias e

²²⁵ Observa Théodore Fortsakis: “En somme, un minimum de précision est indispensable, sous peine de voir, sinon, mise en échec la fonction essentielle du droit, la fonction normative” (*Conceptualisme e empirisme en Droit Administratif Français*, p. 307).

²²⁶ Novamente são oportunas as lições do professor Gomes Canotilho: “Exigência de *clareza* das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um resultado inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto” (*Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 466).

²²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Seguridad jurídica*, p. 24.

demais atos normativos expedidos no exercício da função administrativa) que impõe às leis “clareza, precisão e coerência lógica”, de molde a ensejar, nos termos do inciso II, alínea “a” do referido dispositivo, “a perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma”.

Vale ainda lembrar a posição do Conselho Constitucional Francês que, sem embargo da já mencionada resistência em consagrar solenemente o princípio da segurança jurídica, vem afirmando a *exigência constitucional de clareza das leis*, de cujo desrespeito decorre a declaração de inconstitucionalidade das leis²²⁸. Também já se viu que o Tribunal Constitucional Espanhol vem adotando posicionamento análogo, impondo ao legislador o dever de “perseguir a clareza e não a confusão normativa”, com vistas à promoção da certeza jurídica.²²⁹

2.2. Perspectiva da estabilidade

A preocupação com a *estabilidade* emerge com grande intensidade no Direito Administrativo com a consagração do Estado Social de Direito, no bojo do qual se introduz a idéia de *atos ampliativos*, concedentes de vantagens em favor dos administrados, de cuja singularidade de regime jurídico derivará a criação de novos mecanismos para defesa do administrado, bem como a difusão, no âmbito do Direito Administrativo, de institutos outrora tipicamente privatísticos, como são o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

2.2.1. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

Já aludimos à distinção entre o princípio da irretroeficácia das normas jurídicas e os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, de molde a atestar as respectivas finalidades que exercem no sistema

²²⁸ Decisões nº 98-401, de 10 de junho de 1998; nº 99-707, de 14 de janeiro de 1999; nº 2001-455, de 12 de janeiro de 2002.

²²⁹ Decisões nº 46/1990 e 146/1993, abordadas no item 4 da Parte 2.

jurídico. Aquele, em prol da certeza, dirigido ao passado; estes, em favor da estabilidade, dirigido ao futuro. Cumpre-nos agora dar breve notícia do significado jurídico que a ordem jurídica empresta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada²³⁰.

O Direito Positivo Brasileiro²³¹ solenemente consagra a garantia do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada em norma constitucional dotada de petrealidade, cujo alcance não pode ser amesquinhado sequer pelo Poder Constituído Reformador (art. 5º, XXXVI em conjunto com o art. 60 § 4º, IV, da Constituição Federal). Por conseguinte, a nenhuma autoridade, motivada por qualquer de “ordem pública”, é dado desconhecer tais garantias. Quando insolúvel o embate entre o direito do indivíduo e um interesse público relevante, não se abrirá outra via senão a da *expropriação do direito*, observada a indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV da Constituição Federal).

Não obstante ostentem equivalente força jurídica, tais institutos guardam singularidades que merecem ser salientadas, devendo o direito adquirido ser analisado em conjunto com o ato jurídico perfeito.

Há que se registrar, preliminarmente, que inúmeras divergências grassam tanto na definição do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, quanto na relação entre estas categorias. Aliás, quanto ao direito adquirido, por se tratar de noção amplamente disseminada nos Estados ocidentais, as dissensões se acentuam.²³²

²³⁰ Ao se abordar o tema do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, não se pode desconhecer a grave violação que sofreram tais institutos por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, introdutora da malsinada “Reforma da Previdência”, que recebeu o abono da maioria do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105.

²³¹ As Constituições brasileiras, num primeiro momento, consagraram, de modo irrestrito, a irretroatividade das leis (1824 e 1891). A partir da Constituição de 1934 a tríade “direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada” ganha *status* constitucional e mantém-se nas demais Constituições, com exceção da Constituição de 1937, que nada dispôs acerca da eficácia das leis no tempo.

²³² Em nosso continente, um dos críticos mais acerbos da noção de direito adquirido foi o jurista argentino Guillermo Borda. Eis suas palavras: “Esta síntesis pone de manifiesto bien claramente lo que queda de la famosa teoría de los derechos adquiridos. Ha fracasado como principio, porque nadie ha podido precisar lo en sus términos y significado” (*Retroactividad de la ley y derechos*

Ante a normatividade constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a primeira conclusão a ser formulada é a de que eles se irradiam por todo o ordenamento jurídico, sem distinção entre Direito Público e Direito Privado²³³. Entre esses domínios só haverá distinção quanto à ocorrência destas garantias.

Ademais, não olvidemos que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito são construções jurídicas destinadas a assegurar *a sobrevivência de relações jurídicas, através da ruptura da eficácia imediata da lei nova*.²³⁴

No que tange ao direito adquirido, se a todos parece certo que nem todo direito subjetivo pode receber esta qualificação, menos certo se mostra o *critério idôneo a categorizar um direito subjetivo como direito adquirido*, suscetível, portanto, de proteção contra a eficácia de normas a ele ulteriores.

Malgrado as incontáveis críticas que sofreu e ainda sofre, prevalece o critério clássico da *patrimonialidade*²³⁵, proposto por Gabba, segundo o qual seria direito adquirido aquele direito que integra o patrimônio do sujeito. A grande

adquiridos, p. 85). No continente europeu, um célebre detrator da noção foi o eminente León Duguit. Dizia ele: “Mais ces difficultés ont été augmentées, comme à plaisir, par l’introduction d’une notion fautive et sans portée, la distinction des droits acquis et des droits non acquis. Jamais personne n’a su ce que c’était qu’un droit non acquis (*Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, p. 231).

²³³ O eminente administrativo chileno Enrique Silva Cimma é um exemplo daqueles de que negam a existência de direitos adquiridos no Direito Administrativo (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, t. I, p. 89).

²³⁴ Vide item 2.1.2 desta parte. A maioria dos autores chama a sobrevivência da relação jurídica em face da eficácia imediata de nova norma jurídica de *ultraeficácia* da norma jurídica anterior, de cuja incidência nasceu a relação jurídica protegida. Teríamos, assim: retroeficácia, eficácia imediata e ultraeficácia. Não consideramos oportuna, todavia, essa denominação. Deve-se distinguir a *eficácia* da norma geral e abstrata, relativa ao fenômeno da incidência – juridicização de fatos –, da eficácia da norma jurídica individual e concreta, atinente à situações jurídicas ou relações jurídicas. A partir dessa distinção resta claro que aquela ultraeficácia não é da lei antiga, ou, melhor dizendo, da norma geral e abstrata, mas sim da norma jurídica individual e concreta que resultou da incidência da norma geral e abstrata.

²³⁵ “È acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, *entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato*” (*Retroattività delle leggi*, p. 191).

questão envolvendo esse critério é saber quando o direito pode ser considerado integrado ao patrimônio de alguém e, por essa razão, intangível.

Frente a essa dificuldade, apresenta-se como alternativa o critério que poderíamos denominar *teleológico*, sustentado pelo professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Celso Ribeiro Bastos e ao qual aderimos. Dado que o direito subjetivo, nas palavras de Adolf Merkl, “deve sua origem e consistência ao direito positivo objetivo”²³⁶, ou, em outros termos, é a *subjetivação da ordem jurídica*, haveria que se perscrutar o *sentido* com que a norma jurídica confere o direito subjetivo ao seu titular. Se for de precariedade, não há direito adquirido, ao passo que se for de perdurabilidade, perpetuidade, consolidação, futuridade, tratar-se-á de um direito adquirido.²³⁷

É de subido relevo ainda assinalar que o direito adquirido é uma proteção conferida pela ordem jurídica a direitos subjetivos emanados de atos *válidos*. Em caso de direitos subjetivos veiculados mediante atos inválidos, incidirá, de acordo com as circunstâncias, o subprincípio da proteção à confiança legítima, conforme teremos a oportunidade de examinar²³⁸. Assim, por exemplo, a revogação²³⁹ de atos administrativos, por não estar fundada em um juízo de legalidade, terá como limite o direito adquirido, enquanto que a invalidação de atos administrativos será limitada pelo subprincípio da proteção à confiança do administrado.

Reitere-se, neste sentido, que a invalidade não predica a ineficácia do ato administrativo. Portanto, o nascimento de direitos subjetivos – pertencentes ao

²³⁶ *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 167.

²³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *O Direito adquirido e o Direito Administrativo*, p. 60; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 2, p. 197.

²³⁸ Vide item 2.2.4 desta parte.

²³⁹ Usamos o termo revogação em sua acepção corrente nos quadrantes do Direito Administrativo, consistente na *retirada de um ato administrativo por motivo de conveniência e oportunidade*. Sobre o tema, consultar a obra *Revogação do ato administrativo*, de autoria de Daniele Coutinho Talamini.

domínio da eficácia, porque integrantes de relações jurídicas²⁴⁰ – não é obstaculizado pela invalidade dos atos jurídicos. Subsistirão os direitos subjetivos até que seja desconstituído o ato administrativo que os veicula. Por conseguinte, *a invalidade não exerce influência sobre o nascimento do direito subjetivo, mas sim sobre sua perenidade no mundo jurídico*²⁴¹.

