Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros

Patrícia Baptista

Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UCAM. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo dedica-se ao estudo das transformações ocorridas no instituto da autotutela administrativa posteriormente ao advento da Constituição de 1988 e constitucionalismo que se instalou posteriormente à segunda guerra. Passaram a se impor limitações formais e materiais à atuação administrativa, de forma que, para a anulação de um ato ilegal, tornou-se imperiosa, entre outras garantias, a observância da motivação, publicidade, contraditório e ampla defesa, segurança jurídica e boa-fé. Após exame da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, são apresentadas propostas para o exercício desta competência da Administração dentro dos limites constitucionais devidos.

Palavras-chave: Autotutela administrativa. Constitucionalismo. Contraditório e ampla defesa.

Sumário: **1** O direito administrativo brasileiro pós-1988 – **1.2** A filtragem constitucional do direito administrativo – **2** Os limites constitucionais à autotutela administrativa – **2.1** A autotutela administrativa: o que evoluiu desde as Súmulas nºs 346 e 473? – **2.2** Limites substantivos e limites procedimentais – **3** Os limites formais ou procedimentais ao exercício da autotutela administrativa – **3.1** A controvérsia na jurisprudência brasileira – **3.2** É possível afastar a exigência de contraditório e de ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal? Alguns parâmetros propostos – **4** Conclusões

1 O direito administrativo brasileiro pós-1988

A Constituição de 1988 constitui um inequívoco marco para o direito administrativo brasileiro. Na verdade, não parece excessivo, nem há mais qualquer novidade em se reconhecer que o direito administrativo que exsurgiu da Constituição de 1988 é um direito administrativo muito diferente daquele que se preconizava até então. As mudanças mais importantes se operaram no campo dos pressupostos teóricos.

Com efeito, de um direito administrativo calcado sobre as premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um interesse público ditado essencialmente pela própria Administração, evoluiu-se — pois, inequivocamente, tratou-se de uma evolução — para um direito administrativo marcado pela ascensão do cidadão-administrado à condição de objeto central dos cuidados da disciplina e submisso aos princípios e direitos fundamentais. A Administração cedeu sua vez ao cidadão como foco principal das preocupações do direito administrativo. Em lugar de investigar o exercício unilateral dos poderes administrativos, o direito administrativo contemporâneo se ocupa essencialmente de regular as relações, a Administração e os administrados. Creiam os leitores que os reflexos dessa mudança de paradigmas não são irrelevantes e têm levado à necessidade de se proceder à releitura de praticamente todos os institutos da disciplina a partir de suas bases.

Lógico que a mudança do substrato teórico e das premissas sobre as quais se fundam toda uma disciplina não se faz — nem se fez de fato — da noite para o dia. A percepção pela doutrina e, mais ainda, a incorporação pela jurisprudência das novas premissas são processos gradativos e dependem, especialmente no caso das decisões dos Tribunais, da familiarização dos operadores do direito com os novos conteúdos.[1] E, claro, como fator de retardo ainda maior, não se pode menosprezar a grande resistência por parte da Administração em absorver estas novas premissas para alterar suas arraigadas práticas. Assim, passados quase vinte anos de vigência da Constituição de 1988, pode-se dizer que esse processo de modernização do direito administrativo pátrio ainda não se completou.[2]

[1] A demora na incorporação das novas orientações e interpretações jurídico-doutrinárias é ainda maior nos Tribunais. Formados em uma tradição de direito administrativo extremamente formalista e imperativa, muitos juízes prosseguiram aplicando as mesmas construções doutrinárias assentadas desde os anos sessenta e setenta, a despeito da vigência do novo texto constitucional. Ainda hoje, na verdade, não são raras as decisões que, amparadas apenas em princípios como o da presunção de legitimidade dos atos administrativos e o da supremacia do interesse público, legitimam atos da Administração sem um escrutínio mais detalhado de sua adequação aos novos comandos constitucionais.

[2] Lembro-me particularmente de um caso, há alguns anos — quando a Carta de 1988 já havia completado seu decênio —, em que proferi um parecer recomendando a anulação de uma sanção administrativo-disciplinar aplicada em *1998* a um determinado servidor público sem a sua prévia oitiva, intimação ou mínima oportunidade de defesa que fosse. Antes de impor a pena disciplinar em questão — uma suspensão por 60 dias —, a autoridade administrativa limitara-se a colher os depoimentos de dois outros servidores, ambos ocupantes de função de confiança e superiores hierárquicos do servidor apenado, que confirmaram a suposta infração disciplinar em seus depoimentos. O caso, claramente, revivia um tipo de procedimento disciplinar muito comum antes da vigência da atual Constituição, conhecido como *verdade sabida*. Tal procedimento, porém, tão logo editada a nova carta constitucional, foi proscrito pela doutrina e pela jurisprudência, razão pela qual a Administração efetivamente acabou anulando a punição. A hipótese relatada, por sinal, evidencia bem o quão a Administração Pública no país resistiu e, muitas vezes, prossegue resistindo a abandonar práticas autoritárias às quais sempre esteve habituada, vale dizer, com o beneplácito do próprio direito administrativo.

Mas como, e por que, se deu essa profunda alteração no direito administrativo singularmente a partir da edição de um novo texto constitucional, fato que, por si só, não chega a ser extraordinário na história recente do Brasil? Um rápido panorama das razões que levaram o texto constitucional de 1988 a representar um marco tão relevante no desenvolvimento do direito administrativo brasileiro permitirá ao leitor compreender melhor os reflexos mais concretos dessa influência no que diz respeito ao exercício do poder (ou da prerrogativa, como prefiro) da autotutela administrativa, tema mais específico desse estudo.

1.2 A filtragem constitucional do direito administrativo

A primeira — e, provavelmente, a principal — razão do êxito da Constituição de 1988 em subjugar a Administração aos seus ditames formais e materiais (o que, até então, as Constituições anteriores não haviam conseguido) foi o sucesso do próprio constitucionalismo — e da jurisdição constitucional que lhe está atrelada — no mundo ocidental nos últimos cinquenta anos.

Apresentando-se como um instrumento de afirmação do Estado de Direito, o direito constitucional logrou alcançar, no decorrer do século XX, o patamar de disciplina condicionadora e informadora de toda ordem jurídica infraconstitucional e, sobretudo, das demais vertentes do direito público. O século XX pode ser considerado como o século do constitucionalismo. O direito constitucional reuniu forças para se firmar como o núcleo das ordens jurídicas nacionais. Tornou-se capaz de condicionar todos os demais ramos do direito. Invocando-se a perfeita síntese de Bruce Ackerman, hoje a "fé iluminista nas constituições escritas varre o mundo".[3]

Embora acostumado, até ali, a certo isolamento teórico, decorrente das peculiaridades de seu desenvolvimento, o direito administrativo não escapou à influência das Constituições editadas a partir do Segundo Pós-Guerra.[4] A moderna doutrina alemã chega a afirmar a existência de uma

[3] ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Consitucionalism. *Yale Law School Occasional Papers*, New Haven, Second Series, n. 3, p. 2, 1997.

