

OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

ALMIRO DO Couto e SILVA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Prof. de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da UFRGS

1. Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial (a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; (b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por *freios e contrapesos (checks and balances)*; (c) a legalidade da Administração Pública e (d) a proteção da boa-fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.¹

A esses dois últimos elementos ou princípios — legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa-fé dos administrados — ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.

Já se deixa entrever que o Estado de Direito contém, quer no seu aspecto material, quer no formal, elementos aparente ou realmente antinômicos. Se é antiga a observação de que justiça e segurança jurídica freqüentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também freqüentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica. Institutos como o da coisa julgada ou da preclusão

¹ NORBERT ACHTERBERG. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. C.F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 73/77; KONRAD HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1975, p. 79.

processual, impossibilitando definitivamente o reexame dos atos do Estado, ainda que injustos, contrários ao Direito ou ilegais, revelam igualmente esse conflito.

Colisões análogas a essas verificam-se entre o princípio da legalidade da Administração Pública e o da proteção da boa-fé ou da confiança dos administrados que acreditaram na legalidade dos atos administrativos que os favoreceram com vantagens, consideradas posteriormente indevidas por ilegais. É que o ordenamento jurídico, conforme as situações, ora dá mais peso e importância à segurança jurídica em detrimento da justiça, ora prescreve de maneira inversa, sobrepondo a justiça à segurança jurídica; ora afirma a preeminência do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da proteção da confiança dos administrados, ora proclama que aquele deve ceder passo a este.²

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço — tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos. Nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça: o da legalidade da Administração Pública ou o da segurança jurídica? A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos — qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la — sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontra-

tável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis.

O objetivo deste trabalho é o de analisar o princípio da segurança jurídica em suas intersecções com o princípio da legalidade da Administração Pública. Trata-se, já se vê de uma reflexão sobre o Estado de Direito, tal como é hoje entendido e com a problemática que apresenta neste final do século XX.

Começarei alinhando algumas observações sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, suas vertentes ideológicas, seu apogeu no Estado liberal burguês e a crise resultante da passagem do Estado liberal para o Estado social, arquétipo inspirador dos Estados democráticos contemporâneos, que dele buscam aproximar-se com maior ou menor sucesso, sem nunca conseguir alcançá-lo em plenitude.

2. O princípio da legalidade da Administração Pública é uma secreção do princípio da separação das funções do Estado, a que MONTESQUIEU deu feição definitiva. ARISTÓTELES, no Livro IV da Política (14-16), havia registrado a existência de diferentes funções dentro do Estado, sem, no entanto, preocupar-se em recomendar que órgãos distintos as exercessem, para que, desse modo, ficassem garantidos os indivíduos contra o poder estatal. Essa preocupação só vai surgir no pensamento político com o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, que laiciza a velha luta escolástica entre *ratio* e *voluntas* e trata de substituir a *voluntas*, — a vontade do monarca absoluto, livre das leis, a *legibus solutus* como o príncipe do discutido fragmento do Digesto, — pela *ratio* da lei. A corrente voluntarista, que dava sustentação ao absolutismo, recebera o apoio valioso que lhe emprestou a obra monumental de THOMAS HOBBES, propugnador da concentração de todos os poderes do Estado nas mãos do soberano e para quem, na frase famosa, **auctoritas non veritas facit legem**, com o que indicava, como se tira desde logo dessas palavras, que a lei não era razão, mas sim poder e vontade.³

JOHN LOCKE é que irá afirmar e dar contornos precisos ao pensamento liberal, como campeão das aspirações da burguesia, na afirmação dos direitos imanentes ao homem nos conflitos com o Estado. LOCKE era defensor intransigente da propriedade privada, por ele mais valorizada do que a própria liberdade. O contrato social, que os homens celebraram ao sair do estado de natureza, tem por fim principal a conservação da propriedade. Mas, se o grande objetivo que os homens perseguem ao ingressar na sociedade civil, pelo contrato social, é gozar suas propriedades em paz e segurança, o grande instrumento para que isso se realize são as leis estabelecidas nessa sociedade. Assim, a primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade é o estabelecimento do Poder Legislativo. É este o ponto culminante das idéias liberais de LOCKE, onde a distinção entre função legislativa e executiva adquire caráter instrumental, destinando-se a freiar o Poder do Estado. A partir daí, MONTESQUIEU, para deixar acabada sua teoria, só teria de retornar a ARISTÓTELES e recolocar como terceira função do Estado

² NORBERT ACHTERBERG, op. cit., p. 74.

