

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXIII
78, jul./dez. **Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

78



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA LEGALIDADE ESTRITA*

69

PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS AND THE OVERRIDE OF THE STRICT LEGALITY PARADIGM

Luísa Silva Schmidt

RESUMO

Analisa a superação do paradigma da legalidade estrita pela juridicidade, que decorre da constitucionalização do Direito Administrativo. Busca demonstrar que a tutela da confiança legítima, ainda que implique a manutenção de ato administrativo antijurídico, não contraria o princípio da legalidade, mas, ao contrário, reforça-o, ao ampliar seu escopo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; legalidade estrita; juridicidade; confiança legítima.

ABSTRACT

This paper assesses the override of the strict legality paradigm by judiciality, which stems from the constitutionalization of Administrative Law. The protection of legitimate expectations, even through the preservation of an act contrary to the law, does not violate the principle of legality; rather, it enforces this principle by expanding its scope.

KEYWORDS

Administrative Law; strict legality; judiciality; legitimate expectations.

* Este artigo é adaptação do trabalho final da disciplina Implementação e Adjudicação Administrativa, coordenada pelo prof. Dr. Ricardo Perlingeiro, apresentado em junho de 2018, no âmbito do programa de pós-graduação (mestrado profissional) em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense – PPGJA-UFF.

1 A CRISE DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A segurança sempre foi uma aspiração do homem que, desde tempos imemoriais, orienta suas ações pela busca de estabilidade e proteção contra imprevistos. Com a evolução dos agrupamentos humanos e a constituição de sociedades organizadas, a busca pela segurança passou tanto a fundamentar a construção das sociedades quanto a constituir um dos objetivos dos seus integrantes.

Com efeito, *quanto maior a estabilidade da atividade estatal, maiores serão a certeza e a clareza quanto às obrigações do Estado e aos deveres dos particulares. Sem que as pessoas possam confiar na reputação do Estado, elas também podem deixar de acreditar umas nas outras [...]. A intensidade da confiança de uma pessoa se reduz à medida que a probabilidade de sua frustração se eleva. Quando cremos que o depositário da confiança irá frustrar uma expectativa de comportamento, nosso nível de confiança diminui e também fica simultaneamente comprometido o espírito de cooperação* (ARAÚJO, 2016, p. 17).

[...] o Direito Administrativo [...] surgiu com a finalidade de erradicar o autoritarismo absolutista e promover a segurança jurídica mediante a separação dos poderes e a submissão do Estado à ordem jurídica.

Nessa toada, o Direito Administrativo, inspirado pelos ideais de liberdade e igualdade que motivaram a Revolução Francesa em fins do século XVIII, surgiu com a finalidade de erradicar o autoritarismo absolutista e promover a segurança jurídica mediante a separação dos poderes e a submissão do Estado à ordem jurídica. Não obstante, na prática esse discurso acabou por legitimar um perfil igualmente autoritário de atuação estatal.

Gustavo Binenbojm (2014, p. 11) adverte que *o surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.*

Nesse contexto, a legalidade estrita erigiu-se como um dos principais vetores da matéria, ao apregoar a completa vinculação da atividade administrativa à lei, com o objetivo de reduzir ao máximo a possibilidade de atuação estatal arbitrária. Por isso, no entender de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 100), a atividade administrativa teria caráter subalterno em relação à lei.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo

Poder Legislativo [...], garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

[...] Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro (MELLO, 2006, p. 97-98).

Contudo, essa noção tem-se mostrado insuficiente em face do fenômeno da constitucionalização do direito, o qual vem ganhando relevo, especialmente após a redemocratização do nosso país. Destacam-se ainda as mudanças sociais e políticas desenvolvidas no século XX durante o pós-guerra, as quais redesenham o papel do Estado e sua relação com os cidadãos.

Para Binenbojm (2014, p. 35), *[...] é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizada pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal.*

Este cenário põe em xeque o paradigma da legalidade estrita, o qual, ao determinar a submissão acrítica do administrador à lei formal, é incapaz de conciliar todas as funções que o Estado agora deve desempenhar, bem como de proporcionar resposta às demandas sociais em tempo adequado, comprometendo a confiança depositada pelo particular nesta atuação.

Ao analisar o contexto da América Latina, Ricardo Perlingeiro (2017, p. 192-193) destaca que a adoção da legalidade estrita vem impedindo as autoridades administrativas de realizarem o autocontrole da juridicidade de seus atos e de protegerem os direitos fundamentais que desafiem a interpretação gramatical das leis. Em consequência, as demandas relacionadas aos deveres de prestação das autoridades administrativas que dependam da interpretação ou aplicação de direitos fundamentais escapam da margem de decisão destas autoridades e precisam ser submetidas ao Judiciário, criando lides artificiais que sobrecarregam as Cortes.

A propósito, Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 21) ressalta que *[...] um dos fatores que mais impediu o florescimento de uma doutrina que tutelasse a confiança daqueles que se relacionam com o Estado foi a crença na existência de um dogma incontestável do princípio da legalidade. Por muito tempo, predominou o entendimento de que esse princípio deveria irremediavelmente prevalecer quando em conflito com o interesse de particulares ou com outros interesses públicos.*

Destarte, é preciso reformular o princípio da legalidade, de modo a albergar a proteção da confiança legítima depositada pelos particulares na atuação estatal.

2 SUBSTITUIÇÃO DO PARADIGMA CLÁSSICO DA LEGALIDADE PELO CONCEITO DE JURIDICIDADE

O princípio da legalidade, cuja estrutura normativa difere das regras¹, foge à lógica do “tudo ou nada” e admite aplicação progressiva, mediante ponderação com os demais valores envolvidos no caso concreto.