[4] Deve-se dizer que, hoje, o direito administrativo na Europa tem sofrido fortemente a influência de um outro processo a que a doutrina vem apelidando de "europeização" do direito administrativo. Trata-se do forte condicionamento dos direitos administrativos nacionais pelo direito comunitário europeu que, na sua essência, é ele mesmo um direito administrativo. O fenômeno de "europeização" do direito administrativo no âmbito dos países da Comunidade é destacado por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Trad. Mariano Bacigalupo *et al*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 40. Igualmente reconhecendo a existência de um processo de *reconstrução* ou de reelaboração dogmática dos direitos administrativos nacionais provocado pelo direito comunitário europeu, cf. QUADROS, Fausto de. *A Nova dimensão do direito administrativo*: o direito administrativo português na perspectiva comunitária. Coimbra:

"dependência constitucional do direito administrativo",[5] tanto do ponto de vista organizacional como material. É, de fato, no direito constitucional que o direito administrativo vai buscar, hoje, os seus principais fins e, também, os meios de realização. Nas palavras de Eberhard Schmidt-Assmann:

> O substrato axiológico do Direito administrativo alemão se fundamenta sobre a posição jurídico-material do indivíduo. A vinculação aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG) e a proteção jurisdicional (art. 19.4 GG) constituem a base constitucional deste modelo. Desta forma, o direito público subjetivo se converte em conceito chave de todo o sistema (*vid. 2/69*). Os elevados níveis de proteção que o Direito administrativo e a jurisprudência outorgam ao indivíduo se converteram na marca característica de um Direito administrativo enraizado em suas bases constitucionais.[6]

Ainda na mesma linha, J. Habermas destacou a influência dos direitos fundamentais desenvolvidos pela jurisdição constitucional alemã no campo das relações entre o direito administrativo e o constitucional. Tais direitos são apontados pelo autor como "princípios de uma ordem jurídica geral" (princípio da proporcionalidade, a proteção dos direitos fundamentais através de organização e procedimentos etc.). Ao ver de Habermas, os "conteúdos essenciais" ou "limites imanentes" dos direitos fundamentais operam como parâmetros da atuação do Estado-administrador, no campo onde a lei formal não o alcança. Através de sua realização pela jurisdição constitucional, tais direitos servem para superar a insuficiência atual da construção clássica do princípio da separação de poderes, atuando como balizamentos controláveis e aferíveis para a atuação administrativa, sobretudo sob a forma do Estado Social. Trata-se de um efeito irradiador dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito e, particularmente,

---

Almedina, 1999. p. 18-9, 50-1. A propósito, vale ainda conferir o trabalho pioneiro de SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Trad. ECSC.EEC.EAEC. London: Sweet and Maxwell, 1992. reimp. 1995 e, mais recentemente, a extensa obra de Paul Craig (*EU Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2006).

[5] Peter Häberle. *Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht*. *In*: *Bayerische Verwaltungsblaetter*, n. 24, 1977, p. 745 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 236-7. O autor português prossegue afirmando que: "em todos os domínios, mas muito particularmente no que respeita aos direitos subjectivos, as normas de Direito Administrativo devem ser entendidas à luz das disposições constitucionais e desse entendimento resulta que 'a realização dos direitos fundamentais' no Direito Administrativo constitui um dos fatores mais salientes da 'modernização' da parte geral deste".

[6] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, *op. cit.*, p. 45. Esse entendimento, até certo ponto, não era desconhecido à doutrina tradicional. Cf., nesse sentido, BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1951. 3 t. p. 29. Para o administrativista argentino, "el derecho administrativo tendrá siempre el carácter o fisionomia del derecho constitucional de cada Estado. En sentido general la Administración debe ser análoga a las instituciones de cada nación. Y ningúm derecho está mas sujeto a la influencia de las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo".

para aquelas relacionadas à atuação do Estado. O direito constitucional passa, assim, a assumir o papel de autêntico limite substantivo, e não meramente formal, do direito administrativo.[7]

Efetivamente, a grande contribuição do constitucionalismo ao direito administrativo foi a agregação das preocupações materiais e não meramente organizatórias dos novos textos constitucionais. Neste processo — que a doutrina tem chamado de filtragem constitucional[8] —, é fundamental a influência da nova principiologia constitucional, que realça, dentre outros, valores como a democracia, a moralidade e a dignidade da pessoa humana, forçando o direito administrativo a se voltar para os problemas da existência, individual e coletiva, dos cidadãos.[9] O constitucionalismo impôs a substantivação do direito administrativo, através dos princípios.

Tamanha guinada nos rumos da disciplina jurídica da Administração Pública evidentemente não poderia ser apoiada apenas nos poucos princípios setoriais explicitados em cartas constitucionais mais recentes, como, por exemplo, no art. 37 da Constituição brasileira de 1988 ou no art. 103 da Constituição espanhola de 1978. Estaria equivocada qualquer tentativa de enxergar nesses dispositivos uma relação exaustiva dos princípios aplicáveis ao direito administrativo. Tais normas, ao contrário, encerram uma relação meramente exemplificativa,[10] e em absoluto afastam a possibilidade de reconhecimento de outros princípios com igual *status* constitucional, aos quais deva se subordinar a Administração Pública.[11]

---

[7] Confira-se, a propósito, a lição de D. Denninger (*Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, p. 176) reproduzida por Jürgen Habermas: "Com o desenvolvimento dos 'conceitos-chave', o Tribunal Constitucional Federal criou, ao lado das figuras 'clássicas' da constituição escrita, um instrumentário altamente sensível, cuja estrutura conceitual e grau de complexidade da estrutura dos problemas colocados, especialmente daqueles que exigem a mediação entre o nível micro (nível da ação individual) e o nível macro (nível dos sistemas), parece adequado... É precisamente a estrutura relacional que capacita os conceitos-chave a formular problemas de direito constitucional que permite evitar fixações unilaterais, seja no Estado que conserva o direito, seja no Estado social que planeja. Neste nível é possível ligar, em categorias amplas do direito constitucional, o Estado Social que 'realiza' e 'distribui', pelas vias do direito administrativo, ao Estado de Direito que garante a propriedade" (*Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 308-9). A este tema retornaremos, mais adiante, na seção 3, dedicada ao papel dos princípios constitucionais no direito administrativo.

[8] Sobre o tema, v. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 104 *et seq.*

[9] Cf. TRIANA, Adolfo Serrano. *Sentido y Actualidad del Derecho Administrativo*. Madrid: Eudema, 1989. p. 123 *et seq*. Mais adiante (p. 126), o autor aponta ainda a profunda transformação do direito administrativo decorrente da sua impregnação por valores: "El Derecho Administrativo que hoy conocemos tiene poco que ver con el 'droit administratif' de la Revolución. Tampoco con el liberal decimonómico, ni con el de primeros del siglo. Pero no es sólo una cuestión de fechas, ni de cambios inexorables del tiempo. Es también una transformación profunda de los valores y de los espacios de intervención y de impregnación del derecho público".

[10] Nesse sentido, invocando o magistério de Sérgio de Andréa Ferreira (*Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1981), cf. DELGADO, José Augusto. Supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação. *Revista dos Tribunais*, v. 701, p. 37, 1994.