³ HANS WELZEL. *Derecho Natural y Justicia Material*. Aguilar, Madrid, 1957 p. 149; CARL SCHMITT. *Verfassungslehre*, von Duncker & Humblot, Berlin, 1928, p. 140.

a judiciária, em lugar do Poder Federativo proposto por LOCKE e que consistiria, basicamente, no poder de fazer a guerra e a paz e estabelecer alianças.

Das três funções do Estado, a mais importante, na concepção de LOCKE e MONTESQUIEU, era a legislativa, de onde emanava a lei, a razão objetiva a que se submetia a vontade dos detentores do poder político, mas a que também estavam rigidamente ligados os juizes, destinados meramente a ser, como dizia MONTESQUIEU, "a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força e nem seu rigor".⁴ Só assim atingia-se o ideal de que todos vivessem "non sub homine, sed sub lege", na fórmula de HENRY DE BRACON. Se HOBBS, por um lado, com seu voluntarismo, que é a contraparte, no plano político, do voluntarismo nominalista de OCKAM e ESCOTO, justificava o absolutismo, por outro, com o seu positivismo, trouxe algumas importantes contribuições para o futuro perfil do Estado de Direito e para a configuração do princípio da legalidade da Administração Pública. Para HOBBS, uma ação só é passível de pena se previamente existir uma norma que a proíba e que para ela estabeleça uma sanção. Isto é nada mais nada menos do que a enunciação do moderno princípio que informa o Direito Penal: "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", na concisa expressão latina concebida por FEUERBACH.

A este axioma liga-se outro, pertinente à irretroatividade da lei penal, claramente expresso no LEVIATHAN nestes termos: "no law after a fact done, can make it a crime".⁵

É por si só evidente a importância destas posições de HOBBS para o pensamento liberal. Se apenas é crime o que a lei assim qualifica, tem o indivíduo a plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, identificando-se, assim, o silêncio da lei com a liberdade individual. Dito de outro modo, isso quer significar que qualquer restrição à liberdade individual só por lei pode ser estabelecida. Tal princípio, depurado do voluntarismo de HOBBS, é que se irá incorporar definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais e que vem invariavelmente estampado nas Constituições democráticas modernas. No que se refere à liberdade é, em suma, o que OTTO MAYER denominará, já no fim do século XIX, de princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), que, ao lado do princípio da primazia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), também por ele nomeado, forma o princípio maior da legalidade da Administração Pública.⁶

Na composição da massa da qual irá sair, perfeito e acabado, o princípio da legalidade da Administração Pública, vimos que LOCKE e MONTESQUIEU entram com a supremacia da função legislativa sobre as demais funções do Estado, e com a supremacia da lei sobre as demais manifestações do poder do Estado, e HOBBS com a idéia de que só mediante lei seria admissível restringir a liberdade individual.

Faltava, no entanto, dizer o que era lei, definir sua origem, identificar a vontade que deveria refletir e os requisitos que teria de apresentar. ROUSSEAU é que irá colocar o último componente, de acentuado caráter democrático, com sua noção da *vontade geral*, como expressão máxima da soberania, que já apare-

⁴ *L'Esprit des Lois*, Livro XI, 6.

⁵ Cap. XXVII; ADRIANO CAVANNA. *Storia del Diritto Moderno in Europa*. Giuffrè, 1979. p. 334.

⁶ *Deutsches Verwaltungsrecht*, von Duncker & Humblot, Berlin, 1895, vol. I, p. 68 e segs.

ce no vínculo instituidor do próprio Estado, no contrato social. Para ROUSSEAU, a lei há de ser geral num duplo sentido: geral porque é a vontade geral do povo e geral pela impessoalidade do seu enunciado. Na lei casam-se, pois, o dado democrático da sua elaboração com a afirmação plena do princípio da isonomia, da igualdade dos indivíduos perante o Estado em qualquer hipótese, mesmo diante da mais alta forma de manifestação do seu poder e da sua vontade, que é a lei.

"Quando eu digo" — escrevia ROUSSEAU — "que o objetivo das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os indivíduos como coletividade e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular (...). Toda função que se relaciona a um objeto individual não pertence à função legislativa".⁷

Estava cunhado, desse modo, o conceito da lei a que se submete o Estado democrático: a norma resultante da vontade geral do povo e que também iria reger e disciplinar as relações entre os indivíduos e as relações dos indivíduos com o Estado.

