

# O Direito Fundamental à Segurança Jurídica e o Controle dos Atos Administrativos pela Administração Pública: uma análise do tema de Repercussão Geral nº 839

Mirela Miró Ziliotto\*

Rafaella Brustolin\*\*

*Introdução. 1 A lógica da legalidade-juridicidade dos atos administrativos. 2 O princípio da segurança jurídica e os limites à invalidação de Atos Administrativos ilegais. 2.1 A segurança jurídica sob o viés do dever de proteção à confiança legítima. 2.2 A Lei n. 9.784/1999 e as consequências do princípio da segurança jurídica. 3 O posicionamento do STF ante a possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo. Conclusão.*

## Resumo

O presente estudo voltou-se à análise do princípio da segurança jurídica, especialmente no que tange à sua vertente do dever da proteção à confiança legítima depositada nos atos praticados pela Administração Pública. Assim, pelo método hipotético-dedutivo, buscou-se analisar especificamente a possibilidade de o princípio da segurança jurídica, previsto de forma implícita na Constituição da República de 1988, sobrepor-se ao princípio da legalidade, de normativa constitucional expressa, quando existentes limites ao exercício do poder de autotutela administrativa. A principal temática abordada decorre de posições recentes do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo, razão pela qual mostrou-se de extrema relevância a análise do tema de Repercussão Geral n. 839, reconhecida pela Excelsa Corte no Recurso Extraordinário n. 817.338/STF. Assim, após análise dos reflexos dos princípios da legalidade em sentido estrito, da legalidade sob o viés da juridicidade, da segurança jurídica, da boa-fé e do dever de proteção à confiança legítima na atuação administrativa, especialmente no exercício da autotutela, concluiu-se que não cabe ao intérprete da norma modificar seu conteúdo de modo a frustrar a confiança dos cidadãos depositada na legitimidade da atuação administrativa, devendo, ao contrário, primar pela eficiência da Administração Pública.

---

\* Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogada

\*\* Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogada

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Princípio da legalidade-juridicidade. Princípio da segurança jurídica. Anulação de atos administrativos inconstitucionais. Dever de proteção à confiança legítima do administrado.

*The Fundamental Right to Legal Certainty and the Control of Administrative Acts: an analysis of Federal Supreme Court's general repercussion theme n.º 839*

*Abstract*

*The study analyzed the principle of legal certainty, especially in its dimension of the duty to protect legitimate expectations placed in the acts practiced by the Public Administration. Therefore, the hypothetical-deductive method sought to analyze specifically the possibility of the principle of legal certainty, implicitly provided in the Constitution of 1988, overlaps the principle of legality, when found boundaries to the exercise of the power of administrative self-supervision. The main theme of this study stems from recent Federal Supreme Court positions on the possibility of annulment of unconstitutional administrative acts at any time, which is why the analysis of the topic of general repercussion n. 839 has been extremely relevant, recognized by the Court in Extraordinary Appeal n. 817.338/STF. Thus, after analyzing the impacts of the principles of the legality in a strict sense, the principle of juridical security, good faith and duty of protection of legitimate expectations in the administrative action, especially in the exercise of self-supervision, it was concluded that the interpreter of the norm must not modify its content in order to frustrate the confidence of the citizens placed in the legitimacy of the administrative action, and, on the contrast, must search for the efficiency of the Public Administration in every aspect of it.*

**Keywords:** *Democratic State of Law. Principle of Legality-Juridicity. Principle of Legal Certainty. Annulment of Unconstitutional Administrative Acts. Duty to Protect the Legitimate Expectations of the Administrated.*

## Introdução

O presente estudo tem por objeto a análise dos principais contornos dogmáticos do direito fundamental à segurança jurídica, na sua vertente de proteção à confiança legítima. Para o alcance desse objetivo, a partir do método hipotético-dedutivo, buscou-se conceituar princípios constitucionais e debater questões polêmicas, além de exaltar a possibilidade de o princípio da segurança jurídica sobrepor-se ao da legalidade quando existentes limites ao exercício do poder de autotutela.

A questão central do estudo decorre de posições recentes do Supremo Tribunal Federal em que se tem defendido a possibilidade de anular atos inconstitucionais a qualquer tempo. Assim, o que se pretende analisar é se tal faculdade ofende ou não o princípio da segurança jurídica, diante do enfraquecimento do dever de proteção à confiança legítima em tais casos.