Partindo dessa premissa, Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 51-52), com esteio nos ensinamentos do professor francês Charles Eisenmann, elenca quatro gradações possíveis do princípio da legalidade, com base na maior ou menor subordinação do administrador aos ditames da lei: *1. Para a atuação da Administração Pública é suficiente que ela não viole qualquer norma legal, ou seja, na inexistência de normas legais que a obriguem a fazer ou a deixar de fazer algo, tem liberdade para atuar. Nesta acepção, a legalidade seria uma relação de não-contrariedade com a lei. 2. A Administração Pública pode fazer o que uma norma superior, legal ou constitucional, a autorize, a habilite a fazer, ainda que não entre nos detalhes do conteúdo dos atos a serem emitidos. Nesta perspectiva, a Administração não possui liberdade na ausência de lei, mas basta que esta lhe atribua a competência. Privilegia-se, portanto, a existência de habilitação formal para o exercício de competência para a realização de determinados fins. 3. A Administração só pode emitir os atos que se esteiem em norma legal, não apenas habilitadora, mas predeterminante do conteúdo dos atos a serem praticados. 4. Em um plus em relação à visão anterior, a Administração Pública tem que estar apoiada em norma legal que esgote o conteúdo dos atos a serem tomados, que também deve determinar (não apenas facultar) a sua prática. Por esta visão, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas.*

A primeira visão, segundo o autor,

não seria factível por equiparar a liberdade de atuação da Administração Pública à do particular, com o acréscimo das prerrogativas de imperatividade e autoexecutoriedade de que gozam seus atos, o que acabaria por colocar o particular em posição de excessiva desvantagem perante a Administração. Por outro lado, a quarta posição citada acima também não seria viável por imobilizar a atividade administrativa ao exigir lei formal para autorizar cada aspecto da sua atuação (ARAGÃO, 2004, p. 52).

Portanto, na prática o conflito se daria entre a terceira concepção, mais alinhada à legalidade estrita, que concebe a Administração como mera executora da lei, de forma que os direitos e obrigações seriam criados pela lei e a atividade administrativa se limitaria a regulamentá-los, ainda que com alguma margem de discricionariedade; e a segunda concepção, para a qual bastaria a existência de leis autorizativas da atuação administrativa, que, sem chegar a predeterminar o conteúdo dos direitos e obrigações, facultam à Administração Pública tomar uma entre várias medidas possíveis (ARAGÃO, 2004, p. 52).

A juridicidade, portanto, fornece fundamento para a atuação do administrador além do previsto na lei, a fim de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Essa segunda concepção relaciona-se com o princípio da juridicidade, o qual, por sua vez, decorre do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, que alçou a Lei Maior ao papel de diretriz normativa central da disciplina, hábil a embasar a atuação do administrador, que não mais depende, necessariamente, da intermediação da lei em sentido estrito para efetivar direitos fundamentais lá previstos. A Constituição toma o lugar da lei como centro da vinculação administrativa à juridicidade.

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso

significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (I) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (II) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (III) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2014, p. 37-38).

A legalidade passa, então, a ser apenas um dos componentes da juridicidade que vincula a atividade da Administração Pública, a qual deve obediência, acima de tudo, às normas constitucionais, em especial àquelas instituidoras de direitos fundamentais, uma vez que a constitucionalização redefiniu, também, o papel da Administração Pública, incumbindo-a da tarefa de garantir e promover esses direitos.

Juarez de Freitas (2013, p. 59), ao discorrer sobre a legalidade temperada – cujo conteúdo guarda identidade com o que se designa por juridicidade –, pontua que o texto da lei não se confunde com a

juridicidade normativa, de sorte que não poderia o administrador público restringir-se ao primeiro, sob pena de tolher a possibilidade de atuação autônoma.

Pois bem: assim compreendido, o princípio da legalidade é valioso, embora princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional. Daí se exigir a “atuação conforme a lei e o Direito”. Com efeito, o princípio da legalidade só experimenta significado nessa interação com os demais princípios e direitos fundamentais. Quer dizer, pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruïnosa, a complexidade e a riqueza do fenômeno jurídico-administrativo. [...] A legalidade temperada requer a observância cumulativa de princípios em sin-

tonia com a teleologia constitucional, para além do “textualismo” estrito.

Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia e, ao mesmo tempo, não mais concentra em si todo o poder normativo. O sistema é o limite do normativismo das regras. Não é acaso que a Administração Pública nem sempre poderá fazer o que a lei, isoladamente, determinar, assim como nem sempre poderá deixar de fazer alguma coisa apenas por inexistir dever legal expresso. A cogência de outros princípios e a pluralidade de fontes normativas são realidades inextirpáveis e definitivas do Direito contemporâneo (FREITAS, 2013, p. 60-61).

A juridicidade, portanto, fornece fundamento para a atuação do administrador além do previsto na lei, a fim de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Mas, além dessa faceta permissiva, a juridicidade tem o efeito, também, de fornecer mais um parâmetro de controle do agir administrativo.

Aragão (2004, p. 63) destaca que [...] esta formulação é uma mão de via dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação.

Outrossim, a noção de juridicidade fornece suporte doutrinário à relativização da legalidade quando, em confronto com outros princípios de mesma hierarquia, a ponderação das circunstâncias verificadas no caso concreto justificar a prevalência destes.

3 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E SEU DESENVOLVIMENTO NA DOUTRINA EUROPEIA

A proteção da confiança é um princípio ainda em processo de compreensão e incorporação pela jurisprudência brasileira², sendo comumente confundido com a boa-fé objetiva e a segurança jurídica.

Com efeito, esses conceitos derivam de um denominador comum, todavia não podem ser tratados indistintamente, uma vez que a evolução dos estudos doutrinários tratou de particularizá-los.