Em outros termos, a invalidade não obsta a geração do direito subjetivo, porém o “enfraquece”, sujeitando-o à supressão mediante a invalidação ou mesmo por norma superveniente²⁴². Haverá direito subjetivo, jamais direito adquirido.

De resto, observe-se que no léxico do Direito Administrativo a extinção de um ato administrativo não portador de direito adquirido em função de incompatibilidade com norma superveniente costuma ser alcunhada de *caducidade*.²⁴³

Passando ao exame do ato jurídico perfeito, assinale-se que, embora para alguns notáveis juristas como Rubens Limongi França se afigure prescindível este instituto, sob o argumento de que já estaria contemplado no direito adquirido²⁴⁴, parece-nos que ele e o direito adquirido configuram *institutos complementares*, de cuja atuação conjunta depende a integral defesa dos direitos do administrado.²⁴⁵

²⁴⁰ Merecem reprodução as palavras do professor Lourival Vilanova a esse respeito: “*O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se juridicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito*” (*Causalidade e relação no Direito*, p. 219).

²⁴¹ Sustenta raciocínio semelhante o jurista Constantin Yannakopoulos, como se infere deste excerto: “Or, l’existence d’une manoeuvre fraudeuse de la part de l’administré pouvant affecter l’édition d’un acte n’influence pas la création de droits. Ce qui fait défaut, est, en réalité, la ‘définitivité’ de l’acte, c’est-à-dire la création des droits acquis et non pas la création de droits proprement dits” (*La notion des droits acquis en Droit Administratif Français*, p. 86).

²⁴² Um bom exemplo de direito subjetivo emanado de ato inválido suprimido por norma superveniente encontra-se no Recurso Extraordinária 290776 – MG, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, publicado em 05.08.2005.

²⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 437.

²⁴⁴ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Direito Intertemporal Brasileiro*, pp. 436-439.

²⁴⁵ Assim preleciona o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de Direito Administrativo*, vol. I, pp. 346-349), no que é seguido pelo professor Elival da Silva Ramos (*A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*, p. 155).

Tal complementariedade se justifica na medida em que o direito adquirido se preordena à salvaguarda da *eficácia* dos fatos jurídicos em geral, enquanto que o ato jurídico perfeito se destina à garantia dos pressupostos de *validade* dos atos jurídicos²⁴⁶. Como se vê, são institutos que, conquanto coincidam em termos finalísticos, atuam em planos distintos.

Com efeito, para que dilucidemos a noção de *ato jurídico perfeito*, é de rigor começar pela acepção em que deve ser tomado o termo “perfeito”. Não se trata de ato jurídico cujos efeitos já se exauriram, tampouco traduz o ato regular perante o Direito, isento de defeitos. “Perfeição” significa aqui *completude*, é dizer, ato cujo ciclo de formação se encerrou.

Donde, a categoria do ato jurídico perfeito não qualifica um ato jurídico como de validade incontestada ou como de efeitos esgotados, *senão que impõe que sejam respeitados, durante todo o período em que se desenvolver a eficácia do ato jurídico, os pressupostos de validade do momento em que encerrou seu ciclo de formação*. Trata-se, como se vê, da positivação da vetusta máxima *tempus regit actum*²⁴⁷.

Como ensina o eminente Clóvis Bevilacqua, “O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente, porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado ao ato jurídico, *já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*, o direito adquirido, dele oriundo, desapareceria por falta de título ou fundamento. Assim, *a segurança*

²⁴⁶ É de se observar que a doutrina francesa, conquanto não maneje a categoria do ato jurídico perfeito, sói distinguir, para efeitos de conflitos de leis no tempo, as condições de validade da eficácia dos atos jurídicos (PETIT, Jacques. *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, pp. 225 e 226).

²⁴⁷ Alguns doutrinadores espanhóis admitem, *no contexto do direito espanhol*, a “invalidade superveniente” sob o fundamento de que a máxima *tempus regit actum* não seria uma regra de valor absoluto, senão que uma presunção de que, salvo disposição em contrário, não cabe a invalidade superveniente (DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *La derogación de las leyes*, pp. 309 e 310; CAMPOS, Tomás Cano. *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, p. 81).

do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador".²⁴⁸

Note-se que o verdadeiro préstimo do ato jurídico perfeito, à semelhança do direito adquirido, será o de proibir que pressupostos de validade ulteriores à edição de ato jurídicos pendentes sejam exigidos, *no presente*, como condição para que tais atos possam continuar a produzir efeitos. Isto porque a hipótese de se invalidar um ato jurídico com base em pressuposto de validade superveniente já estaria de todo afastada à luz, simplesmente, do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas²⁴⁹. Enuncia, nesse sentido, o eminente Paul Roubier: "Dans tous les cas, la loi serait rétroactive si elle venait infirmer la constituion régulièrement opérée de cette situation juridique".²⁵⁰

Importante mencionar ainda um dispositivo do vigente Código Civil que, embora desconhecido por muitos, consagra, de modo irretorquível, a disparidade de regime jurídico-intertemporal entre o plano da validade e o da eficácia, ao mesmo tempo em que reforça a garantia do ato jurídico perfeito, nos termos acima expostos. Prescreve o artigo 2.035 do mencionado Código: "A *validade* dos negócios e demais ato jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus *efeitos*, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

Afinal, dediquemos algumas palavras à *coisa julgada*, que constitui o atributo da *imutabilidade* do comando que emerge da parte dispositiva da

²⁴⁸ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I, p. 77.

²⁴⁹ Pontes de Miranda adverte para o fenômeno da retroeficácia nesta hipótese: "A nulidade ou anulabilidade somente pode sobrevir, se sobrevém lei, que a estatua: o suporte fático não era deficiente, e faz-se deficiente, pela *retroatividade da lei*" (*Tratado de Direito Privado*, tomo IV, p. 222).

²⁵⁰ *Le Droit Transitoire*, p. 185. Di-lo de igual modo o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Op. cit.*, 348).

sentença judicial de mérito não mais sujeita a recursos²⁵¹. À semelhança do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, nenhuma norma, até mesmo aquelas veiculadas por emenda constitucional, pode amesquinhar a coisa julgada, imiscuindo-se no conteúdo da sentença judicial.

No âmbito do Direito Administrativo, este instituto deve ser tomado em conta frente às constantes violações que sofre, tanto pela via omissiva, ou seja, pela recusa da Administração Pública em cumprir a ordem judicial que lhe é dirigida, quanto pela comissiva, ao serem editados atos administrativos com conteúdo contrário ao da sentença judicial.²⁵²

Em ambas as situações está a Administração Pública a incorrer em flagrante inconstitucionalidade, visto que, se à lei ou emenda constitucional não é dado vulnerar a coisa julgada, com maior razão o ato administrativo não pode fazê-lo.²⁵³

2.2.4. Proteção à confiança legítima

Sabe-se que o Estado, tanto quanto os administrados, deve ser probo, veraz, leal, responsável. Não na forma de uma virtude moral do agente público, senão que por força de desígnios constitucionais imperativos, como nos dá mostra, por exemplo, o artigo 37, *caput*, nunca assaz citado: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos *princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”.

Portanto, se somarmos estes princípios – que presidem o exercício de todas as funções públicas – à presunção de legitimidade dos atos estatais, resulta

²⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, pp. 500 e 501.

²⁵² CIRNE LIMA, Ruy. *Princípio de Direito Administrativo*, pp. 258-260.

²⁵³ Neste sentido, prescreve a Constituição Federal: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VII – o cumprimento das leis e das *decisões judiciais*”.

que o administrado é invariavelmente levado a supor que os atos estatais estão em conformidade com a ordem jurídica e que as expectativas geradas pelo Estado são seguras e dignas de crédito²⁵⁴. Donde, neste contexto, não só o administrado pode, como *deve* confiar na ação do Estado²⁵⁵.

À vista disso é que, se o Estado decide extinguir um ato de sua autoria ou se convence de que uma dada orientação que estava seguindo não é mais conveniente, deve fazê-lo com estrito respeito à confiança legítima dos cidadãos.

Eis o que postula o subprincípio da proteção à confiança legítima, de origem alemã e que só recentemente vem sendo incorporado, de modo consciente, na ordem jurídica brasileira. Diversamente do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, assimilados à tradição do Direito Brasileiro e em que se cogitam de relações jurídicas constituídas validamente e infensas à intromissão de quaisquer normas jurídicas, a *confiança legítima* ampara a *confiança* do indivíduo de *boa-fé* na ação do Estado, a qual pode se traduzir em um direito subjetivo invalidamente constituído ou em uma mera expectativa legítima gerada pelo Estado. Daí a maior abrangência deste subprincípio em relação ao direito adquirido²⁵⁶.

No Direito Brasileiro, os mecanismos preordenados a assegurar a confiança do administrado podem ser assim reconduzidos: *concessão de efeitos ex nunc à invalidação de atos ampliativos; convalidação de atos ampliativos; estabilização de atos administrativos ampliativos; dever de adoção de regras transitórias para mudanças radicais de regime jurídico; invalidação de normas atentatórias à*

²⁵⁴ PÉREZ, Jesús González. *El principio de la buena-fe en el Derecho Administrativo*, p. 40.

²⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A estabilidade dos atos administrativos, *Revista Trimestral de Direito Público*, 48: 81.

²⁵⁶ CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, p. 657.

*confiança legítima; responsabilização do Estado por mudanças de regime jurídico; e, finalmente, a chamada “coisa julgada administrativa”.*²⁵⁷

Do mero arrolamento destes mecanismos já se nota que o subprincípio da confiança legítima matiza dogmas cultivados há muito tempo pela ciência jurídica, como, por exemplo, o de que a invalidação sempre seria a via idônea para a recomposição da legalidade e de que sempre operaria efeitos *ex tunc*, ou de que o Estado poderia, ao seu talante, alterar inopinadamente suas orientações ou regimes jurídicos, uma vez que o administrado não tem “direito subjetivo à manutenção do direito objetivo”.

Quanto aos dogmas atinentes à invalidação, eles estão recebendo o devido desenvolvimento no Direito Brasileiro, sobretudo a partir da obra pioneira da professora Weida Zancaner²⁵⁸. O mesmo não se pode dizer, contudo, no que respeita à noção, amplamente difundida, de que o Estado pode livremente alterar suas orientações ou regimes jurídicos. Como teremos a oportunidade de observar, de fato, o administrado não tem direito subjetivo à manutenção de um regime jurídico, mas sim aos direitos subjetivos que exsurgem do regime jurídico²⁵⁹, entretanto, isso não significa que a Administração ou o Legislador podem, de modo traumático, *venire contra factum proprium*, frustrando expectativas legítimas a que deram ensejo.

Acerca da manutenção de atos administrativos inválidos, ainda é de se observar que sobre ela manifestam-se, já de algum tempo, a jurisprudência e a doutrina nacionais, contudo, segundo formulações pouco convincentes do ponto de vista jurídico. Comum era fundamentar-se o nascimento de situações de direito tão-só a partir da persistência, durante largo período, de situações de fato geradas

²⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprio atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2, p. 8.

²⁵⁸ *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁵⁹ CAMMAROSANO, Márcio. Considerações sobre a proteção constitucional do direito adquirido, *Cadernos de soluções constitucionais*, v. 2, p. 283.

de ilegalidade²⁶⁰. Nas últimas quadras, porém, começou-se a manejar de forma mais coerente os princípios da legalidade e da segurança jurídica, a fim de justificar satisfatoriamente a questão²⁶¹. Exemplo mais recente desta tendência são as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais se verifica a consagração do princípio da segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito, à moda da jurisprudência alemã, justificando a estabilidade de atos administrados eivados de ilegalidade.²⁶²

Debrucemo-nos agora, nos estreitos limites desta investigação, sobre cada um dos mecanismos acima arrolados.

2.2.4.1. Projeção *ex nunc* da invalidação dos atos administrativos ampliativos

O primeiro dos mecanismos é a concessão de efeitos *ex nunc* à invalidação de atos ampliativos, cuja análise é tributária do longo excuro que fizemos acerca do ato administrativo.

Já registramos que a ordem jurídica oferece respostas díspares à invalidade do ato administrativo. A primeira resposta é a *invalidação do ato administrativo*, que, durante muito tempo, foi qualificada como a única e inelutável resposta à invalidade dos atos administrativos com vistas a se restaurar a ordem jurídica e a homenagear o princípio da legalidade.

Dá-se o nome de invalidação à desconstituição de um ato administrativo por motivo de ilegalidade.

²⁶⁰ STF, RE 85.179-RJ, Rel. Min Bilac Pinto, j. 04.11.1977, DJ 02.12. 1977.

²⁶¹ STJ, Resp. 6.518, 1ª Turma, Rel. Min Humberto Gomes de Barros, j. 19.08.1991, DJ, 16.09.1991, p. 1.262.

²⁶² STF, PET 2.900/RS, Rel. Min Gilmar Mendes, transcrito no informativo STF nº 310, de 26 a 30 de maio de 2003, DJ 01.08.2003; MS 24.268-MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF nº 343, de 12 a 16 de abril de 2004; MS 22,357, Rel. Min. Gilmar Mendes, transcrito no informativo STF 351, de 07 de julho a 11 de julho de 2004.

Fundada, como já dissemos, na reintegração do ordenamento jurídico, pode ser levada a cabo pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública no exercício da autotutela.

À luz da seminal classificação dos elementos e pressupostos do ato administrativo, útil se mostra a dissecação do ato que concretiza a invalidação, chamado de *ato administrativo invalidador*. Em seu *conteúdo* abriga-se a declaração da invalidade e a extinção, *ex nunc* ou *ex tunc*, do ato administrativo inválido (*objeto*). No *motivo* situa-se o ato administrativo eivado de ilegalidade, somado ao indispensável *processo administrativo invalidador*, em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A *finalidade* a que visa é a recomposição da legalidade e deve, em termos *formalísticos*, seguir a forma escrita e ser acompanhado da devida *motivação*²⁶³. Por fim, a *causa* será deduzida, já o sabemos, da relação de adequação entre o ato administrativo inválido (*motivo*), sua desconstituição (*conteúdo*), em vista da finalidade de restaurar a ordem jurídica (*finalidade*).

A projeção temporal do *conteúdo* (=eficácia) do ato administrativo invalidador desperta candente discussão, mediada pelo princípio da proteção à confiança do administrado. Para abordar tal problemática, comumente evocada sob o nome de “efeitos da invalidação”, é imperioso recorrer tanto à distinção dos planos da validade e da eficácia²⁶⁴, quanto às duas classificações de ato administrativo a que acima aludimos, respeitantes à repercussão do ato sobre a esfera jurídica dos particulares²⁶⁵ e à natureza dos seus efeitos²⁶⁶.

É certo que o ato administrativo invalidador supõe a invalidade de um ato administrativo, ou seja, a invalidade é lógica e cronologicamente anterior à

²⁶³ Assim prescreve o art. 50, inciso VIII, da Lei 9.784/99, com a seguinte dicção: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

²⁶⁴ Vide item 1.3.3 da Parte 3.

²⁶⁵ Vide item 1.3.5.1 da Parte 3.

²⁶⁶ Vide item 1.3.5.2 da Parte 3.

invalidação. No entanto, *apesar de o reconhecimento da invalidade ser sempre retroativo, o conteúdo do ato administrativo invalidador será ex tunc ou ex nunc em função, respectivamente, da natureza ampliativa ou restritiva do ato inválido.*

Visto que a invalidade do ato administrativo não predica sua ineficácia, podendo este produzir regularmente os efeitos a que estava preordenado, se restritivo, deve a invalidação ser *ex tunc*, exonerando o particular das conseqüências onerosas do ato inválido. Se ampliativo e o particular não participou da ilegalidade, apresentando-se de boa-fé, a invalidação deve ser *ex nunc*, de modo a assegurar ao particular as vantagens que auferiu do ato inválido.

A eficácia *ex nunc* atribuída às invalidações dos atos ampliativos é traduzida, com inteira propriedade, pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, cujas palavras pedimos vênua para citar: “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 aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de 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”.²⁶⁷

Observe-se que nesta distinção dos efeitos do ato invalidador, reside, de modo implícito, a refutação da idéia, já abordada²⁶⁸ e que lamentavelmente viceja na doutrina nacional, de que “não nasce direito subjetivo de ato inválido”, sob a

²⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 470.

²⁶⁸ Vide item 2.2.1 desta Parte.

qual se oculta, uma vez mais, uma confusão entre os planos em que se desenvolve o fenômeno jurídico.

Prosseguindo o raciocínio, os danos sofridos pelo administrado em virtude da invalidação de um ato administrativo que lhe era benéfico devem ser acobertados com base na responsabilidade do Estado por ato lícito²⁶⁹, jamais a título de desapropriação do direito subjetivo abrigado no ato viciado.

Outrossim, em relação à responsabilidade do Estado pela invalidação de atos administrativos, julgamos mal colocada uma questão teórica. Diz-se, com frequência, que a invalidação enseja a conversão do ato administrativo inválido em fato administrativo, ou seja, o ato ilegítimo extinto remanesceria como fato administrativo, podendo ser invocado para efeito de responsabilidade do Estado.²⁷⁰

Com o devido acatamento, não acolhemos esse juízo teórico. Segundo nos parece, o princípio da responsabilidade do Estado incide sobre o ato administrativo invalidador e não sobre o suposto “fato administrativo” resultante da invalidação do ato viciado. É dizer: a norma que prescreve a responsabilidade do Estado está reportada ao ato administrativo invalidador e não ao ato viciado extinto, o qual, pela singela razão de não mais pertencer ao mundo jurídico, não pode servir como *pressuposto* para a responsabilidade administrativa.