[11] Essa possibilidade de "criação de princípios estruturantes dedicados a um ordenamento jurídico-administrativo democrático" é admitida expressamente no artigo de José Augusto Delgado (Supremacia dos princípios informativos do direito administrativo, *op. cit.*, p. 44).

Assim, por exemplo, sucedeu na Alemanha, onde a parcimônia da Lei Fundamental de Bonn no tratamento da Administração Pública não impediu a jurisprudência e a doutrina de reconhecerem, no bojo daquela Carta constitucional, uma quantidade substancial de princípios reitores do direito público e do direito administrativo em particular, tais como o da proporcionalidade, da ponderação de interesses e o da confiança.[12] Assim também no Brasil, com a afirmação, dentre outros, dos princípios da proporcionalidade e da motivação dos atos administrativos.[13]

Observe-se que mesmo os princípios desenvolvidos interna e autonomamente no sistema do direito administrativo, uma vez atraídos pelo constitucionalismo contemporâneo, ganharam um novo vigor. Ao lado da aquisição de um conteúdo mais consentâneo com as ideias reitoras das novas ordens constitucionais, passaram a gozar de maior estabilidade e de uma imperatividade reforçada.[14]

2 Os limites constitucionais à autotutela administrativa

Como um dos reflexos da substantivação do direito administrativo brasileiro contemporâneo pelos valores e princípios constitucionais pode ser apontada a submissão da prerrogativa de autotutela dos atos administrativos a novos limites que não apenas aqueles representados pelo ato jurídico perfeito e pelo direito adquirido explicitados na Súmula nº 473 do STF.

Com efeito, segundo o regime constitucional vigente, o exercício da autotutela administrativa — como é conhecida a prerrogativa da Administração Pública de anular diretamente os seus próprios atos ilegais ou de revogar os seus atos discricionários, sem intervenção do Poder Judiciário — deve ser igualmente precedido da observância de diversas garantias e direitos fundamentais, como a seguir se passará a expor.

2.1 A autotutela administrativa: o que evoluiu desde as Súmulas nºs 346 e 473?

Em 1963, o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento de que a Administração poderia diretamente "anular os seus próprios atos

[12] Cf. LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 602-6.

[13] Veja-se, a propósito, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 83.

[14] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1996. p. 169-70 *apud* DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*. Coimbra: Almedina, 1996. nota 44, p. 271.

quando eivados de vício de legalidade". Consolidou, então, a orientação doutrinária no sentido de que a Administração não dependia de tutela jurisdicional para desfazer os seus próprios atos que reputasse houvessem sido praticados em violação à legalidade. Na ocasião, acolhendo a doutrina de Francisco Campos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o poder da Administração de desfazer os seus atos ilegais tem o mesmo fundamento da autoexecutoriedade dos atos administrativos. A vontade unilateral do Estado se imporia da mesma forma, com o objetivo de assegurar a legitimidade de seus atos. Mais do que um poder, este seria um dever da Administração.[15]

Poucos anos depois, em dezembro de 1969, o entendimento da Súmula nº 346 foi aperfeiçoado pelo mesmo STF com a edição da Súmula nº 473 que, além de exprimir o poder da Administração de anular os seus atos por motivo de ilegalidade — "porque deles não se originam direitos" — explicitou que o Poder Público pode igualmente proceder à revogação destes atos, "por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Nessa súmula, ficou enunciado um primeiro limite à prerrogativa do desfazimento: o respeito aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos (*i.e*. poderia desfazer atos de que não se tenham originado direitos aos particulares, como ficou decidido no julgado paradigma do MS nº 12.512-DF, julg. 22.7.64).[16] Tal limite claramente só operava no que dizia respeito à prerrogativa de revogar os atos discricionários, já que a própria jurisprudência resguardou o entendimento tradicional em nosso ordenamento de que o ato nulo, ilegal, não se aperfeiçoa e, portando, dele não nascem direitos adquiridos.[17]

---

[15] Entre os acórdãos paradigmas, vejam-se especialmente aqueles proferidos no julgamento da Apelação Cível nº 7.704/DF, de 19.01.43, Rel. Min. Orosimbo Nonato, e no RMS nº 1135, de 17.08.1950, Rel. Min. Annibal Freire. Disponíveis em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2007.

[16] "Os atos administrativos de que resultam direitos, a não ser quando expedidos contra disposição expressa de lei, são irrevogáveis". Disponível em: <http:www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2007.

[17] Nas palavras de Carlos Maximiliano, "quem entra no uso de um interesse ou prerrogativa sem o preenchimento das condições estabelecidas pelas regras positivas em vigor não pode alegar direito adquirido. O ilícito, o ilegal, o inconstitucional não gera direitos". Para fundamentar sua afirmação, o autor invoca ainda dois brocardos latinos: "*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (o que originalmente se apresenta contra o direito, não pode com o transcorrer do tempo revestir-se de valor jurídico)" e "*Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia* (o que é efetuado ou recebido contra razão de direito não há de produzir consequências jurídicas)". *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 48. V., no mesmo sentido, MARQUES, José Federico. A revogação dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 39, p. 22, 1955: "Não há que falar em direito subjetivo ou direito adquirido quando o ato administrativo é nulo".

Sucede que, para além do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, hoje se reconhece como tranquilidade a existência de outros parâmetros ou pré-requisitos de natureza constitucional ao exercício dessas prerrogativas.[18] O subjugo da Administração à nova tábua de valores constitucionais e ao primado do Estado Democrático de Direito impede que o desfazimento de um ato administrativo, ilegal ou discricionário, mormente quando se trate de ato favorável ao seu beneficiário, seja determinado unilateral e imperativamente pela Administração sem a observância de parâmetros constitucionais mínimos de proteção ao administrado. Chamemos a tais pré-requisitos de limites constitucionais ao exercício da prerrogativa de autotutela, cuja inobservância tem como consequência a invalidade do próprio ato de anulação ou revogação e a restauração dos efeitos do ato anulado ou revogado.

2.2 Limites substantivos e limites procedimentais

É possível classificar esses limites constitucionais em limites de natureza substantiva ou material e em limites de natureza procedimental ou formal. Como limites substantivos ou materiais, além das próprias garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, podem ser apontados os princípios da motivação dos atos administrativos, da moralidade, da proporcionalidade, da proteção da confiança legítima e do respeito à boa-fé. Já os limites formais ou procedimentais são constituídos pelas garantias da publicidade dos atos administrativos, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Alguns destes limites já foram adredemente examinados e se acham já relativamente consolidados na doutrina e jurisprudência, como é o caso do próprio respeito ao direito adquirido e do princípio da motivação dos atos administrativos. Quanto a este último, por sinal, embora já seja reconhecido como imperativo pela doutrina mesmo antes da vigência da atual Constituição, parece carecer, entre nós, de um maior aprofundamento na sua aplicação, com o objetivo de se escrutinar a congruência e a suficiência das razões expostas pela Administração para fundamentar o desfazimento de um ato administrativo. Em alguns exemplos colhidos do direito comparado, pode-se constatar que a jurisprudência impõe à Administração não apenas o encargo de expor as suas razões, mas igualmente o ônus de

[18] Cf., nesse sentido, por todos, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248; e BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 433-4.

explicitar os motivos pelos quais não acatou as razões ou impugnações apresentadas dos administrados interessados na preservação do ato. A fundamentação a ser exigida para a preservação do ato, deve ser, assim, mais profunda e exauriente do que aquela normalmente acolhida como bastante na tradição do direito brasileiro.