Cuida a boa-fé da ideia que, desde o seu nascedouro, no Direito romano, foi aplicada predominantemente no direito privado, quer no sentido subjetivo, quer no objetivo, este último relacionado à lealdade, correção e lisura do comportamento recíproco das partes.

A segurança jurídica, de certa forma, consiste na transposição da boa-fé às relações entre o Estado e os particulares, ao exigir daquele comportamento coerente, previsível e estável, respeitando as situações consolidadas e os direitos adquiridos.

A proteção da confiança legítima, por sua vez, consiste em vertente subjetiva da segurança jurídica, ao tutelar a confiança depositada pelos particulares na manutenção de determinado comportamento estatal, exteriorizada através de planos e decisões de vida concretos (COUTO E SILVA, 2004, p. 272-274).

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos (COUTO E SILVA, 2004, p. 274).

A referência ao direito comparado justifica-se pela origem europeia do princípio, onde encontra maior desenvolvimento.

O princípio da proteção à confiança tem origem na Alemanha, em decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim datada de 14 de novembro de 1956, a qual foi confirmada por acórdão do Tribunal Administrativo Federal prolatado em 15 de outubro de 1957.

Antes dessa decisão, considerada por Hartmut Maurer como o “ponto de inflexão” da jurisprudência alemã, predominava o entendimento de que os atos favoráveis aos administrados, mas contrários ao direito, poderiam, com base no princípio da legalidade, ser revisados de ofício a qualquer tempo, uma vez que a antijuridicidade era causa suficiente para justificar a sua retirada do mundo jurídico. Essa decisão representou uma mudança fundamental da jurisprudência ao admitir a limitação da revisão de ofício dos atos favoráveis aos administrados, com base na proteção da confiança (MAURER, 2012, p. 291-292).

As premissas do caso analisado eram as seguintes: a viú-

[...] proteção da confiança incide especificamente sobre o comportamento dos agentes públicos, que devem atuar de modo a não frustrar as legítimas expectativas neles depositadas pelos particulares.

Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, validando atos originariamente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos (BINENBOJM, 2014, p. 71).

Ao admitir a hipótese de que o princípio da legalidade ceda em face de outros valores, o direito brasileiro abriu espaço ao princípio da proteção da confiança legítima.

va de um inspetor com domicílio dentro da zona de ocupação da antiga União Soviética na Alemanha recebeu uma pensão da Oberjustizkasse de Berlim até 8 de maio de 1945. Em 11 de março de 1953, ela obteve uma declaração do Senador do Estado de Berlim de que teria, nos termos do que prevê o art. 131 da Constituição da República alemã, direito a voltar a receber sua pensão se mudasse seu domicílio para Berlim Ocidental. Por conta desse esclarecimento, a viúva mudou-se para o território da antiga Alemanha Ocidental e, como consequência, a pensão retornou a ser concedida, em 23 de novembro de 1953, com efeitos a partir de 1º de setembro do referido ano. No entanto, em 10 de outubro de 1954, cerca de um ano após o início do recebimento do benefício, a Administração alemã editou um novo ato determinando que a pensão seria cancelada desde 31 de outubro do mesmo ano sob o fundamento de que a pensionista não teria preenchido todos os requisitos para a sua concessão. Além disso, a Administração alemã exigiu da pensionista a restituição de todas as quantias indevidamente já recebidas.

Em razão do ajuizamento de uma ação pela viúva, o Tribunal Revisor de Berlim em matéria de Direito Administrativo invalidou o ato que havia cancelado a pensão. Nas razões da decisão, o Tribunal lembrou que não se pode extrair do princípio da legalidade uma obrigação irrestrita do Estado de anular atos ilegais. O benefício era efetivamente indevido, mas a pensão acabou sendo mantida judicialmente, uma vez que ela havia modificado a vida da pensionista, de forma incisiva, com base na confiança depositada no Estado.

[...] Ao confirmar o pronunciamento do Oberverwaltungsgericht de Berlim, especialmente no que concerne à manutenção dos efeitos futuros da pensão ilegal, o Bundesverwaltungsgericht salientou que a pensão havia sido concedida pela mais alta instância administrativa de Berlim com competência na matéria. Além disso, foi dado destaque ao fato de a viúva ter confiado nas informações que recebera e agido rigorosamente de acordo com elas (ARAÚJO, 2016, p. 138-140).

Como se vê, a proteção da confian-

ça legítima é criação da jurisprudência e a doutrina controverte acerca do seu fundamento normativo. Existem duas correntes principais a respeito: a civilista, que encontra este fundamento no Direito Privado, mais especificamente na boa-fé objetiva, e a constitucionalista, que deriva a proteção da confiança de institutos de Direito Público, como a segurança jurídica e o Estado de Direito (ARAÚJO, 2016, p. 33).

A boa-fé objetiva, contudo, não pode ser considerada fonte normativa adequada ao princípio, uma vez que se aplica às relações jurídicas em geral, ao passo que a proteção da confiança incide especificamente sobre o comportamento dos agentes públicos, que devem atuar de modo a não frustrar as legítimas expectativas neles depositadas pelos particulares.

O lastro constitucional do princípio da segurança jurídica costuma ser associado ao inciso XXXVI do artigo 5º, que assegura a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 36-37) destaca que o *princípio da boa-fé objetiva, diversamente do que ocorre com o princípio da proteção da confiança, pode ser invocado tanto pelo Estado quanto por particulares. Ele obriga que uma parte considere efetivamente os interesses da outra e que ela evite um comportamento contraditório. [...] No entanto, [...] o princípio da proteção da confiança só ofereceria proteção num único sentido: em favor do particular que se relaciona com o Estado. É que o princípio da proteção da confiança almeja exclusivamente a contenção dos poderes públicos. Dessa forma, embora sejam ambos os princípios influenciados pelo valor da confiança e busquem evitar um desvio em relação a promessas e condutas anteriores, os dois conceitos não se igualam e um não pode servir de fundamento exclusivo para o outro.*

Segundo Hartmut Maurer (2012, p. 292), prevalece na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo alemão a corrente acima identificada como constitucionalista, que extrai o fundamento da proteção da confiança do princípio da segurança jurídica, o qual, por sua vez, deriva do Estado de Direito. A doutrina alemã

faz referência, também, ao princípio do Estado Social e, com crescente frequência, aos direitos fundamentais.