Aliás, neste ponto se confirma o sobredito *princípio da relatividade do suporte fático*, por meio do qual se demonstra com grande clareza a fenomenologia da invalidação: o ato administrativo invalidador, ao mesmo tempo em que declara a invalidade de outro ato e cassa-lhe a existência, é alvo da

²⁶⁹ Como se sabe, o Estado é responsável não só por sua atuação ilícita, como também lícita. A diferença é que para a atividade lícita do Estado ensejar a responsabilidade é preciso que o dano, além de certo, seja especial e anormal. A *especialidade* representa a incidência desigual do dano sobre uma pessoa ou um grupo de pessoas; a *anormalidade* é caracterizada pela superação dos encargos sociais tolerados e exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da vida em sociedade (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 1007).

²⁷⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*, pp. 98-100.

incidência – fato administrativo – da norma jurídica que prescreve a responsabilidade do Estado por ato *lícito*.

2.2.4.2. Convalidação dos atos administrativos

Como sabemos, não é a invalidação o único meio de restauração da legalidade. A par dela e com grande força se coloca a *convalidação do ato administrativo, a qual se traduz na substituição retroativa de um ato administrativo por motivo de ilegalidade*.

Por meio da convalidação, de um só golpe, *declara-se a invalidade do ato convalidado, desconstitui-se sua existência e, em seu lugar e desde o seu nascimento, constitui-se um ato com equivalente conteúdo, porém isento de vícios*.

Como se vê, o ato convalidador, a par da declaração da invalidade e da desconstituição do ato convalidado, reconstitui integralmente o conteúdo deste, donde concluir-se que *só pode haver convalidação quando o ato a ser convalidado é suscetível de reprodução legítima no presente*.²⁷¹

Não é difícil perceber-se que em favor da convalidação milita, com grande força, o princípio da segurança jurídica, agregando ao princípio da legalidade a proteção da confiança do administrado, porquanto se *promove a restauração da ordem jurídica sem prejuízo da estabilidade das relações jurídicas albergadas no ato convalidado*.

Desta força principiológica da convalidação deriva que, diante de um ato inválido, deve a Administração procurar antes convalidá-lo; se impossível a convalidação, passa-se então à invalidação. Eis o ensinamento da ilustre professora Weida Zancaner: “(...) a convalidação se propõe como obrigatória

²⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 463.

quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação – entendido finalisticamente, demanda respeito do capital princípio da segurança jurídica”.²⁷²

Aliás, seguindo a classificação tricotômica²⁷³ das invalidades do ato administrativo formulada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, à luz da qual teríamos atos inexistentes²⁷⁴, atos nulos e atos anuláveis, apresenta-se justamente a *possibilidade de convalidação como o critério mais operativo para apartar o ato nulo do ato anulável. Estes são convalidáveis, ao passo que aqueles são inconvalidáveis*²⁷⁵.

Como dissemos, os atos convalidáveis são aqueles que a lei assim reconheça ou que possam ser re praticados, atualmente, sem o vício que os maculavam. Remetendo-se aos elementos e pressupostos do ato administrativo, resulta que *só autorizam a convalidação o vício de competência, de formalização e de procedimento, quando este último não vulnerar a finalidade do ato ou quando se tratar de falta de ato de particular sanada posteriormente com expressa projeção retroativa.*

²⁷² ZANCANER, Weida, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 67.

²⁷³ São muito conhecidas as disputas teóricas acerca da classificação das invalidades dos atos administrativos, da qual não cuidaremos, pois desbordaria dos limites de nossa investigação. Para uma síntese destas disputas, consultar as páginas 99 a 106 da citada obra *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, da lavra da professora Weida Zancaner, bem como as páginas 456 a 458 do *Curso de Direito Administrativo*, de autoria do professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

²⁷⁴ Que a expressão “ato administrativo inexistente” não induza a erro. Tal expressão designa ato inserto no domínio do *antijurídico* e não no domínio do *não-jurídico*. Trata-se de prescrição de conduta criminosa ofensiva à dignidade da pessoa humana e que, por essa razão, encontra-se inquinada do mais alto grau de antijuridicidade. São atos imprescritíveis, insuscetíveis de convalidação ou conversão, desafiáveis mediante direito de resistência, inclusive *manu militari* e cuja invalidação sempre surte efeitos *ex tunc*.

²⁷⁵ Embora os atos nulos e os atos anuláveis sejam diferentes também no que concerne à arguição do vício que ostentam, podendo o primeiro ser pronunciado de ofício pelo juiz ou sob a provocação do Ministério Público, enquanto o segundo apenas pode ser conhecido por meio de arguição do interessado, *o critério decisivo a diferenciá-los é a possibilidade de convalidação*. Os nulos são inconvalidáveis, ao passo que os anuláveis são convalidáveis.

De outra parte, os atos inconvalidáveis são aqueles assim qualificados pela lei ou que não sejam suscetíveis de reprodução sem vício. Aludindo-se novamente aos elementos e pressupostos do ato administrativo, são inconvalidáveis os atos com invalidade situada no *motivo, no conteúdo, na causa, na finalidade e nos requisitos procedimentais, quando a falta de um ato procedimental desvirtuar a finalidade para a qual o procedimento foi instaurado.*

Compete, em primeiro lugar, à Administração levar a cabo a convalidação, mediante a *reprodução do ato administrativo convalidado sem a invalidade de que padecia, ou seja, de modo compatível com o Direito.* Se ultimada pela mesma autoridade que editou o ato, denomina-se *ratificação*; se procede de autoridade diversa, chama-se *confirmação*.²⁷⁶

Também ao Judiciário, segundo pensamos, compete proceder à convalidação de atos administrativos, quer na hipótese de omissão da Administração Pública, quer na hipótese de que tenha se efetivado uma invalidação quando seria caso de convalidação²⁷⁷. Para justificar esta conclusão, esclareçamos suas premissas.

Tanto a invalidação quanto a convalidação são produtos de competências vinculadas, ou seja, o agente público, ao se deparar com um ato inválido, não goza de uma margem de apreciação subjetiva para decidir se pronuncia a invalidação ou a convalidação do ato administrativo inválido²⁷⁸. Se presentes os pressupostos de fato que autorizam a convalidação, é *obrigatória* a sua

²⁷⁶ Nas hipóteses em que a declaração do administrado é condição de validade do ato administrativo e houve omissão desse requisito, seu suprimento superveniente pelo particular, com a inequívoca intenção de fazê-lo retroagir, obriga a Administração a convalidar o ato administrativo ilegítimo. Note-se que *a pronúncia do particular não tem o condão de convalidar o ato expedido invalidamente, visto que da ilegalidade não se segue a outorga de competência ao administrado para restaurar a legalidade; sua manifestação de vontade serve apenas para deflagrar a competência convalidadora da Administração.*

²⁷⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 402 e 403.

²⁷⁸ ZANCANER, Weida, *op. cit.*, pp. 68-70; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 465-467; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, pp. 256 e 257.

consumação; se presentes os pressupostos da invalidação, também ela se faz *obrigatória, ressalvado o vício de competência em ato de conteúdo discricionário, hipótese em que tão-somente o agente administrativo a quem cumpriria editá-lo decidirá pela manutenção ou pela fulminação do ato.*

A par disso, faz-se necessário elucidar a questão da virtualidade da impugnação do interessado em matéria de convalidação. Colocamo-nos entre aqueles que entendem-na como um obstáculo à convalidação²⁷⁹, e a justificativa que encontramos para assumir este posicionamento reside numa compreensão que reputamos adequada do subprincípio da confiança legítima. Expliquemo-nos.

A confiança legítima, tal como a delimitamos, está a serviço do administrado e não da Administração Pública. Portanto, no momento em que o interessado impugna – administrativa, judicialmente ou por meio do direito de resistência²⁸⁰ – o ato administrativo inválido que lhe é desfavorável, subtrai-se o fundamento principiológico da convalidação, de modo a restar unicamente a invalidação para a restauração da legalidade.

. Destas razões resulta que, nas situações acima apontadas - omissão da Administração Pública em proceder à convalidação ou emissão de ato invalidador quando seria caso de convalidação –, tendo em vista que não há impugnação, aliás, bem pelo contrário, o interessado deseja a convalidação do ato viciado, e que a convalidação é fruto de uma competência vinculada, é dado ao órgão judicante ultimar a convalidação do ato inválido, ressalvada, naturalmente, a

²⁷⁹ Sustentam este entendimento: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 464; ZANCANER, Weida, *op. cit.*, pp. 72 e 73. Em sentido contrário: FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões, *Revista de Direito Administrativo*, 231: 63 e 64; SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, pp. 144 e 145.

²⁸⁰ A resistência corresponde a uma impugnação do ato administrativo, por conta e risco do administrado. Se, posteriormente, o Judiciário reconhece o vício do ato, a resistência é considerada legítima; caso contrário, a resistência será tida como ilegítima, sujeitando-se o administrado à eventual sanção pelo descumprimento do ato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 472).

situação acima apontada de vício de competência em ato de conteúdo discricionário.

De resto, parece-nos que não há outros fatores impeditivos à convalidação além da impugnação do interessado e da hipótese excepcional em que, perante um vício de competência em ato administrativo de conteúdo discricionário, o agente administrativo competente resolve invalidá-lo. Como veremos, a decadência, por alguns juristas entendida como barreira à convalidação²⁸¹, não sana a invalidade, senão que impede a invalidação do ato. Por isso, não estaria afastada eventual convalidação do ato viciado.