Outros dos limites materiais acima apontados ainda estão sendo desenvolvidos e incorporados lentamente às decisões judiciais como parâmetros de controle do exercício da autotutela administrativa, como, de resto, de toda a atividade da Administração Pública. Esse é o caso, por exemplo, dos princípios da proteção da confiança legítima e da proporcionalidade.[19]

Porém, curiosamente, é no campo dos limites procedimentais, mais particularmente no que refere ao dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato ilegal, que se instalou uma interessante e intensa controvérsia na jurisprudência pátria e que, por sua relevância prática, será objeto de enfoque mais detalhado a seguir.

3 Os limites formais ou procedimentais ao exercício da autotutela administrativa

No direito brasileiro, não chega a ser novidade o reconhecimento de garantias procedimentais aos administrados. Desde a Constituição de 1934, são assegurados os direitos à ampla defesa dos acusados em geral e, em especial, dos funcionários públicos nos processos disciplinares.[20] Com a Constituição de 1988, tornou-se explícita a extensão dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal à esfera administrativa.

Sucede, porém, que, a despeito da literalidade dos incisos LIV e LV da Constituição Federal, subsiste na jurisprudência razoável debate quanto

[19] Quanto ao princípio da proteção da confiança legítima/segurança jurídica, tive a oportunidade de abordar extensamente o tema da sua aplicação como limite substantivo ao exercício da autotutela administrativa na tese de doutorado que apresentei à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob o título *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima:* análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. A respeito do princípio da proporcionalidade, vale destacar que este princípio tem no direito administrativo um campo de aplicação ainda mais profícuo do que aquele verificado no direito constitucional. Por tal razão, inclusive tal princípio se desenvolveu na sua origem no âmbito do direito administrativo para somente após ser aproveitado pelo direito constitucional. A propósito, v. SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Ajuris*, v. 75, p. 268-9, set. 1999.

[20] Constituição de 1934 (arts. 113, nº 24, e 169); Constituição de 1937 (art. 156, "c"); Constituição de 1946 (arts. 141, §25, e 189, II); Constituição de 1967 (arts. 150, §15, e 103, II) e Emenda Constitucional nº 1/69 (arts. 153, §15, 105, II) Fonte: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Org.). *Constituições do Brasil* (compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices). 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999. Veja-se, ainda, sobre o tema MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, o*p. cit.*, p. 73, *et seq*.

à amplitude com que os princípios neles insertos devem ser aplicados às relações jurídico-administrativas. A despeito da controvérsia — a ser melhor examinada no próximo item — fato é que, desde a promulgação da Carta de 1988, os Tribunais têm evoluído continuamente no sentido de aumentar a proteção procedimental aos administrados, na esteira do direito comparado. Essa evolução, de certo modo, refletiu na positivação das garantias procedimentais na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99).[21]

Em regra, o direito do administrado de ser ouvido previamente ao desfazimento de um ato administrativo que lhe seja favorável decorre diretamente do direito constitucional à ampla defesa. Como expressamente previsto na Lei Federal nº 9.784/99, sequer a condição de beneficiário do ato é necessária para o reconhecimento de direitos procedimentais no âmbito da Administração Pública federal. Basta a mera condição de interessado.[22]

No direito comparado, a matéria acha-se razoavelmente consolidada no sentido da compulsoriedade da observância pela Administração das garantias procedimentais do administrado antes do desfazimento de um ato administrativo favorável ou criador de direito. Na França, "o respeito aos direitos de defesa é imposto pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República" e amplamente acatado pela jurisprudência.[23] Na Itália e na Alemanha, as respectivas leis de processo administrativo cuidam de estabelecer as garantias procedimentais dos administrados (especialmente, na Lei italiana nº 241/90, o Capítulo III, intitulado "participação no

[21] "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; (...)".

[22] Nesse sentido, vejam-se, exemplificativamente, os arts. 38, 41 e 46 da referida lei: "Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização. Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem". Para o conceito de *interessado*, cf. o art. 9º: "São legitimados como interessados no processo administrativo: I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos".

[23] Cf., por todos, CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*: Droit Administratif Général. 15e éd. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1118-22.

procedimento", e na Lei alemã do procedimento administrativo, o §28, sob a epígrafe como da "oitiva das partes").[24] Em Portugal e na Espanha, afora as regras específicas nas leis de procedimento administrativo, nas próprias Constituições podem ser encontradas normas dispondo sobre as garantias procedimentais do cidadão em relação à Administração.[25] Também na Argentina reconhece-se o princípio geral da oitiva e notificação dos administrados como decorrência direta do princípio da segurança jurídica.[26]

No direito comunitário europeu, as garantias procedimentais são asseguradas por textos legais expressos.[27] As mais importantes vieram a ser incluídas no texto do Tratado da Constituição da Europa, integrando o direito fundamental dos cidadãos "a uma boa administração":

> Artigo 101. Direito a uma boa administração
> 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, eqüitativa e num prazo razoável.

[24] A íntegra desses textos legais está disponível, respectivamente, em: <http://www.regione.sicilia.it/> e <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/vwvfg/>. Acesso em: 17 nov. 2005.

[25] *Constituição Portuguesa*: "Artigo 268º (Direitos e garantias dos administrados) 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os atos administrativos de eficácia externa estão sujeitos a notificação aos interessados, quando não tenham de ser oficialmente publicados, e carecem de fundamentação expressa quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 3. É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer atos administrativos definitivos e executórios, independentemente da sua forma, bem como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido" (Fonte: MIRANDA, Jorge (Org. trad. e notas). *Constituições de diversos países*. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1987. v. 2, p. 325-7). *Constituição Espanhola*: "Artigo 105 A lei regulará: a) A audiência dos cidadãos, diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas pela lei, no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afetem. b) O acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, salvo no que afete a segurança e defesa do Estado, a averiguação dos delitos e a intimidade das pessoas; c) O procedimento através do qual devem ser produzidos os atos administrativos, garantindo, quando for o caso, a audiência do interessado" (Fonte: *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras.* Brasília: Senado Federal, 1987. v. 1, p. 385-6).

