

Valter Araujo: Segurança jurídica diante de atos administrativos



O que fazer com um ato administrativo inválido?

A ilegalidade é, de fato, algo indesejado em todo e qualquer Estado de Direito. Um Estado que prestigie o errado, que vulgarize o inválido e que tolere, exageradamente e sem qualquer parcimônia, aquilo que está em conflito com as regras e princípios do ordenamento não subsistirá enquanto Estado de Direito. Um Estado que renuncia completamente ao princípio da legalidade abandona a sua condição de Estado de Direito. Por outro lado, a Constituição da República não valoriza, apenas, a legalidade. O princípio da segurança jurídica, bem como o da proteção da confiança, enquanto sua dimensão subjetiva, também precisam ser reconhecidos e o caso concreto é o que melhor dirá sobre qual solução deve ser adotada. O amortecimento da mudança e a permanência do ordenamento são valores a serem preservados quando se está diante de um ato ilegal.[1] A experiência demonstra que o Direito precisa saber conviver com atos ilegais e que nem sempre a manutenção dos seus efeitos originará insegurança jurídica. Hoje já se estuda o direito ao erro do administrador.[2] As medidas a serem adotadas são as mais diversas e passaremos a comentá-las a seguir.

Anulação com efeitos *ex tunc*

Em grande parte dos casos em que o administrador se depara com uma ilegalidade, a providência a ser tomada será a da anulação com efeitos *ex tunc*, de modo que o ato não possa ter os seus efeitos pretéritos mantidos. Diante da possibilidade de desfazimento de todos os efeitos do ato ilegal, e na ausência um enorme sacrifício para as partes afetadas, esta será a medida que trará mais benefícios para a manutenção do Estado de Direito.

Anulação com efeitos *ex nunc*

Há casos, e não são poucos, em que o desfazimento dos efeitos pretéritos do ato ilegal é algo impensável. Seja porque a situação se tornou irreversível, seja porque a atribuição de efeitos pretéritos à invalidação originaria uma situação indesejada, por ser excessivamente injusta.

A título de ilustração, podemos considerar uma fábrica que realizou uma obra de grande porte cumprindo determinações contidas em atos administrativos posteriormente considerados ilegais. Uma vez concluída a obra, a empresa não pode ser obrigada a desfazer tudo o que construiu de boa-fé com fundamento na ilegalidade. Neste exemplo, o desfazimento do ato apenas deverá produzir efeitos futuros



e permitir a manutenção daquilo que pertence ao passado e que já produziu efeitos irreversíveis.

A anulação com efeitos *ex nunc* é muito frequente em situações em que o servidor público percebe de boa-fé uma quantia ilegal em razão de um erro escusável de interpretação. De tão comum que se tornou a situação, o Tribunal de Contas da União editou sua Súmula 249, que dispensa a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé.

Assim, a presença da boa-fé do destinatário do ato administrativo ilegal aliada a impossibilidade de desconstituição dos efeitos pretéritos do ato ilegal são fatores que legitimam, em situações específicas, a anulação com efeitos *ex nunc*.

Modulação temporal dos efeitos da invalidação

Além de produzir efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, a anulação também pode, por razões de segurança jurídica, ter os seus efeitos deslocados para um momento no futuro. Assim como as leis inconstitucionais podem ter os seus efeitos projetados no futuro, um ato administrativo ilegal também podem ser objeto de uma modulação temporal. Tal raciocínio não deve gerar qualquer perplexidade. No Direito alemão, por exemplo, a lei de processo administrativo federal prevê a possibilidade de o desfazimento de um ato administrativo com fundamento na sua ilegalidade produzir efeitos apenas no futuro, *verbis*:

§48 Anulação de um ato administrativo ilegal

Um ato administrativo ilegal (...) pode ser retirado total ou parcialmente com efeitos no futuro ou no passado.[3]

A modulação temporal da invalidação ainda é rara no Brasil, mas já é, desde 2009, admitida pela lei de processo administrativo do estado do Rio de Janeiro, Lei estadual 5.427/09. O artigo 53 do referido diploma predica que, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, será possível restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

Mais recentemente, a Lei 13.655/18 estipulou, em seu artigo 21, que o administrador público terá de considerar as consequências de suas decisões que invalidarem atos administrativos. A lei estimula, inclusive, a regularização da situação, caso ela se mostre possível.

Assim, surge para o administrador responsável pela invalidação o dever de estipular as consequências da decisão tomada. E, dentre elas, pode haver a previsão de deslocamento dos efeitos da anulação para um dado momento do futuro. Seja em razão da lei de processo administrativo do estado do Rio de Janeiro, que pode ser adotada por analogia, seja em virtude da Lei 13.655/18, ou mesmo em decorrência do princípio da segurança jurídica estampado na Constituição da República, a modulação temporal dos efeitos da invalidação é, a despeito de pouco utilizada, uma medida aceita pelo nosso ordenamento jurídico e que merece ser difundida.