Com efeito, [...] *o princípio da proteção da confiança serviria para, materializando o princípio da segurança jurídica, fortalecer o Estado de Direito, que pode ter sua existência ameaçada pela excessiva intervenção do Estado na autonomia individual. Com esse raciocínio, é possível concluir que o princípio do Estado de Direito também é dotado de um caráter subjetivo. Ele também serve para proteger direitos subjetivos* (ARAÚJO, 2016, p. 47-48).

A partir dessas bases, o Tribunal Federal Administrativo alemão elaborou jurisprudência que, apesar de reconhecer a necessidade de analisar as especificidades de cada caso concreto, estabeleceu

parâmetros gerais a serem observados quanto à revisão de ofício dos atos administrativos antijurídicos.

Assim, de acordo com a jurisprudência consolidada na Alemanha, a confiança seria digna de proteção quando: 1) o beneficiário confiava na permanência do ato administrativo; 2) sua confiança é passível de proteção; e 3) seu interesse na proteção da confiança prevalece sobre o interesse público no retorno à legalidade. Por outro lado, a confiança não é passível de proteção quando: 1) o beneficiário obteve o ato administrativo de modo fraudulento ou empregando qualquer meio desleal; 2) o administrado conhecia ou deveria conhecer a ilegalidade do ato administrativo; e 3) a antijuridicidade do ato pode ser atribuída ao administrado, porque, por exemplo, forneceu informações falsas à Administração. O reconhecimento da confiança legítima também costuma exigir que o beneficiário tenha manifestado sua confiança ao adotar medidas ou disposições concretas que a exteriorizam. A jurisprudência mais recente aplica também o critério da razoabilidade (MAURER, 2012, p. 293-294).

Ainda que essa jurisprudência tenha perdido parte de seu protagonismo com

a regulamentação do assunto por meio da Lei de Procedimento Administrativo Federal alemã, de 25 de maio de 1976, Maurer (2012, p. 294-295) entende que seu estudo é importante por ter fornecido a base que inspirou a regulamentação normativa. Ademais, este entendimento jurisprudencial permanece aplicável aos casos em que não incide a Lei de Procedimento Administrativo.

Segundo a regra geral do § 48 da Lei alemã de Procedimento Administrativo³, a revisão de ofício dos atos antijurídicos encontra limite na proteção da confiança legítima. Nesses casos, os atos que concedem uma prestação não podem ser revisados, ao passo que os atos favoráveis de outras categorias que não os prestacionais podem ser revisados, mas o interessado faz jus a indenização pelos prejuízos decorrentes da revisão.

Constitui pressuposto da proteção da confiança que o beneficiário tenha confiado na existência do ato administrativo e que essa confiança resulte, em ponderação com o interesse público na revisão de ofício, digna de proteção. Para determinar se existe uma confiança digna de proteção é necessário examinar sucessivamente as seguintes questões, sendo que a resposta negativa a uma delas torna desnecessário o exame das demais:

1) O beneficiário confiou de fato no ato administrativo? Essa resposta será negativa, por exemplo, se ele não tinha conhecimento do ato.

2) Ocorreu alguma das circunstâncias excludentes da proteção, a saber: a) o beneficiário obteve o ato mediante engano premeditado, intimidação ou coação; b) o beneficiário obteve o ato mediante a prestação de informações incorretas ou incompletas; c) o beneficiário conhecia a ilegalidade do ato ou a desconhecia por negligência grave, quando tinha a obrigação de conhecê-la?

3) O beneficiário consumiu as prestações outorgadas ou adotou disposições patrimoniais que não pode desfazer sem suportar prejuízo irrazoável? Se a resposta é positiva, em geral, se reconhecerá a proteção da confiança. A resposta negativa não exclui, a princípio, a proteção da confiança, mas nesse caso não haverá danos indenizáveis.

4) Prevalece o interesse do beneficiário na proteção da confiança? Nessa ponderação de interesses devem ser consideradas as circunstâncias concretas e seu peso específico no caso particular, como, por exemplo, as consequências da revisão de ofício para o beneficiário, as repercussões da manutenção do ato para o interesse público e de terceiros, o tipo e procedimento de elaboração do ato administrativo – quanto mais formal o procedimento, mais o beneficiário poderia confiar na manutenção do ato –, a gravidade da antijuridicidade e o tempo decorrido desde a elaboração do ato. Dessa ponderação pode resultar limitação material ou temporal da revisão de ofício (MAURER, 2012, p. 296-299).

Em outros sistemas jurídicos europeus, o princípio da proteção da confiança existe, mas não alcançou o desenvolvimento que atingiu na Alemanha, o que pode ser atribuído a várias razões, como a falta de consagração constitucional; a força atribuída ao princípio da mutabilidade, segundo o qual o Estado deve ser livre para modificar sua política a todo instante; e a reticência dos juizes administrativos, especialmente quando instaurado confronto com o princípio da legalidade, porque a de-

cisão a modificar ou suprimir é contrária ao direito (FROMONT, 2006, p. 265).

Na Itália, o princípio da confiança legítima nasceu no âmbito do direito privado, como expressão do princípio da boa-fé. Progressivamente, doutrina e jurisprudência italianas passaram a dar mais relevo à vertente objetiva da boa-fé, situando-a constitucionalmente como um princípio implícito, decorrente do dever de solidariedade social. Com relação ao Poder Público, a proteção da confiança legítima funciona tanto como uma regra geral de conduta, que limita a autotutela administrativa, quanto como um limite ao Poder Legislativo ao vedar mudanças imprevisíveis da ordem legal, bem como a aplicação retroativa da lei (BASTIANON, 2012, p. 72-78).