2.2.4.3. Estabilização de atos ampliativos inválidos

A terceira modalidade de recomposição da legalidade de que nos ocuparemos é a *estabilização* do ato administrativo viciado.

Sem embargo de alguns estudiosos não distinguirem esta modalidade da convalidação do ato administrativo²⁸², julgamos necessário individualizá-la, em vista, como sempre, da disparidade de regimes jurídicos entre estas categorias jurídicas.

A estabilização promove o saneamento da invalidade do ato viciado, entretanto, diferentemente da convalidação, concretizada através de *ato administrativo*, a estabilização exsurge de um *fato administrativo*. Como foi visto, a

²⁸¹ WEIDA, Zancaner, *op. cit.*, p. 73.

²⁸² Nesse sentido os ilustres professores Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz: “Para alguns autores a convalidação importaria o refazimento do ato inquinado de vício, já agora com integral observância da legalidade. Ocorre, porém, que *hipóteses há em que o saneamento se produz sem que se toque no ato viciado*. Tal se dá pelo menos em duas circunstâncias: quando o ato, apesar de defeituoso, produz o efeito abrigado na lei; quando transcorre *in albis* o prazo para exercício do direito de anular o ato (prescrição, segundo alguns autores; mas o caso é, realmente, de decadência, como examinamos em capítulo anterior. De notar que a lei 9.784/1999, com acerto, tratou o caso como de decadência). Certa corrente doutrinária prefere, para as situações acima examinadas, em que a sanatória se processa sem que o ato seja re praticado, a denominação ‘*confirmação*’. *Questão de gosto. Julgamos desnecessária a distinção terminológica, por isso que o fenômeno jurídico é o mesmo em todas essas circunstâncias*” (*Processo administrativo*, p. 255).

convalidação é *pronunciada* por um ato administrativo convalidador. A estabilização, por outro lado, é engendrada diretamente pela ordem jurídica, diante da *especial circunstância de um ato cuja permanência recebe maior prestígio da ordem jurídica do que sua retirada por motivo de ilegalidade*²⁸³.

Coordenando, portanto, as três modalidades de recomposição da legalidade, poderíamos afirmar que, perante um ato inválido convalidável, deve-se obrigatoriamente levar a cabo a convalidação, salvo a circunstância de vício de competência em ato de conteúdo discricionário. Se o ato for inconvalidável, deve-se ultimar a invalidação, a não ser que compareçam os requisitos habilitadores da estabilização do ato viciado ou por ocorrência da decadência²⁸⁴.

Para que se configure a estabilização é necessário que estejam presentes os seguintes pressupostos: o ato inválido se qualificar como ampliativo; a presença de administrado de boa-fé; e a permanência da situação criada atender interesses hierarquicamente superiores que os residentes na norma violada.²⁸⁵

Bem se vê que a hipótese da estabilização não se reveste de uma precisão capilar. Haverá que se sopesar as circunstâncias do caso concreto e verificar se a manutenção do ato inválido é menos traumática aos interesses prestigiados pela ordem jurídica do que sua eventual invalidação²⁸⁶. Assim, a partir dos aludidos requisitos, que servem como guias heurísticos, *impõe-se que se conclua pela prevalência ou não, in concreto, do princípio da segurança jurídica; se prevalecer, saneado estará o ato viciado*. No dizer do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema

²⁸³ Ressalve-se que não incluímos a ocorrência da *decadência*, de que nos ocuparemos abaixo, como suposto de estabilização do ato administrativo.

²⁸⁴ Sobre a decadência, *vide* item 2.2.5 desta parte.

²⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, pp. 465 e 466.

²⁸⁶ Advertia Seabra Fagundes, pioneiramente: “No direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar conseqüências diversas” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 70).

normativo”²⁸⁷, ou seja, o próprio ordenamento jurídico ministrou o remédio para a patologia de que padecia.

Com efeito, a estabilização expurga, retroativamente, a invalidade do ato administrativo. Trata-se de um caso de retroeficácia benéfica, sendo, nessa medida, permitida pela ordem jurídica.

E por que insistimos que não há simples manutenção do ato inválido, senão que eliminação da invalidade do ato administrativo? Porque disso decorre a compostura do direito subjetivo criado pelo ato administrativo. Como sabemos, a validade é condição necessária, porém não suficiente, para que o direito subjetivo veiculado pelo ato administrativo possa ser qualificado como direito adquirido. Um ato inválido não é apto a gerar direito adquirido. Daí, portanto, a importância de dizer que a estabilização torna válido o ato, de modo a permitir a invocação de eventual direito adquirido.

Outra consideração a ser feita, à luz das noções teóricas desenvolvidas ao longo da presente investigação, diz respeito à categorização da estabilização como decorrência de um fato jurídico²⁸⁸. Conseqüência disso é que a estabilização não é passível de um juízo de validade. À diferença da invalidação e da convalidação que, porquanto veiculadas por ato administrativo, sujeitam-se a exame de legalidade, podendo suceder “invalidação inválida” ou “convalidação inválida”, *não há estabilização inválida*.

2.2.4.4. Alteração de regime jurídico: dever de adoção de disposições transitórias para mudanças radicais de regime jurídico (via preventiva)

Não é demais repetir que o sistema jurídico é sempre mutável, a fim de disciplinar a cambiante, variável e evolutiva realidade sobre a qual incide. Trata-se

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 465.

²⁸⁸ *Vide* item 1.3.2 da Parte 3.

de uma exigência do próprio regime democrático, segundo o qual as aspirações populares devem prevalecer por meio da lei, à qual todos se submetem, inclusive o Estado.

O projeto girondino de “Declaração dos Direitos naturais, civis e políticos dos homens”, de 1793, é uma eloqüente tradução desta idéia: “Un Peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Un génération n'a pas le droit d'assujettir à ses Lois les générations futures; et toute hérédité dans les fonctions est absurde et tyrannique”.

Donde, a Administração Pública e especialmente o legislador não podem ficar aprisionados na ordem jurídica vigente, sob pena de comprometer o atendimento das necessidades emergentes na sociedade, como salienta energicamente o professor García de Enterría²⁸⁹. Seria interpretar a ordem jurídica como um fim em si mesma, quando, deveras, ela é apenas um meio para a consecução das finalidades estabelecidas pela sociedade.

Até aqui, nada há a objetar e nenhuma ofensa se pode supor à segurança jurídica. Como já dissemos reiteradas vezes, a segurança jurídica não obstaculiza a alteração do direito positivo, senão que combate sua mudança desleal, traumática, inopinada. E o faz, sob a vertente da proteção à confiança legítima, por meio preventivo e repressivo.

Sob a via que poderíamos chamar de “preventiva”, o subprincípio da confiança legítima impõe o já aludido dever de adoção de disposições transitórias para mudanças de regimes jurídicos, ressalvada eventual situação em que o

²⁸⁹ El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, *Revista de Administración Pública*, pp. 181 e 182.

interesse público²⁹⁰ perseguido pelo novo regime jurídico for incompatível com um regime transitório.

Com efeito, se, de um lado, o princípio da irretroeficácia destina-se a impedir os efeitos nefastos da retroeficácia *in pejus* das normas jurídicas, as disposições transitórias visam a combater os efeitos danosos que também a eficácia imediata das normas pode produzir.

Para alcançar seu mister, as disposições transitórias ora disciplinam a eficácia das normas jurídicas no tempo, sem lhes alterar o conteúdo, prevendo-se, por exemplo, a ultraeficácia da norma anterior por determinado período, ora prescrevem um regime temporário, diferente tanto do regime anterior quanto do novo. Aquela modalidade é chamada pela doutrina de *regra de conflito*²⁹¹, ao passo que esta é nominada de *disposição transitória substancial*²⁹².

Assim, se modificado ou substituído um regime jurídico por meio de um *suficiente* mecanismo transitório, assegurando a confiança do administrado, não há que se cogitar de violação à segurança jurídica.

2.2.2.5. Alteração de regime jurídico: responsabilidade por ato lícito ou invalidação da norma atentatória à confiança legítima (via repressiva)

Abordada a vertente preventiva do subprincípio da confiança legítima em matéria de mudança de regime jurídico, é hora de nos ocuparmos da via que nominaremos de “repressiva”, a qual constitui um domínio pouco explorado no Direito brasileiro.

²⁹⁰ Advirta-se que a expressão “interesse público” não constitui um salvo-conduto para que o agente público possa realizar aquilo que lhe parecer melhor. Interesse público é um conceito jurídico-positivo, uma construção intra-sistêmica desenvolvida desde a Constituição até chegar aos órgãos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 68).

²⁹¹ ÉVEILLARD, Gweltaz. *Les dispositions transitoires en droit public français*, pp. 195-367.

²⁹² ÉVEILLARD, Gweltaz, *op. cit.*, pp. 369-438.

Diferentemente da via preventiva, esta pressupõe, naturalmente, o amesquinamento da confiança legítima do administrado por meio da alteração de um regime jurídico.

Importante se mostra um critério de aplicação do subprincípio da confiança legítima nestas situações, acompanhado das conseqüências que podem ser extraídas da ordem jurídica brasileira.