O tema é especialmente importante uma vez que o Pretório Excelso está na iminência de julgar o tema de Repercussão Geral nº 839 em que se discute exatamente a “possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/1999”.

Nesse passo, diante da dimensão do tema, em um primeiro momento pretendeu-se compreender o princípio da legalidade administrativa à luz do Estado Democrático de Direito, tratando-se da lógica da necessária atuação conforme a Lei e o Direito. Em seguida, o estudo voltou-se

estritamente à análise do princípio da segurança jurídica em sua vertente subjetiva, conceituando os institutos que dela são inafastáveis. Na sequência, conciliando os temas abordados, analisou-se a jurisprudência acerca do tema, especialmente a decisão que culminou no incidente de Repercussão Geral nº 839 no RE 817.338/STF, com o fito de avaliar se o posicionamento que vem sendo adotado pela Excelsa Corte viola o dever de proteção à confiança legítima.

Ao final, foram apresentadas as conclusões, procurando-se demonstrar a absoluta necessidade da observância ao dever de proteção à confiança legítima, levando-se em conta, principalmente, a jovem democracia brasileira e o atual cenário de desconfiança generalizada que toma conta do país.

## I A lógica da legalidade-juridicidade dos atos administrativos

O princípio da legalidade constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito e informa as atividades da Administração Pública, tratando-se da submissão da Administração à lei que objetiva o poder, de forma que o que prevalece em um ato administrativo é a obediência à lei e não a vontade instável da autoridade. (MELLO, 2009, p. 969)

Neste sentido, parte dos doutrinadores do Direito Administrativo admitem a existência de dois princípios da legalidade, um dito privado e outro público. O primeiro, também denominado princípio de reserva de lei, está consagrado no inciso II do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, aos particulares seria permitido fazer tudo aquilo que a lei não proibisse (MELLO, 2009, p. 968).

Por sua vez, a segunda acepção do princípio da legalidade está estatuída no *caput* do art. 37 da Lei Maior e implica, tradicionalmente, a vinculação positiva da Administração Pública à lei formal. Isso cria a ideia de que o administrador somente poderá agir se e quando a lei autorizasse sua atuação específica.

Consoante ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 104), o princípio da legalidade seria “a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares às leis”. Nessa linha, e, portanto, no chamado sentido estrito do referido princípio, os administradores estão adstritos aos comandos normativos que as leis determinam. Devem apenas “obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”, enquanto “dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo”.

Em igual sentido, Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 3-5) afirma que “administrar é aplicar a lei de ofício” e que “o procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei”. Conforme o jurista, além de a lei constituir fonte da atuação administrativa, ela também deve ser obedecida como limite, de forma que qualquer medida do Poder Administrativo que não seja autorizada especificamente pelo direito positivado será considerada antijurídica.

Tal concepção do princípio da legalidade, portanto, vincula a atividade administrativa apenas à legislação ordinária, desconsiderando por completo a força da Constituição (FISCHGOLD, 2014, p. 102). Essa visão é problemática e extremada, podendo justificar práticas autoritárias e antidemocráticas. Segundo Diaz (1972, p. 35),

[...] por vezes, arrancando-a completamente do contexto, tem-se pretendido aproveitar de maneira interessada o prestígio da fórmula império da lei fazendo-a valer apenas para a conservação inamovível e para a defesa a todo o custo de uma ordem e de uma legalidade autoritária, de uma legalidade que nada tem de democrática, onde a lei é ditada sem qualquer participação popular e onde se esquecem as restantes exigências do Estado de Direito.

Desse modo, no cenário fático atual, verifica-se a necessidade de desconstrução do instituto tradicional da legalidade estrita e sua conseqüente substituição por um paradigma que solucione satisfatoriamente complexos problemas sociais, sem desrespeitar a máxima democrática instaurada no país com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Diante disso, foram desenvolvidas diversas teses acerca da constitucionalização do Direito Administrativo e da normatividade dos princípios e valores constitucionais, com o escopo de comprovar a possibilidade de assunção de um novo paradigma administrativo. O princípio da juridicidade constituirá, em síntese, a resposta para o problema da crise da lei formal e da legalidade estrita, uma vez que a validade dos atos da Administração Pública poderá encontrar fundamento direto na Constituição e deverá estar calcada numa interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio (MOREIRA, 2010, p. 75). Significa dizer que, uma vez que as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica em relação às demais normas legislativas, não se pode admitir que a atividade do gestor público se vincule mecanicamente à lei, independentemente da compatibilidade ou não desta com os ditames da Carta Magna (FISHGOLD, 2014, p. 108).