[26] Nesse sentido, a ementa de julgado da Corte Suprema Argentina: "Ato Administrativo. Notificação. Importância. Obrigatoriedade para a administração. A notificação dos atos administrativos tem transcendental importância no procedimento administrativo (García de Entrerría, t. I, p. 541), dado que resulta fundamental para preservar a segurança jurídica (ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid, 1981. v. 1, p. 212), constituindo-se como um dever de informação imposto como ônus a administração em garantia dos direitos dos particulares (GARRIDO FALLA, F. Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956. p. 275 y ss.), vinculando-se assim seu regime com a garantia da defesa em juízo, o direito à tutela judicial efetiva e o princípio da boa-fé (GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Madrid, 1977. p. 582). (Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, Julg. 27.12.94, Grecco, y Buján *vs*. Banco Del Buen Ayre S.A. c/ B.C.R.A. sumário 100480/86) Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>. Acesso em: 14 set. 2005. A matéria também está positivada no Decreto-Lei nº 19.549/72. A propósito do direito argentino, vale reproduzir a lição de Agustín Gordillo: "O fundamento de reconhecer a estabilidade também a alguns atos viciados é claro: 'Quanto o ato tem *cor legal*, ainda que, depois, a sua análise demonstre a violação da lei, ele engendra direitos aparentes, que embora não tenham o vigor necessário para resistir a sua futura anulação, garantem não obstante o direito a que seu julgamento se realize com todas as garantias reais e previamente a todas as provas necessárias. Há princípios constitucionais que abonam tal solução'" (*Tratado de Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: FDA, 2003. p. VI-10. Disponível em: <http://www.gordillo.com/Pdf/>. Acesso em: 7 nov. 2005).

[27] Cf. THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 58.

> 2. Este direito compreende, nomeadamente:
> a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
> b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
> c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.[28]

No regime do *common law*, diante de um ato administrativo ilegal que tenha favorecido o administrado, as Cortes britânicas asseguram que tal ato não será desfeito sem que o Poder Público observe um conteúdo mínimo de formalidades, tais como o direito do beneficiado de ser notificado e ouvido previamente; de produzir defesa; e o direito a que um determinado procedimento, previamente anunciado ou estabelecido, seja devidamente observado pela Administração.[29] Todas essas garantias integram o conceito do que no direito inglês chama-se de *fairness*, isto é, de justiça procedimental.[30]

Na verdade, o peculiar do direito inglês está no fato de que a espécie e a extensão da proteção procedimental que a jurisprudência confere ao cidadão não são predefinidas. Sua determinação depende de uma avaliação, em concreto, de diversos fatores diretamente relacionados, especialmente da importância do direito ou do interesse particular em jogo, dos custos financeiros e do tempo demandado em razão da observância de um determinado procedimento.[31] Outros elementos, como as disposições legais aplicáveis ao caso, a urgência, a segurança nacional, a intimidade e

[28] Texto em português disponível em: <http://europa.eu.int/constitution/pt/>. Acesso em: 21 out. 2005.

[29] São as seguintes as formas de proteção procedimental do administrado reconhecidas no direito inglês: 1. Alguma forma de audiência do interessado é necessária anteriormente à retratação do ato, nos casos em que a pessoa tinha o direito de acreditar que a vantagem seria mantida (como, por exemplo, no caso da renovação de uma licença); 2. Se a Administração tiver indicado que um procedimento seria seguido, esse procedimento deverá ser respeitado; 3. Se a concessão de uma oitiva ou a observância de um outro procedimento qualquer constituir uma prática regular da Administração, esses procedimentos deverão ser respeitados no futuro; 4. Se a Administração, por qualquer meio, tiver anunciado que uma determinada decisão seria tomada, ou que um determinado critério seria aplicado, ela estará vinculada a assegurar que o interessado possa se manifestar antes de aplicar um outro critério ou tomar uma decisão diversa da anunciada (*natural justice*). As hipóteses foram colhidas de WRIGHT, David. Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. Disponível em: <http://www.yorku.ca/ohlj/PDFs/35.1/wright.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2004.

[30] Cf., a propósito, GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures*: A Study of Administrative Procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996.

[31] Nesse sentido, CRAIG, Paul Peter. *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 417; e, ainda, em raro texto de autor brasileiro a respeito do tema, ÁVILA, Humberto Bergman. *In*: Benefícios Fiscais Inválidos e Legítima Expectativa dos Contribuintes. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 13, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30 ago. 2004, p. 2: "Os procedimentos necessariamente variáveis, de acordo com o contexto, dependerão dos interesses envolvidos em virtude dos quais será possível averiguar os melhores meios para a sua ponderação".

a confidencialidade, também são sopesados para determinar que proteção deverá ser garantida ao cidadão antes do desfazimento pela Administração Pública de um ato que lhe seja favorável.[32] Conforme o resultado da ponderação desses elementos, admite-se inclusive a negativa de qualquer proteção procedimental.[33]

3.1 A controvérsia na jurisprudência brasileira

No direito brasileiro, porém, em pelo menos quatro decisões proferidas nos últimos dois anos, o STF enfrentou o tema observância das garantias procedimentais do contraditório e da ampla defesa antes do desfazimento de um ato ilegal.

Esses quatro casos cuidavam da anulação de um ato administrativo vários anos depois de ter sido editado, sem que a Administração tenha previamente concedido ao seu beneficiário uma oportunidade de defesa. Por reputar violadas as garantias procedimentais dos administrados, o STF desfez as anulações e determinou à Administração acionada que observasse aquelas garantias.[34]

A primeira das quatro decisões acima mencionadas espelha bem a controvérsia referida. Tratou-se do Mandado de Segurança nº 24.268/MG, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 05 de fevereiro de 2004 (*DJU* de 17.09.2004, p. 53, Ementário vol. 2164-01, p. 154). Na hipótese, a impetrante era beneficiária de uma pensão especial concedida havia já dezoito anos pela Administração. Entretanto, por ato do Presidente do Tribunal de Contas da União, essa pensão acabou cancelada, sem a prévia oitiva de sua beneficiária, por ter sido deferida ilegalmente. Como fundamento da impetração, foi alegada violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da coisa julgada e do direito adquirido.

No julgamento do mérito, a Relatora originária, Ministra Ellen Gracie, votou pela denegação da ordem. Invocando como precedentes a SS nº 514 (AgRg) (Rel. Min. Octavio Gallotti) e o RE nº 158.543 (Rel. Min. Carlos Velloso), a Relatora entendeu que, na hipótese, por se tratar

[32] SCHØNBERG, Søren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford University Press, 2000. p. 41. reprint. 2003.

[33] *Idem*, p. 43.