Para tanto, julgamos útil um esquema engendrado pelo Tribunal das Comunidades Européias²⁹³ e que se amolda à realidade de nosso Direito Positivo. Trata-se do seguinte raciocínio.

Diante de uma alteração de regime jurídico, haveria que se formular duas perguntas, nesta ordem: a) há confiança legítima do administrado a ser tutelada? b) há um interesse público na nova normação que justifique a preterição da confiança legítima?

As conseqüências jurídicas do subprincípio da confiança legítima dimanam dos diferentes resultados obtidos a partir deste esquema. Vejamos.

De início, se não comparecer *in concreto* a confiança legítima do administrado, logicamente não se põe o problema.

²⁹³ Define com precisão este mecanismo o professor Paolo Mengozzi: "Por cuanto se refiere al principio de la protección de la confianza legítima, en cambio, la jurisprudencia comunitaria ha llegado a aplicarlo gracias a un *two step analysis approach* que comporta, de entrada y separadamente, la verificación de la idoneidad de actos de las instituciones comunitarias y de prácticas o comunicaciones de las mismas para dar lugar a una confianza legítima de los particulares; y, sucesivamente, la verificación de que la posibilidad de la protección concreta del mismo sea excluída por obra de actos de las instituciones por razón de los valores y objetivos tutelados o perseguidos por éstos respectivamente" (*La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legítima: de un case by case of interests a un two step analysis approach*, pp. 5 e 6).

Mas como se constata a presença da confiança legítima do administrado? Como já alertamos acima, os comportamentos estatais, dado os atributos de que se revestem, dão origem a uma base de *confiança* que não poder ser negligenciada. Este é o primeiro elemento. Demais disso, a confiança deve ser *legítima*, ou seja, é imperioso que o administrado, induzido pelo comportamento estatal, adote uma conduta, ativa ou passiva, de modo que a posterior mudança de orientação do Estado frustrasse uma expectativa concreta e não apenas virtual²⁹⁴. Ao administrado caberá o ônus de demonstrar estes elementos.

Acaso se dê resposta afirmativa à primeira pergunta, restará averiguar se o interesse público perseguido pela nova postura do Estado autoriza a preterição da confiança legítima, de que deverá fazer prova a Administração Pública. Tratar-se-á da conhecida ponderação de bens jurídicos, cuja mediação é realizada pelo princípio da proporcionalidade.

Um dos resultados possíveis desta ponderação é a conclusão de que o interesse público abrigado no novo regime jurídico não justifica o abalo à confiança legítima dos administrados, no que, naturalmente, deve contar não só a *gravidade* do abalo, como também a sua *extensão* entre os administrados. Se, ante a *generalidade* dos destinatários da norma, não se justificar a ruptura da confiança, isto conduzirá à inconstitucionalidade da nova norma jurídica por ofensa ao subprincípio da confiança legítima²⁹⁵.

O outro resultado possível seria o entendimento de que o interesse público curado pelo novo regime jurídico habilita a relegação da confiança legítima, situação em que, apesar de *válida* a sucessão normativa, poderá caracterizar-se a

²⁹⁴ Esta construção aproxima-se, na órbita da *common law*, ao *estoppel*, mecanismo disposto a vedar condutas contraditórias do Estado (MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, pp. 19 e 20).

²⁹⁵ Cuida-se de expressivo exemplo da *função limitativa* dos princípios jurídicos.

responsabilidade do Estado por ato lícito²⁹⁶, uma vez comprovada a especialidade e a anormalidade do dano sofrido pelo administrado²⁹⁷.

A propósito desta hipótese de responsabilidade do Estado por ato lícito convém que façamos alguns esclarecimentos.

Inicialmente, é de reconhecer-se que no sistema constitucional brasileiro nenhuma função estatal – administrativa, legislativa e jurisdicional – foge ao princípio da responsabilidade do Estado²⁹⁸, razão pela qual dispensamos a distinção, encontrada em outros sistemas jurídicos, entre a responsabilidade derivada diretamente da lei²⁹⁹ e dos atos de execução da lei³⁰⁰.

Ademais, parece-nos que a confiança legítima não introduz no sistema jurídico uma nova modalidade de responsabilidade estatal, como crêem apressadamente alguns doutrinadores. Em verdade, o subprincípio da confiança legítima apenas *torna juridicamente relevante* a confiança legítima do cidadão³⁰¹.

²⁹⁶ Assim Héctor Mairal, a propósito dos efeitos da teoria dos atos próprios: “La obligación de repara el dano surge entonces de la contradicción ‘permitida’ y no es una condena accesoria a la prohibición de la contradicción” (*Op. cit.*, p. 160). Também assim: RUBIALES, Iñigo Sanz. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, p. 106.

²⁹⁷ Sobre as noções de especialidade e anormalidade do dano, consultar a nota de rodapé 269.

²⁹⁸ ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico*, vol. III, p. 618.

²⁹⁹ É disseminada a noção de que a lei e o regulamento, por serem, via de regra, abstratos, são *mediatos* em relação aos administrados e que, nessa medida, não poderiam causar gravame, por si, aos administrados (GONÇALVES PEREIRA, André. *Erro e ilegalidade do ato administrativo*, p. 82). Entretanto, não nos parece acertada esta colocação. Como ensina o professor Renato Alessi, mesmo geral e abstrata, uma norma jurídica, quando proíbe ou obriga um comportamento, atua de modo *imediato* em relação aos seus destinatários (*Principi di Diritto Amministrativo*, v. 1, p. 8). Também se atenta para esta questão a ilustre professora Weida Zancaner: “Cabe, neste passo, uma observação: o excessivo apego a rótulos não deve obnubilar o reconhecimento dos efeitos que deles podem advir, cortar cerce as efetivas garantias que a teoria dos atos administrativos visa a propiciar aos administrados – qual seja: o controle da legalidade da atuação administrativa –, pois sob o rótulo de ‘regulamento’ há comandos que ensejam, de imediato, o estabelecimento de relações jurídicas concretas, como há atos intra-estatais que podem atingir a esfera jurídica dos particulares de maneira imediata, isto é, sem qualquer ato intercalar” (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, pp. 30 e 31).

³⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 185.

³⁰¹ Sugere o professor Canotilho a ampliação da responsabilidade do Estado para posições jurídicas “menos perfeitas e menos juridicamente protegidas” que os direitos subjetivos, mas de

Como nos ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, na responsabilidade por ação do Estado, porque de natureza objetiva, a atenção deve se voltar para a *esfera juridicamente protegida* do indivíduo e não para o comportamento estatal ensejador do dano³⁰². O subprincípio da confiança legítima promove justamente a ampliação da esfera juridicamente protegida do indivíduo, nela incluindo a confiança legítima, cuja violação, se revestida das características da especialidade e anormalidade, dará nascimento a um *dano jurídico*, pressuposto da responsabilidade estatal.

Estes “danos à confiança” são muito comuns na atividade de fomento, através da qual se estimula ostensivamente os particulares à adoção de um comportamento, com vistas ao atendimento de uma finalidade pública.³⁰³

Insta observar que tal problemática foi tratada *ex professo* no Brasil pelo professor Almiro do Couto e Silva, não obstante sob o rótulo de “planejamento”³⁰⁴. Em realidade, os chamados “planos incitativos”³⁰⁵, sobre os quais este notável professor concentra suas reflexões, nada mais são do que o *exercício planejado da atividade de fomento*³⁰⁶.

consistência jurídica suficiente a justificar, em favor de seu titular, uma proteção ressarcitória (*O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, pp. 296 e 297).

³⁰² *Op. cit.*, p. 995.

³⁰³ A atividade de fomento se singulariza em virtude do *meio* que emprega para a satisfação de interesse públicos. Com efeito, as finalidades públicas não são atendidas diretamente e de modo coativo pela Administração Pública, senão que *mediata e indiretamente* pelos particulares, os quais aderem voluntariamente à consecução daqueles objetivos em vista de incentivos oferecidos pelo Estado (FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Terceiro setor*, pp. 23-27).

³⁰⁴ Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento, *Revista de Direito Público*, 63: 28-36; Problemas jurídicos do planejamento, *Revista de Direito Administrativo*, 170: 1-17.

³⁰⁵ O professor Almiro do Couto e Silva distingue três tipos de planos, em função da força vinculativa de que são dotados: *planos indicativos*, consistentes em dados, projeções e prognósticos oferecidos pelo Estado a fim de auxiliar os particulares no desempenho de certa atividade; *planos incitativos*, em que objetivos públicos são atingidos mediante a atuação dos particulares, os quais são estimulados a agir em função de vantagens oferecidas pelo Estado; *planos imperativos*, em que, diferentemente dos planos anteriores marcados pela facultatividade, os indivíduos são obrigados a uma determinada conduta, sob pena de sofrerem sanções (Problemas jurídicos do planejamento, *Revista de Direito Administrativo*, 170: 3 e 4).

³⁰⁶ O planejamento no Brasil tem sede constitucional, de que são demonstrações os artigos 21, IX e XVIII; art. 30, VIII; art. 43, § 1º, II; art. 48, II e IV; art. 49, IX; art. 58, § 2, VI; art. 74, I; art. 84, XI;

Com efeito, por meio do fomento, o Estado, nas palavras do professor Almiro do Couto e Silva, “incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança”³⁰⁷.