A Constituição Americana de 1787, na linha das Constituições de alguns Estados americanos e, logo após, as demais Constituições votadas no fim do século XVIII e início do século XIX, transformaram em direito positivo o que até então eram páginas de filosofia ou fragmentos de pensamento político, esparsos na obra de prestigiados autores do século XVII e XVIII.

O conceito de Estado de Direito, ainda que só mais tarde viesse a ser batizado com esse nome, e os princípios da *rule of law* e da legalidade da Administração Pública, depois de longo período de gestação, saíram finalmente do mundo das idéias para ocupar lugar de especial destaque no quadro do repertório de instituições conformadoras do Estado liberal, que nasce da independência dos Estados Unidos e das cinzas da Revolução Francesa.

3. O Estado liberal, como é sabido, tratava exclusivamente de garantir o livre desenvolvimento das forças e impulsos sociais e econômicos, com um mínimo de interferência. Acreditava-se, com o otimismo que é típico da época, que o equilíbrio seria necessariamente encontrado, como se tudo estivesse prudentemente governado pela "mão invisível" da metáfora de ADAM SMITH.

Nesse contexto histórico, a discussão que por vezes se trava é sobre a extensão do princípio da legalidade e sobre o conceito rousseauiano de lei, com a exigência da dupla generalidade, a da origem, pois deve resultar da vontade geral e a do caráter abstrato e impessoal do seu enunciado. A experiência germânica é especialmente rica em discussões e controvérsias sobre esses temas. No que diz com a extensão do princípio da legalidade da Administração Pública, distingue a doutrina alemã do século XIX entre *proposições jurídicas* (*Rechtssätze*), e outras disposições que, conquanto emanadas do Estado, não poderiam contudo qualificar-se como jurídicas, porque destinadas a ter eficácia *interna corporis*, dentro dos lindes do próprio Estado. Tais, por exemplo, as regras pertinentes à organização do Estado, ou a vínculos designados por LABAND como "*relações especiais do poder*". Exemplos destas são as existentes entre o Estado e os servidores públicos civis e militares, os alunos das escolas públicas, os sujeitos a regime carcerário, os usuários de estabelecimentos públicos.⁸

⁷ *Le Contrat Social*, Livro I, Capítulo VI. Sobre o conceito de lei em Rousseau, veja-se CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920, VOI. I, P. 290.

⁸ *Staatsrecht*, 1ª ed., vol. I, p. 386 e segs; OTTO MEYER, op. cit., vol. I, p. 102 e segs.

Como elucida PAUL LABAND, ... *só ali onde a esfera da vontade do Estado que administra entra em contato com qualquer outra esfera de vontade reconhecida pelo Direito, pode haver espaço para uma proposição jurídica*". E, em outro tópico: *"as regras de comportamento que o indivíduo se dá a si próprio nunca podem ser preceitos jurídicos. Isso é igualmente certo no que respeita ao Estado"*.⁹ Em outras palavras, só quando a ação do Estado entrasse em colisão com a liberdade ou com a propriedade dos indivíduos é que seria necessária uma proposição jurídica, ou seja, uma lei.

Haveria, pois, no universo abrangido pelos atos normativos do Estado duas esferas perfeitamente definidas: a do *Direito*, integrada pelas regras que de algum modo interferem com a liberdade e a propriedade dos indivíduos e a do *Não-Direito*, dentro da qual se colocam as já mencionadas regras de organização do Estado ou referentes às várias relações especiais de poder.

Daí a distinção, na área dos regulamentos, entre regulamentos de Direito ou regulamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) e regulamentos meramente administrativos (*Verwaltungsverordnungen*). Só os primeiros, pelo que já se mostrou, dispoem sobre relações gerais de poder, integrariam o Direito Positivo; os outros, enquanto normas internas, estariam despidos de qualquer jurisdição, sendo, no entanto, completamente autônomos.