Como averbera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 43), a partir da Constituição Federal de 1988, como corolário do Estado Social e Democrático de Direito aí inaugurado, toda atividade estatal está submetida à lei e ao Direito, de modo que

[...] a lei, no Estado de Direito, tem sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (ressalvadas algumas hipóteses excepcionais previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e das medidas provisórias) e sentido também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais.

Destarte, pode-se afirmar que a exata compreensão do princípio da legalidade a que, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, está jungida a Administração Pública, é no sentido de que a atuação administrativa deve aplicar a lei e exercer a discricionariedade com vistas à efetivação dos princípios e valores constitucionais. Afirmando essa percepção, Odete Medauar (2001, p. 145) esclarece que

A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza do art. 1º, *caput* da Constituição; e ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.

Assim, no contexto do constitucionalismo, a Constituição tornou-se a nova expressão de justiça e de soberania popular. Além disso, os princípios dela emanados são aptos a preencher as lacunas interpretativas deixadas pela lei, de maneira que “a Constituição passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”

(BINENBOJM, 2014, p. 147). Frisa-se, por conseguinte, que não apenas as regras, mas também os princípios constitucionais podem servir de base para a atuação dos agentes públicos.

Desse modo, não há como negar à Administração a faculdade de aplicar os fundamentos constitucionais na ausência de lei específica que regulamente determinada matéria, exatamente porque o processo legislativo é incapaz de acompanhar a velocidade das transformações sociais. O mesmo raciocínio deve ser empreendido no caso de a legislação ordinária se revelar manifestamente inconstitucional.

Sublinha-se que a utilização da Constituição – suas regras e seus princípios – para legitimar a conduta administrativa não impede que haja o cumprimento da lei formal. Aquilo que o legislador lograr êxito em regulamentar, de forma absolutamente harmônica com os ditames constitucionais, deve ser seguido pelo administrador público. Além dos fundamentos constitucionais e legais, a Administração também deve ser autorizada a seguir e a aplicar os diferentes graus e distintos tipos de normas, como os regulamentos gerais, os regulamentos setoriais e os regulamentos presidenciais. Desde que respeitada a hierarquia normativa, onde o vértice é necessariamente a Constituição Federal, todas as formas de princípios e de regras do ordenamento jurídico devem ser observadas para que possam ser estabelecidas diretrizes justas e democráticas para o funcionamento da Administração.

Tendo isso em vista, conclui-se que os princípios e as regras constitucionais passam a incluir o leque de alternativas de respaldo da conduta administrativa, que já era integrado pela legislação positiva.

De acordo com Gustavo Binbenbojm (2014, p. 183), isso significa que a atividade da Administração Pública deverá realizar-se: i) com fundamento direto na Constituição, independentemente da existência de lei; ii) segundo a lei, quando esta for constitucional; ou, eventualmente, iii) em consonância com o ordenamento como um todo, ainda que contra a lei, mediante ponderações entre princípios como proporcionalidade, moralidade, proteção à confiança legítima e boa-fé.

O novo paradigma jurídico substitui o princípio da legalidade estrita e “traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição”. A submissão do aplicador do Direito Administrativo se dá, portanto, em relação a um “bloco de legalidade”, que Merkl denominou “princípio da juridicidade administrativa” (apud BINENBOJM, 2014, p. 147).

Corroborando a tese da plausibilidade e da viabilidade da juridicidade administrativa a pretensão de proteção à segurança jurídica encampada naquele princípio (BINENBOJM, 2014, p. 183). A concepção positivista de lei anuncia a sua intenção de conferir estabilidade e segurança às relações jurídicas, por meio da previsão das medidas a serem adotadas em cada caso específico. Esse viés do princípio da juridicidade será analisado a seguir.