No âmbito do Direito comunitário europeu, a proteção da confiança é interpretada como uma vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica, com o objetivo de assegurar a tutela de posições jurídicas titularizadas pelos particulares, não se confundindo com a vertente objetiva, a qual traz a exigência de que as regras de conduta sejam claras, certas e previsíveis (BASTIANON, 2012, p. 51-55).

O conceito de confiança legítima não se encontra positivado no Direito comunitário⁴, razão por que comumente a jurisprudência comunitária europeia não o distingue da segurança jurídica. No entanto, não é demais ressaltar que os dois princípios não se confundem, uma vez que este tem caráter estático e atua como cânone hermenêutico, ao passo que aquele tem natureza dinâmica e é invocado como fonte de direitos (BASTIANON, 2012, p. 84-89).

A jurisprudência comunitária tem considerado a confiança digna de proteção, nos casos em que a Administração tenha fornecido garantias precisas ao particular, as quais geraram expectativas fundadas, sendo estas valoradas a partir do comportamento objetivo da Administração e do estado subjetivo do particular, o que exclui aquele que agiu de má-fé (BASTIANON, 2012, p. 117-120).

Essa jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia influenciou a adoção da teoria da proteção da confiança legítima pelo Direito britânico. Contudo, no Reino Unido, ela não deriva do princípio da segurança jurídica, mas sim do princípio da lealdade, mais familiar aos juristas britânicos, o que explica o enfoque da teoria no comportamento das autoridades administrativas e na necessidade de que sua atuação não induza em erro o administrado. Isso justifica, também, a proteção das expectativas geradas não apenas pelo conteúdo das decisões tomadas pela Administração, mas também daquelas referentes ao procedimento habitualmente observado. Assim, são resguardadas tanto as expectativas substanciais, decorrentes do conteúdo do ato, quanto as procedimentais. Contudo, o direito britânico empresta muita força ao princípio da legalidade, de modo que a jurisprudência é reticente em admitir a proteção de expectativas *contra legem* (FROMONT, 2006, p. 267-269).

4 ESTADO ATUAL DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO BRASIL

Como visto no item precedente, a proteção da confiança legítima é construção recente no Brasil e deriva do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, é extraído do

Estado de Direito. Isso porque *não existe Estado sem segurança jurídica; portanto, não haverá Estado sem a proteção da confiança legitimamente depositada pelo cidadão, nos atos dos representantes desse mesmo Estado* (SOUZA, 2018, p. 98).

A proteção da confiança geralmente é invocada em casos de mudanças imprevistas da ordem legal e de anulação de atos administrativos favoráveis aos administrados com efeitos retroativos. Contudo, segundo Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 82-104), em todas as hipóteses, a proteção da confiança depende da concorrência das seguintes condições:

1) A base da confiança, consistente no comportamento, ato ou omissão estatal que originou a confiança no particular;

2) A existência da confiança no plano subjetivo, que diz com a confiança do particular na continuidade do ato estatal e, por conseguinte, exclui da proteção aquele que o desconhecia, que tinha ciência da ilegalidade do ato ou que foi o causador do vício;

3) O exercício da confiança por meio de atos concretos, capazes de exteriorizar a confiança depositada pelo particular no Estado, porque a proteção da confiança não constitui um fim em si mesma e não se presta a tutelar mero estado psíquico interno, mas sim a proteger as medidas adotadas pelo particular titular de uma expectativa legítima; e

4) A ocorrência de um comportamento estatal desviante do ato que serviu de base da confiança e que frustrou a expectativa legítima gerada por aquele primeiro ato.

O lastro constitucional do princípio da segurança jurídica costuma ser associado ao inciso XXXVI do artigo 5º, que assegura a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. No plano infraconstitucional, a Lei 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo federal, é apontada como pioneira ao prever, em seu artigo 2º, *caput*, que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da segurança jurídica. O mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, incisos IV e XIII, determina a atuação, nos processos administrativos, “segundo padrões éticos

de probidade, decoro e boa-fé”, bem como veda a aplicação de nova interpretação jurídica a fatos pretéritos. Não se pode olvidar, também, do artigo 54 da mesma lei⁵, que instituiu prazo decadencial para a Administração anular atos dos quais decorram efeitos favoráveis ao destinatário de boa-fé⁶, em nitida chancela da confiança por ele depositada na manutenção do ato (COUTO E SILVA, 2004, p. 279).

Na mesma toada, as Leis n. 9.868 – que dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade – e n. 9.882 – a qual dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental –, ambas editadas em 1999, preveem, respectivamente em seus artigos 27 e 11, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em processos de controle concentrado de constitucionalidade, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando essa medida for necessária para preservar a segurança jurídica (SOUZA, 2018, p. 99).

O princípio da proteção da confiança, conforme visto anteriormente, deriva da segurança jurídica, a qual, por sua vez, é um dos pilares do Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade.

O Código de Processo Civil editado em 2015, da mesma forma, prestigiou a segurança jurídica e a proteção da confiança ao dispor sobre a modificação de enunciado de súmula ou de jurisprudência pacificada nos §§ 3º e 4º do artigo 927.

Victor Roberto Corrêa de Souza (2018, p. 99-100) destaca que *a necessidade de coerência sistêmica indica que nos procedimentos administrativos deve ser aplicada a mesma lógica determinada pelo CPC aos processos judiciais, de forma que não sejam confundidas a invalidação em si com os efeitos do ato invalidado. Se um ato considerado inconstitucional ou ilegal mesmo após decisão do STF, ou do STJ em recursos especiais repetitivos, pode manter efeitos prospectivos no tempo, os efeitos do ato administrativo nulo, invalidado pela*

própria Administração, devem ter o mesmo destino.