Por outro lado, PAUL LABAND e GEORG JELLINEK estabelecem o discrimine entre lei em sentido formal e em sentido material, definindo-se a primeira como qualquer ato emanado do Poder Legislativo, no modo prescrito à tramitação legislativa, independentemente do seu conteúdo, e a segunda com a proposição jurídica, de índole geral, abstrata e impessoal, independentemente da sua origem. Na verdade, as leis na acepção puramente formal seriam atos administrativos com roupagem de lei, de que o exemplo mais eminente, suscitador da distinção, era o orçamento. Natureza de leis, na acepção material, teriam, em contraposição, todos os atos do Estado, dotados de normatividade jurídica, proviessem de onde proviessem.¹⁰

Essas disquisições dos juristas alemães, já no crepúsculo do século passado, não chegam, porém, a complicar grandemente a estrutura jurídica da Administração Pública do Estado liberal, que atravessa boa parte do século XIX sem maiores perturbações. Se o Estado é simples, ocupando-se quase que somente dos serviços de segurança externa e interna, justiça, obras públicas, saúde e educação — em medidas incomparavelmente mais modestas das que hoje conhecemos — e destinando-se a tributação apenas a dar sustentação financeira a essas atividades, singelo é também o relacionamento entre o Estado e o Direito. O Estado é, pode dizer-se, inteiramente regido, na sua atuação administrativa, pelo Direito Público. Ao Direito Privado continua ele a sujeitar-se, como ocorria desde o Direito Romano, quando age como "*fiscus*", isto é, como qualquer particular, mas isso tem escassa significação na moldura geral dos tipos de ação do Poder Público. São os atos administrativos, portanto, o modo e o meio por excelência da atuação da Administração Pública, expressando sempre a superioridade, o poder, o *imperium* do Estado, assim como autorizado pela lei. Prende-se a esse

⁹ op. cit., vol. II, p. 181.

¹⁰ DIETRICH JESCH. *Ley y Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 17.

período a célebre distinção do Direito francês, hoje, obsoleta e quase esquecida, entre *atos de autoridade* e *atos de gestão*. Só os primeiros, os atos de autoridade, regidos pelo Direito Público, materializando o *imperium* estatal, eram atos administrativos. Os outros, os atos de gestão, submetidos ao Direito Privado, inseriam-se no rol dos atos jurídicos desse setor do Direito e eram classificados pelos critérios usualmente a eles aplicados.

A revolução industrial e os movimentos sociais, a que deu origem, determinaram profundas alterações do Estado, que ampliou enormemente os seus serviços, sobretudo em razão da sua atividade de intervenção no domínio econômico e na área social.

As linhas que separavam, de forma muito vincada, o Estado liberal da sociedade, começam a esfumar-se rapidamente, passando o Estado a desincumbir-se de tarefas que exercem uma função modeladora da própria sociedade, não apenas por meios coercitivos, por restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, senão que também e sobretudo propiciando benefícios e vantagens, como quando assegura assistência e previdência sociais, promove programas habitacionais, dá créditos a juros baixos ou concede outras formas de subsídio ou subvenção para estimular o desenvolvimento de determinados setores, empreende campanhas de alfabetização, de distribuição de merenda escolar, etc. Numa palavra, o Estado liberal assumia a feição de Estado social. É interessante notar que a importância e o volume dos serviços que hoje se ocupam dessa nova administração, que os alemães denominam de *administração prestadora de benefícios*" (*Leistungsverwaltung*), é consideravelmente maior, em todo o mundo, do que a clássica *"administração coercitiva ou interventiva"* (*Eingriffsverwaltung*).¹¹

4. A expansão do Estado contemporâneo, que se inicia já no século passado, mas que se acelera consideravelmente neste século, notadamente depois das duas últimas grandes guerras, transformou-o no que hoje costuma chamar-se de *Estado Administrativo*. A rápida e substancial ampliação da gama de serviços públicos acarretou implicações importantes no plano jurídico, com repercussões profundas sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua formulação tradicional. Passarei, agora, a destacar resumidamente as que me parecem de maior realce, muitas das quais dão azo a que se fale numa crise do princípio da legalidade da Administração Pública.

(a) — O Estado dos nossos dias exige decisões prontas, impossíveis muitas vezes de serem tomadas pela via legislativa. Em razão disso, não prescinde o Estado moderno de formas institucionalizadas ou disfarçadas de delegação legislativa. Entre nós, embora a Constituição vigente consagre a delegação legislativa (nos seus arts. 46, IV e 52 a 54), tem ela ficado em desuso, preferindo-se o recurso à delegação atípica ou disfarçada que consiste na atribuição de competência amplíssima a entidades e órgãos da Administração Pública.

(b) — Às formas veladas de delegação legislativa conecta-se diretamente a importância assumida pelas fontes infralegais do Direito Administrativo. Nenhum de nós ignora o significado e o poder dos regulamentos, resoluções, circulares, portarias, etc., pelas quais de um só golpe, como ocorre com as Resoluções do

¹¹ Isso verifica-se até mesmo nos países de mais arraigada tradição liberal, como os Estados Unidos. Sobre este ponto, BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, 1976, p. 6..