## **2 O princípio da segurança jurídica e os limites à invalidação de atos administrativos ilegais**

Conforme já mencionado, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, uma nova ordem constitucional foi instaurada no país: o Estado Democrático de Direito. Este, possuindo como um de seus principais alicerces o respeito aos direitos e às garantias fundamentais, passou a dar diferente significado à atuação estatal, que, além da subordinação dos poderes públicos às leis, passou a exigir atenção aos princípios constitucionalmente reconhecidos e, de modo tal, invioláveis.

Nessa lógica, um Estado intitulado Democrático de Direito não guarda mais espaço para o arbítrio, tampouco para o cumprimento cego de toda e qualquer lei, sendo indispensável uma atuação do Poder Público subordinada à integridade dos preceitos constitucionais (MOREIRA, 2010, p. 75). Diante disso é que Juarez Freitas assevera que “o princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais”. De modo tal que “pensar o Direito Administrativo como mero conjunto de regras legais” é “subestimar de forma ruinosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo” (FREITAS, 2013, p. 60).

No contexto desse novo panorama jurídico, um princípio que merece especial atenção dos operadores do Direito é o princípio da Segurança Jurídica, que decorre da própria essência do Direito, de forma que faz parte do sistema constitucional como um todo (MELLO, 2013, p. 126). Não sem razão é que o princípio da Segurança Jurídica é erigido à categoria de princípio constitucional inafastável por José Joaquim Gomes Canotilho (2005, p. 257).

Corroborando a tese da inafastabilidade da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 12-13) conceitua esse princípio “como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. Em igual sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra relevante importância do princípio nas relações Estado-indivíduo, afirmando a segurança jurídica coincidir com uma das aspirações mais profundas do homem, cuja busca é permanente: a segurança em si mesma, a certeza em relação aquilo que o cerca (2013, p. 179).

Indo ao encontro dos referidos posicionamentos, Juarez Freitas assevera que sem estabilidade não há justiça, tampouco previsibilidade mínima das decisões administrativas, pois, sem ela, o primado dos direitos fundamentais não acontece, por falta de laços de coesão, permanência e respeitabilidade mútua (FREITAS, 2013, p. 84-85).

Diante dos contornos dogmáticos explanados, a segurança jurídica mostra-se deveras importante nas relações jurídicas entre Estado e indivíduo, especialmente no tocante ao dever de proteção da confiança dos administrados, razão pela qual faz-se imprescindível a análise da segurança jurídica sob o viés da proteção à confiança legítima.

## 2.1 A segurança jurídica sob o viés do dever de proteção à confiança legítima

Um dos principais responsáveis pela inserção do tema no Brasil foi o professor Almiro do Couto e Silva, para quem o princípio da segurança jurídica possui duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra subjetiva.

No que tange à sua natureza objetiva, o jurista assevera ser “aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”. Já a natureza subjetiva «concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (2005, p. 3-4).

A segurança jurídica em sua vertente subjetiva possui tal importância que alguns doutrinadores admitem até mesmo a existência de dois princípios autônomos: um princípio da segurança jurídica e um princípio da proteção à confiança legítima. De fato, muito embora ambos estejam estritamente relacionados, não se pode negar a dimensão basilar da proteção à confiança legítima em um Estado Democrático de Direito. Esse é justamente o posicionamento lastreado pelo professor Celso



Antônio Bandeira de Mello, para quem “o princípio da segurança jurídica, tanto como o da lealdade e boa-fé, ou o da proteção à confiança legítima, são da própria essência do Direito, sobretudo no Estado Democrático de Direito sua vigência é irrefragável” (2009, p. 179).

A proteção à confiança legítima surge da lógica da previsibilidade das relações jurídicas entre os administrados e a Administração Pública, de modo tal que, em havendo uma situação jurídica consolidada, surge um dever de proteção à confiança daqueles. É dizer, há necessidade de previsibilidade para que se evite a incidência de incertezas jurídicas nas relações administrativas.

Referida acepção decorre da noção de que os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao discorrer sobre o assunto, descreve a presunção de legitimidade como um princípio que apresenta duas feições: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro, a presunção da legalidade, pois se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes (2017, p. 100).

De outro lado, Romeu Felipe Bacellar Filho assinala que a necessidade de um mínimo respeito à previsibilidade decorre de outro princípio, o da moralidade, expressamente disciplinado no *caput* do art. 37 da Constituição da República. Para o jurista, a partir da previsibilidade, o cidadão tem a certeza de um direito, o que “representa (...) uma visão confiante e antecipada do acolhimento do seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos, mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico pátrio” (2010, p. 297-298).