Assim, nota-se uma tendência à incorporação da proteção da confiança no Direito positivo brasileiro. A importância desse movimento legislativo reside no fato de que os atos administrativos gozam, dentre outros atributos, da presunção de legitimidade, tornando-os aptos a gerar nos cidadãos expectativas que, embora ainda não tenham sido incorporadas definitivamente ao seu patrimônio, na condição de direitos adquiridos, não podem ser desconsideradas, ainda que o ato que as tenha gerado seja contrário ao direito. *O que o direito protege não é a “aparência de legitimidade” daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da “aparência de legitimidade” que têm os atos do Poder Público* (COUTO E SILVA, 2004, p. 275).

Com efeito, *o direito subjetivo à proteção da confiança serve para garantir ao particular que sua expectativa seja levada em consideração em uma prévia ponderação com o interesse estatal na implementação de mudanças na ordem*

jurídica (ARAÚJO, 2016, p. 62-63). Esse raciocínio aplica-se também no caso de revogação do ato administrativo eivado de nulidade.

Nesse tema, convém destacar que o Direito privado diferencia os atos nulos dos anuláveis, sendo que os da primeira categoria podem ser retirados de ofício e não admitem confirmação ou convalidação, ao passo que os pertencentes à segunda categoria admitem convalidação e sua anulação não prescinde de manifestação do interessado. No entanto, houve uma transposição acrítica desses institutos próprios do Direito Civil para o Direito Administrativo, o que resultou no entendimento cristalizado nas Súmulas 346⁷ e 473⁸ do Supremo Tribunal Federal, ambas editadas na década de 1960.

Ocorre que a sistemática que foi criada pelas súmulas do STF e posterior-

mente positivada na Lei 9.784/99, acerca da ineficácia integral de um ato administrativo nulo que macule o “interesse público” padece de uma visão oblíqua que precisa ser corrigida: quase sempre é a Administração Pública que, na sua atuação, é a responsável, exclusiva ou parcialmente, por algum erro que conduz à anulação do ato administrativo, e quando esse erro é descoberto interna ou externamente por algum órgão de controle, a Administração alega “interesse público” na sua anulação, com efeitos ex-tunc – quando notoriamente se percebe que tal “interesse público” é um mero “interesse da Administração” (SOUZA, 2018, p. 100-101).

Por isso, no âmbito do Direito Administrativo pouco importa se o ato é nulo ou anulável; o que determinará sua invalidação, bem como se os efeitos desta poderão retroagir, será a ponderação entre os princípios da legalidade, de um lado, e da segurança jurídica e da proteção da confiança, de outro (SOUZA, 2018, p. 101-102).

5 CONFLITO ENTRE LEGALIDADE E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E A SOLUÇÃO DA JURIDICIDADE

A proteção da confiança encontra-se em permanente tensão com o princípio da legalidade, porque os conceitos não se excluem mutuamente, por não possuírem estrutura de regras, mas sim de princípios. Cuida-se de face específica do conflito entre interesse público e privado (BASTIANON, 2012, p. 129-131).

Esse conflito é mais perceptível na revisão de atos administrativos ilegais que geram efeitos favoráveis ao administrado. De um lado, a prevalência da legalidade estrita determina o retorno a uma situação conforme ao direito, com a revisão do ato ilegal. De outro lado, porém, encontra-se a proteção da confiança legítima do beneficiário, que justifica a manutenção do ato ilegal, a retirada do ato sem efeitos retroativos ou, ainda, a retirada do ato mediante pagamento de indenização ao prejudicado.

Hartmut Maurer (2012, p. 292-295) destaca que a jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo alemão que adotou a segunda solução e, assim, disseminou o princípio da proteção da confiança, recebeu críticas relacionadas à violação da legalidade, às quais respondeu que, como a proteção da confiança também tem lastro constitucional, não se trata de solução *contra legem*, mas sim de uma ponderação de interesses para verificar qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Destarte, a solução do conflito pressupõe considerar legalidade e confiança legítima como princípios de mesmo nível hierárquico que devem ser ponderados em face das circunstâncias do caso (COUTO E SILVA, 2004, p. 287). Nessa situação, o ônus da prova do particular recai sobre sua própria boa-fé, ao passo que o da Administração recai sobre a existência de um interesse público superior que justifique a desconsideração da confiança legítima (BASTIANON, 2012, p. 134-135).

O princípio da proteção da confiança, conforme visto anteriormente, deriva da segurança jurídica, a qual, por sua vez, é um dos pilares do Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade. Daí conclui-se, sem esforço, que os princípios não se excluem mutuamente; pelo contrário, ambos devem conviver harmonicamente a fim de preservar as estruturas que sustentam o Estado de Direito.

Não há, é preciso destacar, um incontornável antagonismo entre o princípio da proteção da confiança e o da legalidade. [...] a incompatibilidade entre os dois princípios seria apenas aparente, uma vez que a aplicação desse último já exige a observância daquele primeiro. Somente as leis que respeitem a confiança depositada pelo particular nos atos estatais, isto é, que não colidam com o princípio da proteção da confiança, é que podem ser reconhecidas como constitucionais (ARAÚJO, 2016, p. 131).

Resgatando o conceito de juridicidade abordado linhas atrás, percebe-se que, ao atribuir à Constituição papel central na regulação da atuação administrativa, ele abrange simultaneamente a legalidade e a proteção da confiança, funcionando como *um instrumento hábil a mitigar a aplicação acrítica do princípio da legalidade* (ARAÚJO, 2016, p. 132), de modo a consolidar o novo papel do administrador público na promoção dos direitos fundamentais, reforçando, por conseguinte, a superação do paradigma da legalidade estrita.