Conselho Monetário Nacional ou com as circulares do Banco Central, altera-se o desenho de importantíssimos setores da Nação. O problema, aliás, não é só nosso e encontra símile na maioria dos países democráticos do nosso tempo.

(c) — O Estado utiliza, cada vez mais, nos documentos normativos, cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de conceitos tipo, em oposição aos conceitos classificatórios. Esses conceitos apresentam um núcleo de significação perfeitamente definido, de tal sorte que a aplicação desse núcleo e a respectiva subsunção do caso concreto se faz sem maiores dificuldades. Já o mesmo não sucede na área periférica do conceito, onde as dúvidas surgidas na operação de enquadramento dos fatos e da subsunção destes na regra são comuns e freqüentes. Conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo com competência para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos práticos, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício de poder discricionário.

(d) — Nos casos de dúvida quanto à subsunção de casos em cláusulas gerais ou em conceitos jurídicos indeterminados, a palavra final só poderá ser dada pelo Judiciário. É notório que os juizes modernos estão muito distantes da "boca que pronuncia as palavras da lei" ou dos juizes-autômatos, imaginados por MONTESQUIEU. Hoje, não somente no sistema da *common law*, do *judge made law*, mas também nos sistemas que, como o nosso, ligam-se ao do Direito Romano, os juizes se transformaram em legisladores. Por certo, não temos nós a regra do *stare decisis*, ou da força vinculativa dos precedentes, o que tem impedido que, no rigor da técnica, possa a jurisprudência ser considerada como fonte de Direito. Mas ninguém negará que a jurisprudência constante, uniforme, plenamente consolidada, exerce papel semelhante ao que desempenhava o *ius honorarium*, nos seus conflitos com o *ius civile*, no Direito Romano. Muito embora não pudesse o *ius honorarium* ab-rogar formalmente o *ius civile*, a ele, no entanto, se sobrepunha na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o *ius honorarium* e não o *ius civile*. Não é outra razão pela qual GAIO dizia que o *ius civile*, embora formalmente vigente, não passava de um *nudum jus*, um direito esvaziado de conseqüências e efeitos imediatos sobre a realidade.

A função de criação do Direito, assumida pelos juizes e estimulada pela inserção nas leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, suscita o problema, de difícilíssima solução, da legitimação democrática para o desempenho dessas atribuições, pois, como advertia MONTESQUIEU, se o poder de julgar estiver confundido com o poder de legislar, "o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário".¹² É o "governo dos juizes", com o permanente risco de transformar-se, pela ausência de controles, na tirania dos juizes.

(e) — O impressionante crescimento dos serviços públicos induziu o Estado a buscar, nos repertórios do Direito Privado, conceitos, institutos e formas jurídicas, capazes de dar maior agilidade à Administração estatal, especialmente à chamada Administração prestadora de benefícios e vantagens. O Direito Privado que se aplica ao Estado, quando este atua visando a realizar fins imediatamente públicos, não é, de regra, absolutamente igual ao que se aplica às relações entre particulares. Normalmente a ele se misturam normas adaptativas, de Direito Pú-

blico, compondo um todo híbrido, ainda que com a prevalência de preceitos do Direito Privado, a que HANS JULIUS WOLFF, com os aplausos generalizados da doutrina, chamou de Direito Privado Administrativo.¹³ De qualquer forma, a Administração regida pelo Direito Privado ou pelo Direito Privado Administrativo goza de uma liberdade com relação à lei, consideravelmente mais ampla do que a desfrutada pela Administração que opera dentro dos limites do Direito Público.

É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão-somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob regime de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo. É, inegável, porém, que a base legal para a ação administrativa sob normas de Direito Privado por vezes se reduz a uma regra sobre competência ou até mesmo a uma simples autorização orçamentária, como ocorre com certas subvenções, o que tem sido muito discutido e censurado pela doutrina.¹⁴ Quer isso dizer que o poder discricionário em mãos dos agentes da Administração Pública que se movem à sombra do Direito Privado é, em geral, extremamente dilatado, só encontrando barreira no princípio da igualdade perante os serviços públicos, aliás de claudicante observância.