Por sua vez, Karl Larenz (2001, p. 91) destaca que o surgimento desse dever de proteção à confiança dos administrados é inspirado e resguardado pelo próprio ordenamento jurídico, na medida em que protege a confiança suscitada em detrimento do comportamento do outro, sendo a confiança condição fundamental para uma convivência coletiva pacífica, e por conseguinte, de paz jurídica.

Em face da dogmática externada, cumpre registrar que o dever de proteção à confiança dos administrados torna legítima a imposição de limites ao Estado, especialmente no que tange à sua liberdade de modificar atos ampliativos de direitos. Conforme apregoa Almiro do Couto e Silva (2005, p. 5, 18-19), o fundamento para manutenção de um ato administrativo inválido se dá em razão da situação de fato constituída, que persiste ao longo do tempo, ainda que consumada ilegalidade, gerando “para os destinatários do ato administrativo direito a permanecerem no gozo das vantagens ilegítimamente outorgadas”.

Diante disso, denota-se que os limites à atuação do Estado não são arbitrários, vez que decorrem da própria noção de sistema jurídico, da própria lógica da ponderação entre princípios constitucionais e da própria interpretação da legislação infraconstitucional, onde há previsão expressa do princípio da segurança jurídica. Importante, portanto, destacar as consequências advindas do exercício do poder de autotutela pela Administração Pública, analisando-se quais os limites impostos pelo Princípio da Segurança Jurídica, sob o viés da proteção à confiança legítima, à declaração de nulidade de atos administrativos, considerando as disposições do ordenamento pátrio.

## 2.2 A Lei nº 9.784/1999 e as consequências do princípio da segurança jurídica

Muito embora não exista disposição explícita do princípio da segurança jurídica na Constituição da República de 1988, o legislador infraconstitucional disciplinou expressamente a sua necessária observância no art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 9.784/1999, consolidando de vez por todas o conteúdo imperativo da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso, arrimado na própria consolidação do princípio da segurança jurídica, o legislador estabeleceu barreiras ao dever de a Administração Pública anular seus próprios atos, conforme se depreende do art. 4 da Lei Federal nº 9.784/1999. Nesse contexto, toda vez que o administrador se depara com atos eivados de vícios, é mister que o dever de anulá-los (dever de autotutela) “não esteja obstaculizado por barreiras que o paralise e o transmute em um dever de abster-se” (ZANCANER, 2001, p. 62).

Referidas barreiras ao exercício da autotutela administrativa refletem em diversos aspectos do ato administrativo, entre os quais: (i) na sua **natureza**; (ii) na **boa-fé** inerente à sua realização; (iii) na possibilidade de sua **convalidação**; e (iv) no **transcurso do tempo** desde a sua realização.

- i) Quanto à natureza do ato administrativo, destaca-se que o administrador público deve examinar se o ato que se pretende anular é ampliativo ou restritivo de direitos, de modo que somente na iminência de atos de natureza ampliativa é que a Administração Pública se depara com a primeira barreira ao exercício do direito de anular seus próprios atos. Bruno Aurélio, nesse sentido, conceitua ato ampliativo de direitos como aquele que “por seu conteúdo favorável ou vantajoso ao administrado, tenha por finalidade imediata ampliar a esfera jurídica do destinatário específico (...)” (AURÉLIO, 2011, p. 47). Tal limitação, contudo, precisa ser conjugada a outras barreiras para funcionar como verdadeiro limite ao poder de autotutela.
- ii) Quanto à necessária existência de boa-fé na prática de atos administrativos irregulares, destaca-se a existência de divergência doutrinária quanto à titularidade da boa-fé imposta na expertise do art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o artigo em referência trata da hipótese em que deve o destinatário do ato ampliativo de direitos estar de boa-fé, uma vez que o que se busca é justamente a ausência de premiação àquele que conhecia de antemão a ilegalidade do ato (2009, p. 100). De outro bordo, Juarez Freitas apregoa que o dispositivo em comento trata da má-fé em seu aspecto geral, isto é, seja do administrado, seja do administrador, separadamente ou conjuntas, vez que a restrição da imposição da boa-fé a um ou outro importaria mácula ao princípio da moralidade jurídica (2002, p. 44).