Manutenção do ato inválido no ordenamento

Em algumas situações, o longo decurso de tempo desde a edição do ato ilegal que produz efeitos



favoráveis ao seu destinatário ou a irreversibilidade da situação fática terão o condão de impedir a anulação do ato administrativo.

O artigo 54 da Lei 9.784 prevê a limitação do direito potestativo da Administração Pública de anular, nos casos de boa-fé, atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus destinatários após o decurso de cinco anos de sua edição.

Quatro aspectos relevantes merecem ser destacados a respeito desta conhecida regra. Em primeiro lugar, nos casos de má-fé, a anulação poderá ocorrer a qualquer tempo, mas desde que o comportamento desonesto seja do destinatário do ato, e não do agente público.

Em segundo lugar, o citado artigo 54 veicula uma regra que impede a Administração de anular atos editados há mais de cinco anos. Entretanto, é preciso lembrar que é possível impedir a Administração de anular um ato administrativo ilegal editado há menos de cinco anos, caso a situação fática se torne irreversível. A lei fixa um parâmetro geral que tutela o indivíduo, mas não deve ser interpretada de modo a permitir que todo e qualquer ato ilegal editado há menos de cinco anos possa ser anulado. O caso concreto pode, por razões de segurança jurídica e de proteção da confiança, justificar a proibição do direito de anular antes mesmo do decurso de cinco anos da edição do ato.

Em terceiro lugar, o direito potestativo da Administração de anular nos casos de boa-fé deve ser limitado independentemente de o ato violar o texto constitucional ou não. A nossa Constituição da República não é sintética como a norte-americana. Cuida-se de um texto analítico que trata de tudo e de todos. Assim, não é tarefa difícil esbarrar em um ato ilegal que também ofenda o texto constitucional, mormente uma regra formalmente constitucional. E, nesses casos, a limitação temporal e fática do direito de anular tem fundamento no princípio da proteção da confiança que, derivado da segurança jurídica, também tem fundamento constitucional. O fato de o ato ilegal veicular um comando inconstitucional não impede, assim, que ele seja preservado com amparo em um princípio que também é de estatura constitucional. Vale, contudo, destacar que no RE 817.338, relator ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que situações de flagrante inconstitucionalidade não devem tornar-se consolidadas em razão do decurso de cinco anos.[4] Quando do julgamento da referida matéria, o STF permitiu a anulação dos atos de anistia editados há mais de cinco anos, mas não mencionou, expressamente, na tese assentada que a flagrante inconstitucionalidade afastaria a regra do artigo 54 da Lei 9.784/99. Isso torna o tema ainda suscetível de oscilações.

Por fim, em quarto lugar, é preciso salientar que por decisão do STF em repercussão geral no RE 636.552, o artigo 54 impedirá o exercício da função de registro pelo Tribunal de Contas, na hipótese de a referida corte ter ficado inerte por mais de cinco anos. Superando entendimento anterior em sentido contrário, o STF avançou na tutela do cidadão evitando que seu benefício previdenciário possa, em ofensa à segurança jurídica, ser alterado a qualquer tempo pelo Tribunal de Contas.[5]



Convalidação

Convalidação é um instituto que, apenas, é aceito no Direito Administrativo por autores que acreditam na possibilidade de gradação do vício dos atos administrativos. Quem enxerga na ilegalidade uma única saída, qual seja, a da anulação com efeitos *ex tunc*, não permitirá a adoção de qualquer medida para que o vício seja expurgado.

A convalidação se opera por meio da edição de um ato administrativo que, dotado de efeitos retroativos, retira o vício do primeiro ato ilegal, a fim de que este saneamento permita que o ato inicialmente viciado produza os seus regulares efeitos desde o momento da sua edição.

Convalidação é instituto que simultaneamente proporciona segurança jurídica e observa a proporcionalidade. Ele estabiliza relações jurídicas por meio de uma medida adequada que pode, dentre as alternativas existentes, ser a que menos gera sacrifícios para as partes envolvidas. Se a convalidação for uma medida possível, que ela seja adotada. Valiosa a lição de Amartya Sen, no sentido de que “se alguém tem o poder de mudar algo e se, além disso, consegue perceber que essa mudança irá reduzir a injustiça existente no mundo, então teremos aí uma forte razão para que se faça isso mesmo”. [6]

Nem todos os vícios podem ser convalidados. Sobre o tema, o artigo 55 da Lei 9.784 prevê que a convalidação só poderá ocorrer se preenchidos os seguintes requisitos: i) não acarretar lesão ao interesse público; ii) não ensejar prejuízo a terceiros e iii) o defeito for sanável. Defeito sanável é expressão que corresponde a um ato anulável ou a uma nulidade relativa. Atos nulos ou com nulidade absoluta não comportam convalidação.

Nessa perspectiva, os vícios que podem ser convalidados são os de competência, forma e de objeto quando o objeto for plúrimo. Ato administrativo com objeto plúrimo é aquele que possui mais de um objeto. Vícios de finalidade e motivo não podem ser convalidados, na medida em que esses defeitos não são sanáveis. [7]

Solução dialogada

O artigo 26 da Lei 13.655 inova o ordenamento ao permitir, expressamente, a adoção de uma solução dialogada para os problemas decorrentes da ilegalidade.