É dizer: ainda que o Estado suprima ou altere legitimamente a sua política de fomento, o que naturalmente só pode ser levado a cabo mediante lei³⁰⁸, assiste-lhe o dever de ressarcir os particulares que, fiados na orientação do Estado, foram levados a efetivar investimentos e despesas que, mercê da mudança, converteram-se em um prejuízo especial e anormal.³⁰⁹

2.2.2.6. “Coisa julgada administrativa”

A última manifestação do subprincípio da proteção à confiança do administrado liga-se à “coisa julgada administrativa”, à qual dedicaremos brevíssimos comentários, principiando pela controvertida denominação deste instituto.

Como é sabido, frente à jurisdição una vigente no Brasil, ao Judiciário é conferido o monopólio da decisão de litígios com a força de definitividade (=coisa julgada material). Todos os demais atos jurídicos, promanam eles de particulares ou dos órgãos administrativos e legislativos, submetem-se à revisão jurisdicional.

art. 165, § 4º; art. 166, § 1º, II e, finalmente, o art. 174, citado com grande freqüência e cujo *caput* está vazado nos seguintes termos: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e *planejamento*, sendo este *determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”.

³⁰⁷ Problemas jurídicos do planejamento, *Revista de Direito Administrativo*, 170: 16.

³⁰⁸ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís, *op. cit.*, p. 31; PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*, p. 525.

³⁰⁹ A este respeito, merecem lembrança dois preciosos pareceres da lavra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: Responsabilidade do Estado por intervenção na esfera econômica, *Revista de Direito Público*, 64: 75-83; Responsabilidade do Estado – Intervencionismo econômico – Administração “concertada”, *Revista de Direito Público*, 81: 109-116.

Daí já se divisa a crítica comumente endereçada à expressão “coisa julgada administrativa” no Direito brasileiro. A nenhum ato administrativo pode se pretender imprimir a qualidade da definitividade, visto que *exclusiva*, em nosso sistema constitucional, da sentença judicial.

Portanto, algo distinto da coisa julgada propriamente dita é a “coisa julgada administrativa”.

Para nós a “*coisa julgada administrativa*” é a *irretratabilidade de uma decisão tomada pela Administração Pública, de modo contencioso, e da qual não caibam mais recursos na esfera administrativa*³¹⁰.

Cuida-se de instituto que, a todas as luzes, visa a salvaguardar a confiança do administrado na conduta do Estado. Não é ocioso insistir no fato de que a Administração deve pautar sua atuação pelos corolários da lealdade e da boa-fé, não só evitando surpresas ao administrado, mas também protegendo a confiança que este deposita no exercício das competências públicas.

Com a “coisa julgada administrativa” interdita-se um comportamento contraditório da Administração em relação a atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados. Decidido o assunto em última instância administrativa, é defeso à Administração revogar o ato administrativo, assim como questioná-lo na esfera judicial.³¹¹

³¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 450; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 608.

³¹¹ A jurisprudência vem aplicando este instituto, conforme se verifica deste aresto relatado pelo Desembargador Massami Uyeda: “A Administração Pública ao exercer a competência material de julgar atos que a vinculam não deixa de atuar como parte e, como corolário do princípio de que não se pode ser juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão assim emanada, se favorável ao particular (no caso, o contribuinte) há de ser considerada irretratável pela própria Administração. Daí, portanto, dizer-se que a expressão coisa julgada, no direito administrativo não ter o mesmo sentido que no direito processual, significando, sim, a imutabilidade do ato assim revisto administrativamente. Este o alcance e o significado da assim chamada ‘coisa julgada’ administrativa, porquanto não podendo o ato assim julgado ser revogado, tornando-se irretratável pela própria Administração os efeitos assim preclusivos podem ser identificados como decorrentes da coisa julgada administrativa” (TJSP, Apelação nº 795.162-6, julgada em 24 de agosto de 1999).

Isto naturalmente não impede que terceiros atingidos pelo ato administrativo busquem sua correção judicial ou que se maneje, nas hipóteses legais, ação popular ou ação civil pública. Isto porque a “coisa julgada administrativa”, à moda da decadência, retira tão-somente a competência da Administração para prover, por si ou por meio do Judiciário, sobre um caso concreto já decidido administrativamente.

2.2.5. Prescrição e decadência

Findando nosso esforço de classificação das expressões do magno princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo, temos os institutos da prescrição e da decadência, os quais militam em favor da estabilidade das relações jurídicas através da eliminação do estado de potencial modificação que pesa sobre elas.

Segundo clássica lição, a prescrição vem a representar a *perda da ação que protege o direito*, ao passo que a decadência consiste na *perda do próprio direito*, tendo a unificar estes institutos o pressuposto donde deflagram, qual seja, *o transcurso do tempo qualificado pela conduta omissiva do titular do direito*. Naquele, perece a ação, e com ela, o direito; neste, perece o direito, e com ele, a ação³¹².

No âmbito do Direito Administrativo, tem-se, de um lado, as pretensões do administrado em face da Administração, na via administrativa e judicial, e, de outro, o exercício do dever-poder (função) da Administração, por si ou pela via judicial, em face do administrado.

³¹² CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, pp. 114 e 115.

Interessa-nos aqui um breve comentário sobre a eliminação da possibilidade de a própria Administração prover sobre dada situação, mais especificamente em matéria de competência invalidadora.

No magistério de Santi Romano, os poderes, entre os quais se coloca o característico poder de que se vale o Estado, denominado *função* – poder a serviço de um dever – são imprescritíveis. O que pode suceder é que *no caso concreto*, o titular do poder seja impedido de exercê-lo³¹³. Vale dizer: ceifa-se o *exercício in concreto do poder, que não é de ordem adjetiva, senão substantiva*. Donde concluir-se que em se tratando do exercício da função administrativa, ocorre *decadência* e não prescrição.

O mesmo Santi Romano põe cobro à questão em termos insuperáveis, os quais são merecedores de transcrição literal: “Una di queste figure è quella della decadenza, che determina l'impossibilità di esercitare un potere in casi singoli, quando si son lasciati trascorrere i termini prefissi per il suo esercizio, ma il potere rimane sempre integro e potrà sempre esercitarsi in tutti gli altri casi. L'avere disconosciuto il principio, su cui abbiamo insistito, che non si hanno tanti poteri quanti i casi in cui ciascuno di essi si fa valere, ma dei poteri costanti che rimangono sempre i medesimi attraverso tutti questi casi, ha impedito l'esatta configurazione della decadenza”.³¹⁴

Segue-se daí, logicamente, que, ocorrida a decadência, frente ao perecimento do próprio “direito” da Administração, também a esta se fecha a via jurisdicional.

Com efeito, a decadência é um dos obstáculos à invalidação dos atos administrativos, sem que, entretanto, dê lugar aos mesmos efeitos da estabilização.

³¹³ *Frammenti di un dizionario giuridico*, p. 201.

³¹⁴ *Op. cit.*, p. 201.

Nesse contexto, para que elucidemos os efeitos dimanados da decadência, é conveniente, uma vez mais, explicitar a fenomenologia da invalidação, distinguindo três categorias já conhecidas: a competência invalidadora, a invalidade e a invalidação. Em um esforço de síntese, podemos afirmar que *a invalidade é o pressuposto de fato que obriga o exercício da competência invalidadora, cujo produto é a invalidação (=ato administrativo invalidador).*

De conseguinte, a decadência, como alerta com inteira procedência Santi Romano, não elimina a competência, mas tão-somente interrompe a cópula entre o fato e a competência. No caso, interrompe o liame entre a invalidade e a competência invalidadora, impedindo, pois, a produção do ato invalidador. Em outras palavras, dá-se o fato previsto na regra de competência, mas *a decadência gera um dever de abstenção do agente público.*

Isto significa que a decadência impede a invalidação do ato viciado, mas não extirpa sua invalidade. Vale dizer, o sistema normativo passa a conviver com uma invalidade, em nome do princípio da segurança jurídica. Donde, já se prenuncia a conclusão: *a decadência, diferentemente da estabilização, não permite a constituição de direitos adquiridos, mercê da subsistência da invalidade do ato administrativo.* O que não impede, segundo pensamos, que um ato seja estabilizado mesmo depois da ocorrência da decadência. Todavia, em rigor, são dois fenômenos distintos, porque dotados de conseqüências jurídicas distintas.

O art. 54 da Lei Federal 9.784/99 consagra o prazo de cinco anos para se ultimar a invalidação dos atos administrativos ampliativos, contados da data em que foram praticados, se de boa-fé o administrado. Quanto aos restritivos, se inconvalidáveis, não cessa o dever de a Administração invalidá-los³¹⁵.

³¹⁵ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 71.

*Para os atos ampliativos em que haja má-fé do administrado a lei não estabeleceu prazo, o que não significa dizer, entretanto, que há, nestes casos, a eternização da competência para dispor sobre o ato. O princípio da segurança jurídica inadmite tal exegese. Por isso que haverá de ser buscada uma solução analógica e, em face do art. 205 do Código Civil, aplicar o prazo de dez anos em tais situações.*³¹⁶

³¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 1035.