Sem buscar filiação a uma ou outra corrente, é importante destacar a verdadeira importância da boa-fé externada pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 12-13):

A proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa autovinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

Assim, a boa-fé deve ser analisada a partir da própria confiança depositada pelo destinatário de que o ato tenha sido realizado em conformidade à Lei e ao Direito, garantindo-se que aquele não tenha concorrido para a invalidade do ato. Nessa seara, se a análise da boa-fé for positiva-afirmativa, isto é, se o ato irregular estiver de fato envolto na boa-fé, trata-se de mais uma barreira imposta à Administração Pública.

A boa-fé do administrado conjugada à existência de um ato ampliativo de direitos, entretanto, ainda não é suficiente para afastar o dever de a Administração Pública anular seus próprios atos, eis que, antes, surge outro dever, o de avaliar a possibilidade de sua convalidação (ZANCANER, 2001).



- iii) Quanto à possibilidade de convalidação dos atos administrativos, conforme disciplina o art. 55 da Lei Federal nº 9.784/1999, o dever de convalidar decorre de situações em que os atos administrativos não implicam lesão ao interesse público ou prejuízos a terceiros. Assim, sendo os defeitos sanáveis, não há por que anulá-los, sendo dever – e não poder – da Administração Pública convalidá-los.
- iv) Contudo, quando o defeito vislumbrado no ato não for sanável, tornando impossível sua convalidação, há que se analisar o transcurso do tempo desde a realização do ato. Desse modo, se houver transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, somente nesses casos, haverá possibilidade de estabilização dos efeitos do ato viciado, pelo que a Administração Pública não poderá declarar sua nulidade, mantendo-se seus efeitos em razão, especialmente, do dever de proteção à confiança legítima (BACELLAR FILHO, 2010, p. 305).

O elemento essencial para a confirmação da decadência da autotutela administrativa, portanto, é o **transcurso do tempo**. Nesse sentido, Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari destacam que:

[...] o interesse público e a paz social determinam que, transcorrido certo tempo, ditado em obediência ao princípio da razoabilidade, se tenha por imutável o ato. (...) É dizer, o fluxo do tempo, com ressalvas a serem lançadas mais adiante, tem um efeito saneador, só por si, do ato originalmente ilegal, sem necessidade de declaração expressa nesse sentido. (2007, p. 250)

Entretanto, ainda que considerem o **tempo** elemento essencial para imposição de limites à autotutela, parte da doutrina (COUTO e SILVA, 2005, p. 43) defende a inaplicabilidade do prazo decadencial aos atos nulos, tal como expressado no posicionamento de Juarez Freitas, para quem “se a nulidade for gravíssima, absoluta e intransponível, então o vício será essencial e insanável, não se deixando jamais convalidar pela ação do tempo, nem havendo o menor sentido (...) em falar de prazo decadencial para a decretação da nulidade” (2000, p. 39). A Excelsa Corte, por sua vez, tem se posicionado pela não aplicabilidade do prazo decadencial aos atos cuja nulidade decorra de vícios de constitucionalidade, mesmo nos casos em que não seja um vício grosseiro (como no caso dos atos nulos). Inclusive, o plenário está na iminência de julgar definitivamente a questão, tendo em vista o tema de Repercussão Geral nº 839, reconhecido no Recurso Extraordinário nº 817.338/STF, que será analisado na sequência.

Consideradas as barreiras capazes de implicar limites ao exercício da autotutela administrativa, e, em que pese existam divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, vislumbra-se que o princípio da segurança jurídica e o instituto da decadência, na forma pela qual estão expressamente dispostos nos arts. 2º e 54 da Lei Federal nº 9.784/1999, são elementos deveras importantes à concretização da limitação ao exercício da autotutela administrativa. Restando claro que o legislador federal, sopesando os preceitos da legalidade e da segurança jurídica, optou como **termo final** para incidência do princípio da legalidade e **termo inicial** para a incidência do princípio da segurança jurídica a transcurso do quinquênio.