(f) — A ampliação da área de atuação do Estado — fala-se hoje num *excesso de carga do governo*, em *overload government* ou em *Regierungsüberlastung* — correspondeu o desmesurado aumento da legislação, tornando impossível até mesmo aos especialistas (quanto mais ao homem comum) conhecê-la na integridade. Paralelamente, a complexidade de problemas técnicos, principalmente econômicos, objeto de legislação, da oportunidade a que muitos textos legais se tornem inteligíveis apenas para os iniciados, perdendo a linguagem jurídica a austeridade simplicidade que, nos diferentes períodos históricos, quase sempre a caracterizou. Ambos esses aspectos aqui sucintamente focados distanciam, obviamente, a lei dos seus destinatários, o que, se não torna o princípio da legalidade da Administração Pública uma falácia, pelo menos o enfraquece consideravelmente, se tivermos presente o sentido e a função para os quais foi concebido.

(g) — A generalizada adoção do planejamento na Administração Pública, aliada à necessidade de que certos problemas relevantes tenham solução por via legislativa, fez com que a lei perdesse, em muitas situações, as características fixadas por ROUSSEAU, quanto à abstração do seu enunciado. A oposição entre norma e medida, referida por CARL SCHMITT para mostrar a diferença entre os atos que exprimem, respectivamente, o exercício da função legislativa e da função administrativa ou executiva¹⁵, deixa de existir nesses casos, pois as leis editadas em tais hipóteses são, efetivamente, *leis medidas*, *Massnahmegesetze*, como as denominou ERNST FORSTHOFF, e que outros preferem chamar de leis-

¹² L'Esprit des Lois, Livro XI, Capítulo 6.

¹³ Verwaltungsrecht, C.H. Beck, München, 1974, vol. I, P. 108

¹⁴ DIETRICH JESCH, op. cit. p. 224 e seg.

¹⁵ op. cit. p. 138.

providência ou de leis de efeitos concretos.¹⁶ Comumente essas leis são um propósito da lei em sentido material e de ato administrativo sob forma da lei. Os planos urbanísticos são um exemplo delas, ao conter prescrições gerais e, ao mesmo tempo, determinações extremamente concretas, porque vinculadas a pontos geográficos precisos.

5. Se as particularidades que acabei resumidamente de assinalar de algum modo abalaram o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua forma tradicional, não se pode deixar de dizer, por outro lado, que ele se estendeu a todos os tipos de relações entre os indivíduos e o Estado, abrangendo inclusive as relações especiais de poder, como as existentes entre o Estado e os alunos das escolas públicas, a população carcerária, os usuários dos estabelecimentos públicos, pois as relações especiais de poder são relações jurídicas, nas quais devem ser respeitados os direitos da pessoa, não se admitindo pensar, como fazia a doutrina alemã do século passado, que integrem o território do *Não-Direito*. Existe hoje uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada antes ao Direito do que propriamente à lei. Juristas eminentes chegam até mesmo a tirar do princípio da legalidade a conclusão da inexistência de poder discricionário, pois os atos que os expressam estão, como os demais atos administrativos, destinados à realização do interesse público e acham-se conformados por esse fim, ficando, pois, sempre aberta não só a possibilidade de sindicá-la existência de interesse público, como também se a providência concretamente adotada é que mais adequadamente o atende. Descontados os exageros que creio existir na negação de uma área de discricionariedade administrativa e de um poder reconhecido ao agente de eleger, dentro dos limites da lei, os meios que lhe pareçam mais aptos a alcançar os objetivos de utilidade pública perseguidos, essas atuais tendências estão a evidenciar, quando menos, a preocupação em revigorar o princípio, diante das ameaças e das efetivas restrições sofridas em razão do crescimento do Estado contemporâneo.

6. Faz-se, modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do Século XVIII e início do Século XIX, e decorrente, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.

A noção doutrinariamente reconhecida e jurisprudencialmente assente de que a Administração pode desfazer seus próprios atos, quando nulos, acentua este último aspecto, em desfavor das razões que levaram ao surgimento do princípio da legalidade, voltadas todas para a defesa do indivíduo perante o Estado. Serve à concepção de que o Estado tem sempre o poder de anular seus atos ilegais, a verdade indiscutida no Direito Privado, desde o Direito Romano, de que o nulo jamais produz efeitos, convalida, convalida ou sana, sendo ainda insuscetível de ratificação. Se assim efetivamente é, então caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando

eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexista óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.

Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia da proteção à boa fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma, de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas de que eles emanaram.