[34] Nesse sentido, cf. as decisões monocráticas proferidas no Mandado de Segurança nº 24268/MG, julg. 05.02.2004, no Recurso Extraordinário nº 452.437/DF, julg. 25.05.2005, e no Mandado de Segurança nº 24.850/DF, 22.04.2004, todos relatados pelo Ministro Gilmar Mendes. E, ainda, no RE nº 398.597/SC, julg. 07.06.2005, sendo relator o Ministro Cezar Peluso.

de questão exclusivamente de direito, estava dispensada a observância do contraditório na fase administrativa.[35] Baseou-se, além disso, no RE nº 185.255-AL (Rel. Min. Sidney Sanches). Naquele feito, fora decidido que não incorre em violação ao art. 5º, LV, o ato da autoridade que, sem procedimento administrativo — e, portanto, sem dar ao interessado a oportunidade de defesa — exclui, do ato de aposentadoria, vantagens concedidas ilegalmente.[36]

Manifestando-se em seguida, o Ministro Gilmar Mendes, em extenso voto, divergiu da Relatora. Segundo sua opinião, a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa se mostra indispensável antes do exercício da autotutela administrativa, mesmo que se trate da anulação de um ato ilegal. Para fundamentar esse entendimento, discorreu sobre a ampliação que a Constituição de 1988 e, posteriormente, a Lei Federal nº 9.784/99 trouxeram ao direito de defesa perante a Administração Pública. Também invocou precedentes do STF que reconheceram a imprescindibilidade da oitiva do interessado antes da anulação de um ato administrativo que repercuta sobre a respectiva esfera individual (RE nº 211.242, Rel. Min. Nelson Jobim, RE nº 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio[37] e o MS nº 23.550, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).[38] Tais argumentos, registrou o Min. Gilmar

[35] Veja-se um trecho do voto do Min. Carlos Velloso no RE nº 158.543 em que se baseou a Min. Ellen Gracie: "Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada em toda sua extensão, no Judiciário, na medida judicial apresentada contra o ato. Neste caso, portanto, não há que se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não ter sido assegurada a defesa na área administrativa, qualquer prejuízo dado que a questão, repito, pode ser examinada em toda a sua extensão, judicialmente". Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

[36] Confira-se a ementa desse julgado: "Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil, Retificação de ato de aposentação. Redução de proventos com base no princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF). Desnecessidade de procedimento administrativo, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da irredutibilidade de vencimentos. 1. (...). 2. O ato municipal, retificando o ato de aposentação do impetrante, ora recorrente, reduziu seus proventos aos limites legais, cumprindo, assim, o princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da CF).3. Mantendo-o, o acórdão recorrido não ofendeu os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, até porque tal retificação prescinde de procedimento administrativo (Súmulas 346 e 473, 1ª parte). (...) 8. Decisão unânime: 1ª Turma do STF. (Julg. 01.05.1997, 1ª Turma; *DJU* 19.09.1997, p. 45548, votação unânime)". Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

[37] "Ato Administrativo – Repercussões – Presunção de Legitimidade – Situação Constituída – Interesses Contrapostos – Anulação – Contraditório. Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular" (*DJU*, 30.04.99). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2005.

[38] Do voto do Ministro Sepúlveda Pertence nesse caso colhe-se o seguinte trecho reproduzido também pelo Min. Gilmar Mendes no Mandado de Segurança nº 24268: "Certo, não há consenso acerca da incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa, quando se cuide do exercício da autotutela administrativa, mediante a anulação pela própria administração de atos viciados de ilegalidade. No Tribunal, a solução afirmativa

Mendes, já seriam suficientes para a concessão do *writ*. Entretanto, S. Exa. foi além, e questionou a possibilidade de desfazimento do ato ilegal depois de decorrido tão longo lapso temporal desde a sua concessão. De fato, a estabilização da situação da impetrante, mais do que lhe assegurar a observância das garantias procedimentais, permitiria cogitar até da estabilidade definitiva do ato, à vista dos mandamentos da segurança jurídica e da proteção da confiança. Os limites do pedido formulado e da *causa petendi* impediram, todavia, que o Min. Gilmar Mendes fosse adiante no exame dessa matéria.

A importância do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268 se mede, inclusive, por uma ocorrência que naquela Corte é reservada aos casos mais relevantes: a manifestação de voto escrito por todos os onze ministros do Tribunal. Dos onze juízes, seis acompanharam por inteiro as conclusões do Ministro Gilmar Mendes. Três divergiram apenas na extensão da concessão da ordem: o Ministro Nelson Jobim por entender que faltava ao Tribunal de Contas competência para "desconhecer a eficácia de um negócio jurídico [o de adoção da impetrante] sobre o qual ele não tem competência no sentido de sua desconstituição"; o Ministro Carlos Velloso porque, além do argumento deduzido pelo Min. Jobim, também admitia pronunciar a decadência do direito da Administração de anular o seu próprio ato; e o Min. Cezar Peluso, no mesmo sentido deste último.[39] O Ministro Gilmar Mendes foi designado para redigir o acórdão, que restou assim ementado:

> Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado

prevaleceu por maioria na 2ª Turma, no RE nº 158543, de 30.08.94 (RTJ 157/1042); e por votação unânime no RE nº 199.733 (RTJ 169/1061) e no AgRAg nº 217849 (RTJ 170/702), ambos de 15.12.98, os três casos relatados pelo Ministro Marco Aurélio; o entendimento contrário, no entanto, parece ter sido acolhido pela 1ª Turma no RE 213.513, de 08.06.99, relator o Ministro Galvão (*DJ* 24.09.99). O dissenso — que também se manifesta na doutrina —, não parece ter lugar quando se cuide a rigor, não de anulação de ofício, mas de processo administrativo de um órgão de controle (...)".

[39] Sem entrar no mérito do voto do Min. Nelson Jobim, seu trecho inicial merece referência porque chama atenção para um aspecto de particular relevância, não só no que diz respeito ao tema desenvolvido neste trabalho, mas a todo o ordenamento de princípios que caracteriza o direito público contemporâneo. De fato, a *ratio* que se extrai do voto do Ministro Nelson Jobim aponta justamente que não é necessário recorrer aos princípios para fundamentar determinadas decisões quando a matéria puder ser resolvida com apoio em regras previstas no ordenamento. Colhe-se, do voto proferido, a seguinte passagem: "(...) volto a insistir no sentido de que, não obstante a hiperinflação de princípios e subprincípios do Ministro Gilmar Mendes, no caso específico, tivemos um ato jurídico externo ao Tribunal de Contas, que não é órgão da Administração Pública, em que houve uma adoção. Essa adoção continua vigente (...). Se o Tribunal de Contas não quisesse registrar a aposentadoria, porque suspeitasse, aí ele deveria ter promovido — conforme o próprio texto determina — os atos necessários para desconstituir a causa da aposentadoria".

> com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).[40]

Na esteira do entendimento exarado no Mandado de Segurança nº 24.268, o STF aplicou a mesma orientação posteriormente em pelo menos mais três outras decisões. No RE nº 398.597, o relator, Min. Cezar Peluso, invocando expressamente o precedente, referendou acórdão do TRF da 4ª Região que decretara a nulidade do cancelamento de aposentadoria de servidor público sem prévio processo administrativo. Essa foi a conclusão do TRF: "a Administração, constatando que houve erro na contagem de tempo de serviço do servidor, pode cancelar o benefício de aposentadoria, contanto que instaure o processo administrativo correspondente e ofereça-lhe o direito de defesa" (20.04.2005, *DJU* de 07.06.2005, p. 43).[41]

No mesmo sentido, ainda, o RE nº 452.437/DF e a medida cautelar no MS nº 24.850/DF, ambos por decisão monocrática do Relator, Ministro Gilmar Mendes. O recurso extraordinário teve o seguimento negado porque o Relator reputou acertada a decisão do Tribunal recorrido que desfez ato administrativo que havia suprimido o pagamento de uma gratificação, sem a observância das garantias procedimentais. O acórdão recorrido ressalvou, porém, o direito da Administração de rever a questão

[40] Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.
[41] Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.