Nesse contexto, a Administração Pública, arrimada no princípio da legalidade, **antes do transcurso do prazo de cinco anos**, poderá anular ou convalidar atos administrativos eivados de vícios. Entretanto, **após o decurso do prazo decadencial**, em observância ao princípio da segurança jurídica, não mais poderá exercer seu direito de autotutela, restando os atos estáveis, ainda que eivados de ilegalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 43). Nesse sentido, de acordo com o raciocínio lógico e interpretativo da norma expressa e resumindo o até agora explanado, o dever de a Administração Pública rever seus atos somente será limitado pelo dever de proteção à confiança legítima, quando o ato eivado de vícios for **ampliativo de direitos**, o **destinatário**

**estiver de boa-fé, não for possível sua convalidação e já houver decorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos.**

A lógica aqui explanada tem – e por muito tempo teve – respaldo na doutrina e jurisprudência pátrias. Contudo, nos casos em que vislumbrados vícios de constitucionalidade nos atos administrativos, tem-se invertido essa lógica. Assim, especialmente o Supremo Tribunal Federal, primando pelo princípio da legalidade, tem se posicionado no sentido de que atos administrativos inconstitucionais não estão sujeitos à limitação temporal que estabelece o art. 54 da Lei Federal n. 9.784/1999, podendo ser anulados a qualquer tempo.

### **3 O posicionamento do STF ante a possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo**

O Supremo Tribunal Federal, conforme explanado acima, vem modificando seu entendimento quanto à anulação de atos inconstitucionais a qualquer tempo, de modo tal que, reconhecendo a existência de densidade constitucional do tema, de sua extrema relevância aos cidadãos e da quantidade de processos em trâmite na Excelsa Corte, reconheceu a incidência de repercussão geral da matéria, sob o tema de número 839, no Recurso Extraordinário nº 817.338/STF.

É tamanha a importância do julgamento do presente tema que, tão logo seja realizado, grandes mudanças poderão ocorrer e novos rumos poderá tomar o princípio da segurança jurídica na sua vertente do dever de proteção à confiança legítima, pelo que se faz mister a análise da possível violação a esse dever e ao próprio Estado Democrático de Direito

Antes de adentrar à análise propriamente dita da possível afronta ao dever de proteção à confiança legítima, é importante destacar o posicionamento doutrinário trazido por Almiro do Couto e Silva quanto à distinção entre atos nulos e anuláveis, e, em seguida, expor, ainda que brevemente, os principais contornos da Teoria dos Princípios, estruturada por Robert Alexy.

Couto e Silva incorporou da teoria europeia das invalidades de atos administrativos algumas acepções acerca dos conceitos de atos nulos e anuláveis, que cabem desde logo ser analisadas.

Para o jurista, são pouquíssimas as incidências práticas de atos que carregam vícios gravíssimos, grosseiros, manifestos e evidentes – atos nulos por excelência e que não estão sujeitos ao instituto da decadência, independentemente da hierarquia da norma violada (2005, p. 34). De outro bordo, ao se referir aos atos administrativos que carregam tanto vícios de legalidade quanto de constitucionalidade menos graves, leciona que os mesmos podem ser anulados, mas não a qualquer tempo, eis que sujeitos às regras da decadência (2005, p. 35).

Diante desse contexto, a possibilidade de anulação de atos a qualquer tempo cinge-se tão somente aos atos nulos, independentemente da hierarquia das normas violadas – se legal ou constitucional. Nessa lógica, não há motivo para anulação de ato inconstitucional quando o vício não for grave. Se o ato for anulável e houver incidido no caso concreto às limitações ao poder de autotutela, deve prevalecer a segurança jurídica e a proteção à confiança do administrado, garantindo-se a estabilidade do ato administrativo ainda que eivado de vícios.

Seguindo a análise para a Teoria dos Princípios, estruturada por Alexy, Virgílio Afonso da Silva, parafraseando o jurista alemão, afirma que a principal distinção entre regras e princípios decorre da natureza dos direitos que essas normas garantem. As **regras** são normas jurídicas que garantem direitos definitivos, enquanto os **princípios** são normas jurídicas que garantem direitos *prima facie*. Dessa forma, quando um direito é garantido por uma regra, havendo a subsunção do fato à norma, esse direito deve ser realizado totalmente. De outro lado, quando o direito é garantido por um

princípio, há um mandamento de otimização, de modo que deve ser realizado na maior medida possível, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (2006, p. 26-28).