O referido artigo materializa o modelo de Administração Pública dialógica, em que o particular afetado pela ilegalidade poderá contribuir para a solução do problema. Parte-se de uma premissa acertada de que a solução para a correção da ilegalidade é, como regra, mais justa e proporcional, quando resulta do concerto entre a Administração Pública e o particular. E a previsão de consulta pública e de oitiva do órgão jurídico são medidas que contribuem para se alcançar uma solução equânime capaz de tutelar expectativas legítimas. Segundo Carlos Santiago Nino, “*es necesario continuar explorando nuevas formas de participación popular. Las audiencias públicas deberían utilizarse cuando los intereses en conflicto entre diferentes sectores de la población estén en juego*”. [8]

O administrador público deve ser encorajado a encontrar soluções justas em conjunto com os particulares. Como destaquei em outra oportunidade, “um dos maiores problemas atuais da Administração Pública brasileira é o da falta de coragem e de comprometimento daqueles que precisam



decidir”. [9] O direito administrativo deve contar com o apoio da sociedade e investir numa perspectiva multidisciplinar para que as melhores e mais justas soluções sejam adotadas. Nesse sentido, Susan Rose-Ackerman destaca que “é necessário um esforço amplo e cooperativo dos economistas, advogados e cientistas políticos para reformar o direito administrativo”. [10]

Conclusões

O Direito Administrativo contemporâneo evoluiu para reconhecer a possibilidade de o administrador público que se depara com um ato administrativo ilegal agir de variadas formas. Nem sempre a anulação do ato ilegal será a solução. As especificidades do caso concreto é que estimularão uma dada solução dentre as diversas alternativas apontadas ao longo deste artigo. A anulação pode produzir efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, futuros e, até mesmo, que resultem de um diálogo. Há casos, ainda, em que o ato ilegal deve ser mantido no ordenamento ou aqueles em que pode ser convalidado.

Caberá à literatura jurídica avançar no detalhamento do tema analisado neste artigo criando parâmetros gerais e diretrizes para orientar os administradores públicos na escolha do melhor caminho a ser trilhado na hipótese de se deparar com um ato administrativo ilegal. Quanto mais os parâmetros forem conhecidos, estudados e adotados, menor será a oscilação nas soluções, maior será o sentimento de justiça provocado por um tratamento da Administração Pública uniforme e igualitário e mais prestigiada será a segurança jurídica, pilar estruturante de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções*. In: *Inovações no Direito Público*. QUIRINO, Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (coordenadores). Curitiba: CRV, 2018, pp. 151-158. ISBN: 978-85-444-3034-7. DOI: 10.24824/978854443034.7.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil. Contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro do Couto e Silva e a Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos*. In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. ÁVILA, Humberto (org.). P. 120-148. São Paulo: Malheiros, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.



ROSE-ACKERMAN, Suse. *Análise Econômica Progressista do Direito – e o Novo Direito Administrativo*. In: *Regulação Econômica e Democracia. O debate norte-americano*. P. 243-280. MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga; COUTINHO, Diogo R. (orgs.). São Paulo: ed. 34, 2004.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra, Almedina, 2012.

[1] Sobre o tema, c. MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro do Couto e Silva e a Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos*. In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132.

[2] Sobre o tema, c. DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil. Contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

[3] No original “§ 48 *Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes. Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann (...) ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden*”.

[4] Ementa do acórdão em que se reconheceu a repercussão geral do tema: EMENTA Direito Constitucional e Administrativo. Segurança concedida para declarar a decadência de ato da Administração por meio do qual se anulou portaria anistiadora. Análise quanto à existência ou não de frontal violação do art. 8º do ADCT. Julgamento de tese sobre a possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta do texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/99. Matéria dotada de repercussão econômica e jurídica. Questões suscetíveis de repetição em inúmeros processos. Repercussão geral reconhecida. (RE 817.338 RG, relator ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015).

[5] Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 636.553, relator ministro Gilmar Mendes, data do julgamento: 19/02/2020. Tese: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas"

[6] SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra, Almedina, 2012, p. 287.

[7] Nesse sentido, c. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 245-249; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 170-172.

[8] NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 213.

[9] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções*. In: *Inovações no Direito Público*. QUIRINO,



Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (coordenadores). Curitiba: CRV, 2018. ISBN: 978-85-444-3034-7. DOI: 10.24824/978854443034.7. P. 155.

[10] ROSE-ACKERMAN, Suse. *Análise Econômica Progressista do Direito – e o Novo Direito Administrativo*. In: *Regulação Econômica e Democracia. O debate norte-americano*. MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga; COUTINHO, Diogo R. (orgs.). São Paulo: ed. 34, 2004, p. 249.

Date Created

22/03/2020