em sede administrativa, "desde que observado o devido processo legal". Segundo o Ministro relator, "o acórdão recorrido extraordinariamente está em consonância com a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende no julgamento do MS 24.268 (...)" (25.05.2005, *DJ* de 16.06.2005, p. 111).[42]

No Mandado de Segurança nº 24.850/DF, o relator invocou os mesmos fundamentos do precedente MS nº 24.268 para deferir medida liminar suspendendo uma decisão do TCU que determinara a cessação de uma pensão previdenciária paga à impetrante há anos (22.04.2004, *DJ* de 04.05.2004, p. 14). Tal como no precedente citado, a impetrante alegava em juízo a violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, além de arguir prescrição. Essa liminar, todavia, acabou prejudicada pelo julgamento do mérito em 27 de junho de 2005, no qual foi reconhecida a decadência do mandado de segurança.[43]

Ora, diante o entendimento adotado no MS nº 24.268 e nas decisões que a sucederam, era razoável esperar que a matéria tivesse se pacificado no sentido da obrigatoriedade do respeito às garantias constitucionais procedimentais, previamente ao exercício da autotutela administrativa. Não foi isso o que se verificou, porém. Com efeito, após o julgamento do MS nº 24.268, a Segunda Turma do STF voltou a decidir em sentido contrário no julgamento do RE nº 273.665-AgR/RN, relatado pela Ministra Ellen Gracie (julg. 14.06.2005, *DJ* de 05.08.2005, unânime, ausente apenas o Min. Gilmar Mendes). Confiram-se a ementa e um trecho colhido do voto da Relatora:

> Servidor Público. Proventos de Aposentadoria. Ato Administrativo eivado de nulidade. Poder de Autotutela. Possibilidade. 1. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o

[42] Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.

[43] Da decisão proferida confiram-se as seguintes passagens: "O pleito impressiona tanto sob a perspectiva de segurança jurídica quanto da perspectiva da garantia da ampla defesa e do contraditório. (...). Como já escrevi em outras oportunidades, a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. (...) No âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica. O impetrante invoca, no caso, a prescrição que é, sem dúvida alguma, uma expressão do princípio da segurança jurídica. Conforme já afirmei (MS 24.268), não estou completamente seguro de que, em casos como o presente, se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 (...), uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos. Mas, afigura-se-me inegável que há um *quid* relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos". Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2005.

torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula STF nº 473). 2. Agravo regimental improvido.
O Tribunal *a quo* limitou-se a assentar que a supressão de vantagens concedidas a servidor público, por suposta ilegalidade na sua concessão (Súmula nº 473), demanda o oferecimento de ampla defesa, mediante o devido processo legal. Ao decidir nesses termos, a Corte de origem contrariou o entendimento deste Supremo Tribunal. A Administração, ao constatar a ilegalidade de seus atos, pode corrigi-los no exercício de seu poder de autotutela, de modo a garantir a legalidade de seus provimentos (art. 37, *caput*, da CF/88).

3.2 É possível afastar a exigência de contraditório e de ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal? Alguns parâmetros propostos

Em vista dessa renitente controvérsia verificada na jurisprudência dos tribunais brasileiros, mostra-se oportuno perquirir acerca das razões que estão na sua origem.[44]

[44] Registre-se que a divergência existente na jurisprudência do STF se reproduz em outros tribunais brasileiros. Dispensando a observância do contraditório e da ampla defesa antes do exercício da autotutela administrativa, confira-se, exemplificativamente, a seguinte decisão do STJ: "Sendo a Administração revestida do poder de anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, não há qualquer reparo no ato que revogou a autorização para que alguns candidatos realizassem novo exame físico, em afronta aos princípios da moralidade, isonomia e impessoalidade (Súmulas 346 e 473 do STF). Recurso desprovido" (RMS nº 18.369/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 19.05.2005, *DJ* de 1º.07.2005, p. 568). Do voto do relator colhe-se o seguinte trecho, bastante eloquente: "Ademais não prospera a alegação de ilegalidade do ato administrativo por não ter sido oportunizada a ampla defesa, uma vez que por se tratar de ato nulo, manifestamente ilegal, desnecessária a instauração de processo administrativo ou sindicância". Vejam-se, ainda, as seguintes decisões do STJ e do TJRJ: "Em sendo assim, irrepreensível, o ato atacado. A Administração revendo a situação do ora recorrente, que se esclareça não se tratava de servidor público em estágio probatório, porém de candidato convocado para a última etapa do concurso, denominada estágio experimental, sanou flagrante ilegalidade, retirando o mesmo da categoria de deficiente físico e determinando o seu retorno para classificação geral, a fim de aguardar posterior convocação, evitando-se quebra da ordem classificatória. Desta forma, tratando-se de revisão de ato ilegal, ancorada no poder de autotutela administrativa, não há que se falar em ofensa ao contraditório e ampla defesa. (...) V – Recurso ordinário conhecido, mas desprovido" (RMS nº 16.431/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 02.09.2003, *DJ* de 29.09.2003, p. 282); "(...) O contraditório e ampla defesa em procedimento não disciplinar. (...) 5. Possibilidade da revisão do ato administrativo editado em desacordo com o ordenamento jurídico e o interesse público; 6. Nos procedimentos que não têm características de apuração de infrações funcionais, não fica obrigada à formalização de processo disciplinar *due process of law* inscrita no artigo 5º., inciso LIV da CF/88. 7. 'Writ' denegado. (TMB) Vencido o Des. Gama Malchur, que concedia em parte a ordena para anular o ato atacado no *writ*" (TJRJ, MS nº 1999.004.00166. Rel. Des. Álvaro Mayrink, Julg. 14.02.2000, Órgão Especial). No entanto, tal como ocorre no STF, nos demais Tribunais de um modo geral têm prevalecido o entendimento de que é indispensável assegurar o respeito às garantias procedimentais antes do desfazimento de um ato administrativo ilegal: "Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Revisão da Aposentadoria. Poder-dever da Administração. Prévio Processo Administrativo. Necessidade. Garantia do Devido Processo legal. A Administração Pública tem o poder-dever de anular, ou revogar, os próprios atos, quando maculados por irregularidades ou ilegalidades flagrantes, consoante o entendimento consagrado no verbete da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Em respeito às garantidas constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a jurisprudência desta Corte vem proclamando o entendimento de que a desconstituição de qualquer ato administrativo que repercuta na esfera individual dos servidores ou administrados deve ser precedida de processo administrativo que garanta a ampla defesa e o contraditório. (...)" (RMS nº 12821/GO, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, julgado em 20.02.2003, *DJ*, p. 282, 24 mar. 2003); "Ato Administrativo. Anulação. Necessidade do devido processo legal. Cerceamento de defesa. Violação do contraditório. Embora possa a Administração anular seus próprios atos quando eivados de vício que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, não está ela desobrigada da observância, nesses casos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente quando já integrado ao patrimônio de seu destinatário os direitos dele decorrentes. Concessão da ordem" (TJRJ, Mandado de Segurança nº 880/2004, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, Julgamento: 21.03.2005, Órgão Especial).