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (*Treue und Glaube*) dos administrados. É o que admite expressamente FRITZ FLEINER, nas suas "Instituições do Direito Administrativo Alemão", (cuja primeira edição é de 1911), muito embora sem deixar claro se a afirmação feita no texto, de que o administrador não deveria, "por alteração do seu ponto de vista jurídico, sem necessidade cogente, declarar inválidos estados de posse dos cidadãos, que havia deixado subsistir sem contestação durante muitos anos",¹⁷ seria um imperativo ou uma simples recomendação.

Mais incisivo é WALTER JELLINEK. Dizia ele: "O agente público pode expressamente ratificar um ato defeituoso e renunciar, assim, à faculdade de revogá-lo. Pode, também, tacitamente ratificá-lo, pois age contra a boa fé se quisesse valer-se da irregularidade longamente tolerada".¹⁸

7. Apesar de JELLINEK aludir a revogação (*Wiederruf*) de atos irregulares, o que hoje seria tecnicamente inaceitável, compreende-se claramente que se cuida, na verdade, de anulamento. Entretanto, JELLINEK via ainda o problema só pelo lado do Poder Público, salientando apenas a faculdade que teria a Administração de renunciar ao poder de anular, se entendesse que é o que melhor consultaria ao interesse público. O anulamento não seria, pois, um dever, mas um poder e o ato que o decretasse não teria a natureza de ato vinculado, mas sim de ato facultativo ou discricionário.

Foi este, todavia, o primeiro degrau para que se atingisse o entendimento de que a invalidade, longamente tolerada pela Administração Pública, convalida, convalida ou sana, como é indistintamente aceito pela doutrina germânica moderna, tendo em vista, especialmente, a jurisprudência firmada pelos Tribunais alemães, na metade da década de 50, que eliminou a faculdade de invalidar os atos administrativos nulos por ilegais, quando, com a prolongada e complacente inação do Poder Público, hajam produzido benefícios e vantagens para os destinatários.

Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade

¹⁶ ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, C.A. Beck, München, 1973, p. 9; KARL ZEIDLER, *Massnahmegesetz und Klassisches Gesetz*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, p. 3 e segs.

¹⁷ *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1928, 8ª ed., parágrafo 13, p. 201, nota 62.

¹⁸ *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1929, parágrafo 11, IV.

de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.¹⁹

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia *ex tunc* é sempre inaceitável e o com eficácia *ex nunc* é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria. É este, com algumas críticas, formuladas pelas autorizadas vozes de FORSTHOFF e BACHOF, o *status quaestionis* na Alemanha, como se pode ver dos manuais mais recentes.²⁰

8. Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso *affaire Dame Cachet*, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos *affaires Vallois* e *Gros de Beler*, ambos também de 1923 e pelo *affaire Dame Inglis*, de 1925, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de anuidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

HAURIUO, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: "Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo." E conclui: "Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente".²¹

Do *affaire CACHET* até hoje nada se alterou no Direito Francês, com referência à revogação e o anulamento dos atos administrativos. Tanto uma quanto

outra hipótese só pode verificar-se no prazo de dois meses, que é igual ao do recurso contencioso de anulação. Fora desse prazo o ato de anulamento será inválido.

RIVERO esclarece que a razão disto está em que "a jurisprudência considera a segurança jurídica mais importante do que a própria legalidade"²². Completamente uniformes, sobre este tema, são as opiniões de LAUBADERE²³, FRANCIS-PAUL BÉNOIT²⁴, GEORGE VEDEL²⁵ e MARCEL WALINE.²⁶

9. MICHEL STASSINOPOULOS, depois de lembrar a orientação vigorante no Direito francês, adianta que no Direito grego vige, igualmente, o princípio que inibe a revogação dos atos administrativos que geraram direitos, bem como o que impede o anulamento (ele fala, impropriamente, em *révocation*) dos atos administrativos ilegais desde que, na última hipótese, (a) tenha transcorrido razoável lapso de tempo desde sua emissão e (b) o beneficiário encontre-se em boa fé, quer dizer, não haja contribuído para a emissão do aludido ato com comportamento fraudulento. A definição do que deva entender-se por razoável lapso de tempo, dependerá das condições especiais de cada caso.²⁷

10. No Direito italiano a posição da doutrina e da jurisprudência é mais cautelosa. Aceita-se sem controvérsia que a Administração tem a *faculdade* e não o *dever* de anular seus atos ilegais, havendo situações relevantes em que o interesse público estaria a recomendar o não-exercício daquela faculdade.