No contexto da Teoria dos Princípios, estruturada por Robert Alexy, impende destacar que o art. 54 da Lei de Processo Administrativo Federal nº 9.784/1999 possui natureza de **regra**. Nessa lógica, em havendo subsunção dos fatos à norma, o mandamento deve ser realizado em sua integralidade, assistindo razão ao intérprete tão somente quanto à verificação da existência concreta dos pressupostos do suporte fático da norma (COUTO E SILVA, 2005, p. 44).

O fundamentado para o surgimento e consagração da regra do art. 54 da Lei Federal nº 9.784/1999 reside justamente na garantia da estabilidade de atos favoráveis, que ampliam direitos dos cidadãos, uma vez que estes confiam na legitimidade da atuação administrativa, devendo ser resguardado um mínimo de previsibilidade. Nesse sentido é o que leciona Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem o ato administrativo que outorga direitos ao cidadão não pode ficar desprotegido diante do poder-dever da Administração Pública de anular os atos maculados por vícios em sua formação. É necessário, em tais situações, observar as circunstâncias que peculiarizam o caso concreto antes de se tomar qualquer decisão no sentido de anular o ato administrativo (2010, p. 304).

Em harmonia ao entendimento ora destacado, Juarez Freitas alerta que a instabilidade é má conselheira, sendo geradora de relações perigosas entre a Administração Pública e seus administrados, por isso, não são raras as vezes em que se deve optar pela prevalência da segurança jurídica, uma vez que esta tende a beneficiar a coletividade e a probidade das relações que envolvem a atuação administrativa (2013, p. 85).

Diante do panorama abordado, é perfeitamente possível que atos inconstitucionais se tornem estáveis após o lapso temporal de cinco anos, quando ampliativos de direitos e envoltos na boa-fé, tendo em vista não ser a hierarquia da norma o supedâneo para sujeição ou não da Administração Pública às regras da decadência.

## Conclusão

O princípio da segurança jurídica, tanto como o da lealdade e boa-fé, ou o da proteção à confiança legítima constituem a própria essência do Direito, e sua vigência em um Estado Democrático é irrefutável.

A proteção à confiança legítima surge da lógica da previsibilidade das relações jurídicas entre os administrados e a Administração Pública, de modo tal que, em havendo uma situação jurídica consolidada, surge um dever de proteção à confiança daqueles. A previsibilidade evita a incidência de incertezas jurídicas nas relações administrativas e tende a beneficiar toda a coletividade, tornando-se extremamente necessária em uma sociedade como a brasileira, atualmente imersa em ambiente de insegurança política, jurídica e administrativa.

A anulação de atos administrativos, portanto, ainda que inconstitucionais, não deve ser automática, pelo que é perfeitamente possível que atos inconstitucionais se tornem estáveis após o lapso temporal de cinco anos, quando ampliativos de direitos e envoltos em boa-fé. O próprio legislador infraconstitucional, nesses termos, fazendo-se valer de atribuição decorrente da própria Constituição de 1988, disciplinou expressamente a hipótese de decadência do poder de autotutela da Administração quando alcançado o lapso temporal de cinco anos, realizando sopesamento prévio entre segurança jurídica e legalidade.

Diante disso, facultar à Administração Pública a anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo, apenas pela condição hierárquica do vício, e não em razão

de sua natureza (gravíssimos ou não gravíssimos), implica verdadeira frustração à confiança dos cidadãos depositada na legitimidade da atuação administrativa, consentindo o intérprete com a incidência de incertezas jurídicas.

## Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AURÉLIO, Bruno. **Atos Administrativos Ampliativos de Direitos: revogação e invalidação**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40. p. 291-313, abr./jun. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais. **Democracia e Constitucionalização**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU de 1.2.1999 e retificado em 11.3.1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> Acesso em: 5 de maio de 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, no. 2, abril/maio/junho, 2005, p. 5, 18-19. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAZ, Elias. **Estado de Direito e Sociedade Democrática**. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El Interes Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binbenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia**: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FREITAS, Juarez. O prazo de anulação dos atos administrativos e o significado do art. 54 da Lei nº 9784/99. **Revista de Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**, v. 4, n. 1, p. 35-40, abril. 2000. p. 39.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução e apresentação de Luiz Díez-Picazo. Madri: Civitas, 2001, p. 91.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MERKL *apud* BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. 4 (2006): 23-51.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março, abril, maio, 2010. p. 12-13. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.