Destarte, no caso específico dos atos administrativos ilegais com efeitos favoráveis ao administrado, o respeito à juridicidade e o retorno a uma situação conforme ao Direito não implicam, necessariamente, a retirada do ato ilegal. Como o princípio do Estado de Direito abriga, simultaneamente, a legalidade e a proteção da confiança, para decidir pela retirada ou manutenção do ato, bem como sobre seus efeitos, será necessário ponderar entre o interesse público na revogação do ato ilegal e a proteção da confiança nele legitimamente depositada pelo particular para aferir qual dos dois prevalece na situação em exame⁹.

6 CONCLUSÃO

A inadequação das estruturas clássicas para lidar com a realidade atual, em que a promoção e tutela dos direitos fundamentais do cidadão dá a tônica, põe em xeque diversos conceitos consagrados no Direito Administrativo, como a legalidade estrita, a qual vem paulatinamente sendo substituída pela noção de juridicidade.

A juridicidade representa um passo além da legalidade ao admitir a vinculação direta do administrador público à Constituição e, por conseguinte, ao sistema de direitos e garantias nela contido.

Nesse contexto insere-se a proteção das legítimas expectativas depositadas pelos particulares na manutenção de determinado comportamento estatal, a qual se encontra em pé de igualdade com a legalidade estrita na escala de valores a serem observados pelo administrador público em processo de ponderação.

Assim, a proteção da confiança legítima não conflita com a legalidade mas, ao contrário, reforça a concepção de juridicidade ao levar em conta a proteção dos direitos subjetivos do cidadão. Com isso, há um fortalecimento da autonomia do administrador, bem como da qualidade das decisões administrativas, o que resulta no incremento da própria confiança depositada pelos particulares no Estado.

Isso porque *a confiança desempenha o papel de generalizar expectativas de comportamento. Dessa maneira, ela reduz a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas. Um dado faltante sobre um possível*

comportamento dentre vários é substituído por um sentimento de segurança que é garantido internamente (ARAÚJO, 2016, p. 12).

O aumento da previsibilidade do comportamento estatal aumenta a eficiência do planejamento dos cidadãos e, por conseguinte, reduz a quantidade de controvérsias que precisam ser levadas à apreciação do Judiciário.

O cenário ideal de atuação estatal não é coibir a realização de mudanças, mas sim fazê-las sem gastos estatais com medidas reparatórias, procedendo com a menor possibilidade de erros que venham a causar alguma violação da segurança jurídica dos indivíduos. Um interesse maior dos agentes estatais na observância da confiança dos cidadãos se mostra indispensável, especialmente quando estivermos diante de mudanças de entendimentos estatais que sejam mais gravosas a estes cidadãos (SOUZA, 2018, p. 98).

Outro efeito desse incremento qualitativo dos atos estatais que consideram em seu processo decisório a proteção da confiança legítima é o aumento da deferência judicial¹⁰ à autoridade administrativa.

Neste tema, Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 64-65) destaca que a proteção da confiança legítima também é responsável por um considerável aumento na aceitação voluntária das decisões estatais. *Quando um agente público respeita a confiança depositada pelos particulares nos seus atos, há maior probabilidade de seu reconhecimento como uma autoridade legítima, e, por conta disso, aumentam as chances de que seus atos sejam cumpridos num ambiente de cooperação. A tendência de adesão aos comandos emitidos pela Administração se eleva à medida que as informações por ela fornecidas forem, em razão de um maior respeito dispensado ao princípio da proteção da confiança, melhores e mais estáveis. Quanto maior for a qualidade e a estabilidade das decisões estatais, mais fácil será obter o apoio do destinatário do ato.*

Portanto, a proteção da confiança legítima pelo administrador público em sua atuação de ofício não contrasta com o princípio da legalidade mas, ao inverso, complementa-o, uma vez que am-

bos são componentes de igual hierarquia do princípio do Estado de Direito, o qual pode ser manejado diretamente pelo administrador público, sob o pálio da juridicidade.

Com efeito, Ricardo Perlingeiro (2017, p. 200-201) destaca que *quanto mais efetiva a atuação administrativa na proteção dos direitos fundamentais, maior a confiança dos cidadãos nas autoridades, maior a deferência judicial em favor das autoridades, e menor a necessidade do Judiciário.*

Assim agindo, o administrador público aumenta a confiança depositada pelo particular na atuação estatal e, por conseguinte, a deferência judicial aos seus atos, reduzindo a judicialização e fortalecendo a autoridade administrativa.

NOTAS

- 1 Segundo Humberto Ávila (1999, p. 167), *pode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.*
- 2 Almiro do Couto e Silva (2004, p. 279), em artigo pioneiro sobre o tema, destaca que as primeiras decisões reconhecendo o status de princípio constitucional da proteção da confiança foram proferidas pelo STF no início dos anos 2000. São elas: MC n. 2.900-RS, relator Min. Gilmar Mendes (8/ 3/2003), Informativo do STF n. 231; MS 24268/MG, relator Min. Gilmar Mendes (15/ 3/2004), Informativo do STF n. 343; e MS 22357/DF, relator Min. Gilmar Mendes, DJU de 24/ 5/2004.
- 3 Procede-se à transcrição do artigo legal em comento, em tradução de Hermann-Josef Blanke, Evelyn Patrizia Gottschau e Pedro Aberastury (disponível na obra *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, organizada por Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 594 ss), devido à clareza da previsão legal: *Artículo 48. Retiro del acto administrativo ilícito (1) 1 Aún después de ser inimpugnable, un acto administrativo ilícito puede ser retirado, total o parcialmente, con efectos para el futuro o para el pasado. 2 Un acto administrativo que crea o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante (acto administrativo beneficioso – begünstigender Verwaltungsakt), sólo puede ser retirado bajo*