O ato de anulamento seria, portanto, de natureza discricionária, cabendo à autoridade competente decidir sobre a conveniência e oportunidade da medida. Contudo, registra CINO VITA que se compreende que um anulamento excessivamente tardio, sem forte razão de interesse público, seja definido pela jurisprudência como viciado por excesso de poder²⁸. UMBERTO FRAGOLA, na sua conhecida monografia sobre os atos administrativos, externa opinião de que "na falta de um prevalente interesse público, ainda atual, é melhor manter vivo um ato irregular do que anulá-lo, desconsiderando, sem razões plausíveis, situações consolidadas no tempo, interesses particulares e, por vezes, o próprio interesse público."²⁹

Mais peremptório é ALDO SANDULLI, ao afirmar que o ordenamento jurídico italiano "não fixa limite de tempo para o anulamento de ofício dos atos administrativos inválidos. Contudo, na aplicação do princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas, admite-se — seja na doutrina, seja na jurisprudência — que não são mais anuláveis os atos que, embora inválidos, hajam irradiado incontestadamente os seus efeitos por um período de tempo adequadamente longo, o que é de ponderar-se caso a caso e em correlação com o interesse público".³⁰

11. Em Portugal, a jurisprudência igualmente reconhece o valor do princípio da segurança jurídica, sobrepondo-o ao da legalidade da Administração

¹⁹ *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, Tübingen, 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.

²⁰ NORBERT ACHTERBERG, op. cit. p. 469; PAUL BADURA — ERICHSEN e MARTENS. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ed. de Gruyter, 1981, vol. I, p. 226 e segs.; HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p. 212-213.

²¹ *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106.

²² *Droit Administratif*, Dalloz, 1973, p. 103

²³ *Traité de Droit Administratif*, PARIS, 1976, VOL. I, p. 339

²⁴ *Droit Administratif*, Dalloz, 1968, p. 568.

²⁵ *Droit Administratif*, PUF, 1973, p. 199.

²⁶ *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1969, vol. I, p. 387/8.

²⁷ *Traité des Actes Administratifs*, Athènes, 1954, p. 256 e segs.

²⁸ *Diritto Amministrativo*, 1962, Torino, vol. I, p. 488-9.

²⁹ *Gli Atti Amministrativi*, Napoli, 1964, p. 195.

³⁰ *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974, p. 491 e 507.

quando evitados de vícios que os tornam ilegais, por que deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Bem se vê que a faculdade de anulamento dos atos administrativos inválidos por ilegais não comporta, nos termos desta Súmula, como também na de nº 346 ("A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos") qualquer exceção.

Pronunciamentos isolados do STF foram modificando essa posição extremamente conservadora e que se poderia qualificar até mesmo de atrasada, se posta em confronto com as adotadas em outros países. Assim é que no Recurso de Mandado de Segurança nº 13.807, da Guanabara (RTJ, 37/248), a 3ª Turma do STF (decidindo caso relacionado com situação de aluno que se formou e passou a exercer profissão amparado em medida liminar em mandado de segurança, depois revogada na sentença), guiada pelo voto do Ministro PRADO KELLY, entendeu que a liminar gera causa a uma situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. Não era isso outra coisa do que o reconhecimento da sanatória do nulo. No recurso do Mandado de Segurança nº 17.144, da Guanabara (RTJ 45/589), reiterou-se, em caso semelhante ao anterior, a mesma orientação.

Mas o *leading case* nessa matéria é o apreciado pela primeira Turma do STF no Recurso Extraordinário nº 85.179, do Rio de Janeiro, Relator o Min. BILAC PINTO.

Nesse acórdão, que também trata, como os anteriores, de efeitos gerados por medida liminar em mandado de segurança, são invocados os precedentes jurisprudenciais aqui já referidos e a lição de MIGUEL REALE, também já exposta, para afirmar-se, em conclusão a impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, "*já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou*", como se lê na ementa.

15. Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por longo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa-fé, convalidam, convalescem ou sanam. Diante do ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o *poder* e não o *dever* de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo ou discricionário, essa consequência jamais poderia produzir-se.

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o *dever* (e não o *poder*) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o *dever* (e não o *poder*) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser

inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou direitos subjetivos.

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz BERNARD SCHWARTZ, "*toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade*".⁴⁵

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.

Este trabalho não tem outro objetivo senão o de, modestamente, contribuir para que a injustiça não continue a ser feita em nome da legalidade.

45 op. cit., p. 134.