À GUIA DE CONCLUSÃO

Ao cabo desse estudo – que pretende ser um *ponto de partida* para o aprofundamento do tema no Direito Brasileiro – poucas e breves considerações nos restam.

A primeira diz com a própria finalidade dessa investigação. Ao tentarmos *sistematizar* o conteúdo do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo, buscamos evidenciar todas as *virtualidades* desse princípio, de sorte a dar máxima proteção aos direitos dos administrados. A enunciação abstrata do princípio da segurança jurídica, algo cada vez mais corriqueiro, tem dado lugar ora a exageros, ora a mutilações indevidas, motivo pelo qual se impõe sua delimitação em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Portanto, assim o fazendo, dá-se a devida dimensão ao princípio da segurança jurídica, evitando-se, de um lado, a ofensa a outros princípios constitucionais e, de outro, o amesquinamento disfarçado de seu conteúdo.

Quanto à classificação que propomos do conteúdo do princípio da segurança jurídica, a exemplo de toda e qualquer classificação, é presidida por um juízo operativo e reflete uma dada realidade, em um dado tempo histórico. Logo, ela não infirma classificações anteriores, tampouco virão infirmá-la classificações posteriores. As classificações são mais ou menos úteis, nada mais. A divisão entre certeza e estabilidade parece-nos, tão-somente, que enseja a visão mais clara e abrangente do princípio da segurança jurídica, de acordo com o Direito Brasileiro *vigente*.

Por derradeiro, depois de todas essas colocações, dispensável se afigura encarecer a importância do princípio da segurança jurídica. Representa ele a *específica eticidade do Direito*, nas palavras de Lopez de Oñate, e é reconhecido, explícita ou implicitamente, por todos Estados Democráticos Contemporâneos.

Segundo se nos afigura, o que deve ser verdadeiramente destacado é a necessidade de *respeito integral* aos institutos que o realizam, em dado subsistema normativo.

Se não defendido energicamente o princípio da segurança jurídica, continuar-se-á a ter um *simulacro* de Estado de Direito, cujas leis, em vez de subsidiarem os parâmetros mínimos para que o homem possa orientar sua vida, agravam seu conatural estado de insegurança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffré, 1966.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZNARTE, Maria Teresa Díaz. *Teoria general de la sucesión de normas em el tiempo (Uma reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madri: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito adquirido e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 24:54-62.

_____. Direito adquirido proporcional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 36:18-23.

_____. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 23: 12-23.

_____. Direito adquirido e Direito Administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, 44: 5-17.

_____. A estabilidade dos atos administrativos, *Revista Trimestral de Direito Público*, 48: 77-83.

_____. Responsabilidade do Estado por intervenção na esfera econômica, *Revista de Direito Público*, 64: 75-83.

_____. Responsabilidade do Estado – Intervencionismo econômico – Administração “concertada”, *Revista de Direito Público*, 81: 109-116.

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

BARROS CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, *Questões controvertidas em matéria tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Curso de Direito Tributário*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I, 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado y 1988-1990. Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estado Socialistas del Este europeo*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Principi generale di diritto, Novíssimo Digesto Italiano*.

_____. *Teoria geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOQUERA OLIVER, Jose Maria. *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª ed. Madri: Civitas, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORDA, Guillermo. *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires: Perrot, 1951.

BLACKSTONE, William. *Commentaries of the laws of England*. Book the first.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. *Princípios fundamentais del Derecho Publico*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULYGIN, Eugenio; FARRELL, Martin D.; NINO, Carlos S.; RABOSI, Eduardo A. *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CAMMAROSANO, Márcio. Considerações sobre a proteção constitucional do direito adquirido, *Cadernos de soluções constitucionais*, 2: 274-284.

_____. Decaimento e extinção dos atos administrativos, *Revista de Direito Público*, 53-54: 161-172.

CAMPOS, Tomás Cano. *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. Madri: Civitas, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXIII: 405-494.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: RT, 1978.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, Joaquin. *La ignorancia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, 84: 46-63.

_____. Problemas jurídicos do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 170:1-17.

_____. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo Brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 217: 163-171.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprio atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do Direito no Direito Tributário. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *La derogación de las leyes*. Madri: Civitas, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed. Malheiros, 2002.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madri, 40:189-224.

_____. *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Madri: Civitas, 2000.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed. Madri: Civitas, 2004.

_____. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madri, 159:173-206.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. Madri: Civitas, 2005.

ENTRENA CUESTA, Rafael. Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública*, Madri, 33: 31-46.

ÉVEILLARD, Gweltaz. *Les dispositions transitoires en droit public français*. Paris: Dalloz, 2007.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões, *Revista de Direito Administrativo*, 231: 47-66.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. *Terceiro setor*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Civitas, 1990.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FORTSAKIS, Théodore. *Conceptualisme et empirisme en Droit Administratif Français*. LGDJ: Paris, 1987.

FRANK, Jerome. *Law an the modern mind*. Nova York: Anchor Books, 1963.

FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

GABBA, C. F. *Retroattività delle leggi*, 3ª ed. Torino: Unione Tipografico, 1891.

GARÍN, Beatriz Belando. *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*. Madri: Civitas, 2008.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia*. Madri: Aguilar, 1958.

GONÇALVES PEREIRA, André. *Erro e ilegalidade do ato administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: RT, 1977.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUTIERREZ, Monica Madariaga. *Derecho administrativo y seguridad jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria pura do Direito*, 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Madri: Civitas, 2001.

LASO, Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. Montevideo, 1974.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*, 4ª ed. Barcelona: Bosch, 1975.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Direito Intertemporal Brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1968

LONGO, Mario. *Certeza del diritto, Novissimo Digesto Italiano*, t. III.

MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MANRIQUE, Ricardo García. *El valor de la seguridad jurídica*. México: Fontamara, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2005.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MENGOZZI, Paolo. La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legítima: de un *case by case of interests* a un *two step analysis approach*, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 3: 1-14.

MENUDO, Francisco Lopez. *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*. Universidad de Sevilla, 1982.

MERKL, Adolf. *Teoria General del Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares, 2004.

_____. *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Milão: Giuffrè, 1987.

MILLAS, Jorge. *Filosofia del derecho*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1961.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda I, de 1969*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado*, tomo I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*, tomos IV e VI, 4ª ed. São Paulo: RT, 1974.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed. Madri: Tecnos, 2006.

OLGUÍN JUAREZ, Hugo. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1961.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OÑATE, Flavio Lopez. *Certeza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1968.

ORTEGA Y GASSET, José. *Que é filosofia?* Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1971.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed. Madri: Tecnos, 2005.

_____. *Seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

PÉREZ, Jesús González. *El principio de la buena-fe en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1983.

PETIT, Jacques. *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*. Paris: LGDJ, 2002

PRAT, Julio. *La Desviación de Poder*. Montevideú, 1957.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Vol. VI, 1946.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Colômbia: Fondo de Cultura Econômica, 1997.

RAMÓN REAL, Alberto. Los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, 19-20: 231-262.

RAMOS, ELIVAL DA SILVA. *A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANELLETTI, Oreste. *Teoria delle atti amministrativi speciali*, 7ª ed. Milão: Giuffré, 1945.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*, 3ª ed. México: Porrúa, 1952.

_____. *Tratado general de filosofía del derecho*, 18ª ed. México: Porrúa, 2006.

RIPERT, George. *Le Déclin du Droit*. Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUEZ, Federico. Seguridad jurídica y política social, *Revista de Administración Pública*, 6:213-219.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983.

_____. *Scritti minori*, vol. 2. Milão: Giuffré, 1950.

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, 2ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1951.

_____. *Le Droit Transitoire*, 2^a ed. Paris: Dalloz, 1960.

ROUSSEAU. *Du contrat social*. Paris: Aubier, 1943.

RUBIALES, Iñigo Sanz. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7: 91-122.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tércio. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*. In: SAMPAIO FERRAZ JR. Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.

SAINZ MORENO, Fernando. La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, *Revista de Administración Pública*, Madri, 89: 293-314.

_____. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1954

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOROKIN, Pitirim. *Achaques y manías de la sociología moderna y ciencias afines*. Madri: Aguilar, 1957.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Athenas: Librairie Sirey, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: RT, 1990.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. México: Porrúa, 1971.

VALEMBOIS, Anne- Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em Droit Français*. Paris: L.G.D.J, 2005.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Extinção dos contratos administrativos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. A atividade de fomento e a responsabilidade estatal. In: FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VERA, José Bermejo. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madri: Civitas, 2005.

VIEWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema do direito positivo*, 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Causalidade e relação no Direito*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. Fundamentos do Estado de Direito, *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 1. São Paulo: Axis Mundi e IBET, 2003.

VILLAR PALASÍ, José Luis. *Derecho Administrativo*, t. I. Madri: Universidad de Madri, 1968.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*, 3ª ed. Milão: Giuffré, 1968.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*, vol. 1, 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978.

YANNAKOPOULOS, Constantin. *La notion des droits acquis en Droit Administratif Français*. Paris: L.G.D.J., 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1998.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. In: MARTINS CARDOZO, José Eduardo; LOPES QUEIROZ, João Eduardo; BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria (org.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*, vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006.