las restricciones de los apartados 2 a 4. (2) 1 Un acto administrativo ilícito que garantiza una prestación monetaria única o periódica o una prestación material divisible o que es requisito para ello, no puede ser retirado en la medida que el beneficiario ha puesto confianza en la firmeza del acto administrativo y su confianza, ponderándola con el interés público en un retiro, es digna de protección. 2 La confianza es en principio digna de protección cuando el beneficiario ha realizado las prestaciones concedidas o si ha llevado a cabo una disposición patrimonial que no puede mas anular o sólo soportando prejuicios no exigibles. 3 El beneficiario no puede invocar la confianza, cuando él 1. obtuvo el acto administrativo mediante engaño doloso, amenaza o corrupción; 2. obtuvo el dictado del acto administrativo por indicaciones que eran incorrectas en aspectos esenciales o que eran incompletas; 3. conocía la ilicitud del acto administrativo o no la conocía por negligencia grave. 4 En los casos previstos en la tercera frase, el acto administrativo es en principio retirado con efecto retroactivo. (3) 1 En caso del retiro de un acto administrativo ilícito, no comprendido en el apartado 2, la autoridad administrativa debe, a solicitud, recompensar al afectado el perjuicio patrimonial sufrido por su confianza en el acto administrativo, en la medida que su confianza, ponderándola con el interés público, es digna de protección. 2 Apartado 2º, 3ª frase se aplica. 3 Sin embargo, el perjuicio patrimonial no debe ser recompensado mas allá del monto del interés que el afectado tiene en la firmeza del acto administrativo. 4 El monto del perjuicio patrimonial a recompensar es fijado por la autoridad administrativa. 5 La pretensión sólo puede ser requerida dentro de un año; el plazo corre luego de que la autoridad administrativa lo comunicó al afectado. (4) Cuando la autoridad administrativa tiene conocimiento de hechos que justifican el retiro de un acto administrativo ilícito, el retiro es admisible solo dentro de un año a partir del momento del conocimiento. Esto no se aplica en el caso del apartado 2, 3ra frase, nº 1. (5) La autoridad administrativa competente en virtud del Artículo 3 decide sobre el retiro después de la inimpugnabilidad del acto administrativo; esto se aplica igualmente si el acto administrativo a retirar fue dictado por otra autoridad administrativa.

4 Ao contrário da vertente objetiva da segurança jurídica, prevista expressamente nos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia.

5 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

6 Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 146-147) destaca que esse artigo legal resulta de uma ponderação feita pelo legislador entre o princípio da legalidade e o da proteção da confiança. A anulação de um ato viciado é, em princípio, uma medida obrigatória e de natureza vincu-

lada. Entretanto, também apresentará essas mesmas características o ato administrativo que reconhecer a necessidade de manutenção de um ato inválido [...]. Ultrapassados os cinco anos de sua edição, o ato viciado em que esteja presente a boa-fé de seu destinatário não poderá mais ser desfeito. Trata-se de uma regra insuscetível de um adicional sopesamento com outros bens jurídicos que seja capaz de levar a um resultado prejudicial ao particular. Quando, por outro lado, os cinco anos ainda não tiverem se escoado, será possível, ainda que em situações excepcionais, deixar de aplicar a regra rígida do referido art. 54, mas sempre com o propósito de favorecer o cidadão. Dessa forma, mesmo antes de decorridos os cinco anos de decadência previstos na legislação federal, o ato viciado pode ser mantido por razões que o caso concreto exija.

- 7 A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.
- 8 A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
- 9 Sobre este assunto, Weida Zancaner, citada por Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 129-130, nota 473), discorre que o princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido. [...] Assim, o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada.
- 10 O conceito de deferência judicial não se relaciona com subordinação, mas com respeito à escolha razoável do órgão administrativo técnico. Esse conceito provém da doutrina Chevron, desenvolvida no direito norte-americano com base na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América proferida em 1984, a qual estabeleceu um modelo de teste legal com vistas a determinar se deve conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta. Segundo o teste encontrado pela Suprema Corte, ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais verificar se a solução posta pela agência é razoável.

A Court adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas. No primeiro passo, a questão a ser resolvida é se o Congresso falou diretamente; se a intenção do Congresso é clara, isso é o fim do assunto; tanto a Court, bem como a agência devem dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso. [...] no entanto, se a Court determinar que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em discussão, o tribunal não vai simplesmente dar a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação

administrativa. Bem, se a legislação é silente ou ambígua quanto ao assunto específico, a questão para o tribunal é a de saber se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável [...]. Ao juiz não cabe perguntar se a interpretação é a única e se o tribunal teria chegado a idêntico resultado, mas sim de demonstrar que a interpretação seja 'reasonable' e poderia ser adotada a linha interpretativa da agência governamental (BINICHESKI, 2017, p. 30)

Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018. p. 97-113.

Artigo recebido em 18/8/2019.

Artigo aprovado em 17/9/2019.

REFERÊNCIAS

- ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44672/44977>. Acesso em: 13 maio 2018.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>. Acesso em: 13 maio 2018.
- BASTIANON, Stefano. *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*. Milão: Giuffrè, 2012.
- BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 21, n. 73, p. 29-39, set./dez. 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 de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FROMONT, Michel. *Droit administratif des états Européens*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2919991>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Proteção e promoção da confiança legítima. In: COUTINHO, Juliana Ferraz; PERLINGEIRO, Ricardo (coord.). *Direito administrativo de garantia: contributos sobre os mecanismos de proteção dos administrados*.

Luísa Silva Schmidt é Juíza Federal Substituta na Seção Judiciária do Rio de Janeiro e mestranda em Justiça Administrativa pela Universidade Federal de Santa Catarina.