Num primeiro exame, de fato, não se justificaria tanta celeuma. O sistema constitucional vigente indica, de forma lógica e quase intuitiva, que se deve conferir ao destinatário de um ato administrativo favorável à oportunidade para se manifestar antes da anulação desse mesmo ato pela Administração Pública. Como já dito, o direito administrativo e o direito constitucional caminharam nesses últimos dezoito anos em direção a um modelo jurídico de Administração Pública menos imperativo e menos unilateral.

Todavia, a resistência em se admitir a limitação da autotutela pelas garantias procedimentais constitucionais não advém só do apego à visão tradicional de que a ilegalidade é matéria exclusivamente de direito e prescinde de um procedimento administrativo para ser pronunciada, como se poderia supor.[45] Resulta igualmente da constatação de que, em muitos casos, a promoção do contraditório antes da anulação de um ato ilegal esbarra em grandes dificuldades práticas que poderiam, inclusive, em virtude dos custos ou do tempo demandados, tornar inviável o exercício da autotutela administrativa.[46] Imagine-se, por exemplo, que uma determinada autoridade tenha autorizado o pagamento de uma vantagem remuneratória aos professores da rede pública estadual, categoria que congrega normalmente milhares de servidores. Dois meses depois, constatada a ilegalidade daquela vantagem, a Administração pretende anular o ato concessivo e suprimir o seu pagamento. É razoável que lhe seja imposto o ônus de assegurar uma oportunidade de defesa prévia e de contraditório

[45] Tradicionalmente, de fato, era dispensada a observância da ampla defesa previamente ao exercício da autotutela para o desfazimento do ato ilegal. Nesse sentido, cf., por todos, as razões constantes da doutrina de Hely Lopes Meirelles: "Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo à *revogação* e não à *anulação*) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando a norma legal o fixar expressamente" (*Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 184-185). Outro exemplo de argumento clássico é o que afirma a desnecessidade de contraditório nesses casos quando não se estiver diante de processo administrativo litigioso: "Ressalte-se, ademais, que, na espécie, não comporta guarida a alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que se trata, *in casu*, de anulação de ato de nomeação, e não de demissão ou exoneração de servidor. Assim, não havendo ato acusatório, não há que se falar em necessidade de se ensejar oportunidade para defesa. Ora, o que se contém no inc. LV do art. 5º da Carta pressupõe sempre litígio ou acusação, não tendo pertinência a alegação, portanto, na hipótese analisada" (STF, RE nº 213.513-5, Rel. Min. Ilmar Galvão). Um outro argumento em favor não exigências das garantias procedimentais foi deduzido, ao menos parcialmente, no voto do Min. Carlos Velloso no RE nº 158.543, reproduzido em nota acima. Segundo o Min. Velloso, por ser a ilegalidade uma questão exclusivamente jurídica "envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas", não há necessidade de ampla defesa administrativa, porque nada poderia ser acrescentado pelo administrado que pudesse afastar a ilegalidade ou modificar o juízo da Administração.

[46] Nesse sentido, cf. SCHØNBERG, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 63. reprint. 2003: "A proteção procedimental é por vezes impraticável para as autoridades públicas, em parte porque é custosa e consome tempo, em parte porque uma notificação e oitiva podem minar o propósito da decisão relevante".

a todos os milhares de servidores que sofrerão os efeitos do ato anulatório? E, caso essa oportunidade seja concedida e esses milhares de servidores apresentem razões individuais sustentando a legalidade do ato, estará, então, a Administração compelida a apreciar motivadamente todas essas razões, uma a uma, para só após sustar os efeitos do ato ilegal? O prejuízo ao interesse público provocado pelo retardo na edição do ato de anulação seria evidente, tanto mais porque são consideradas irrepetíveis as verbas remuneratórias recebidas de boa-fé pelos servidores públicos.

Esses e outros problemas, contudo, parecem razoavelmente equacionados na disciplina prevista no §28 da Lei do processo administrativo federal da Alemanha. No referido dispositivo se estabelece, como regra geral, o dever de oitiva prévia daqueles cujos direitos possam ser afetados pela edição de um ato administrativo. Todavia, a lei expressamente admite o afastamento dessa obrigação em algumas circunstâncias específicas:

> §28 Oitiva das partes
> (1) Antes da edição de um ato administrativo que afete os direitos de uma parte, a ela deverá ser conferida a possibilidade de expor o seu ponto de vista acerca dos fatos pertinentes para a decisão;
> (2) Essa oitiva pode ser afastada quando as circunstâncias do caso não demonstrarem sua necessidade e, particularmente, quando:
> 1. uma decisão imediata for necessária ao interesse público ou houver *periculum in mora*;
> 2. a oitiva comprometer a observância de um prazo essencial para a decisão;
> 3. não houver risco de prejuízo ao particular por não afastar dos dados que ele forneceu em um requerimento ou em uma declaração;
> 4. a autoridade administrativa pretender editar uma prescrição geral ou atos administrativos individuais similares em grande número ou ainda atos administrativos por meio de equipamentos automáticos;
> 5. medidas de auto-executoriedade administrativa devam ser adotadas;
> (3) não será concedida a oitiva quando for explicitamente contrária ao interesse público.[47]

Em sentido análogo caminhou o legislador italiano na disposição acerca da eficácia dos atos administrativos introduzida recentemente pela Lei nº 15, de 11 de fevereiro de 2005, na Lei do Procedimento Administrativo da Itália (Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990):

[47] Veja-se que algumas dessas hipóteses coincidem com aquelas que levaram a jurisprudência do STF a recusar a necessidade de contraditório e de ampla defesa em alguns casos.

> Art. 21-segundo.
> Eficácia do ato limitativo da esfera jurídica privada
> 1. O ato limitativo da esfera jurídica privada adquire eficácia em relação a cada destinatário com a comunicação a ele efetuada ainda que na forma estabelecida pela notificação aos ausentes nos casos previstos no Código de Processo Civil. No entanto, se dado o número de destinatários a comunicação pessoal não for possível ou resulte particularmente gravosa, a Administração procederá mediante publicidade idônea dos modos estabelecidos por esta mesma Administração. O ato limitativo da esfera jurídica privada que não tiver caráter sancionatório pode conter uma cláusula motivada de eficácia imediata. Os atos limitativos da esfera jurídica privada que tenham caráter cautelar e urgente são imediatamente eficazes.[48]

Em suma, como se extrai do direito comparado, embora a regra geral seja a prévia oitiva daqueles que possam ser afetados pelo desfazimento de um ato ilegal, esse princípio não se aplica de forma absoluta. Haverá casos em que se deverá admitir — logicamente em caráter excepcional — que a Administração anule um ato administrativo ilegal sem previamente conferir oportunidade para a manifestação daqueles que por ele sejam beneficiados. Em algumas situações, porque o ônus de promover a oitiva prévia poderá inviabilizar, na prática, o exercício da autotutela com a presteza exigida pelo interesse público. Noutras, porque a promoção do contraditório poderá revelar-se excessivamente dispendiosa ou demorada. Por isso, com o objetivo de contribuir para a solução da controvérsia subsistente na jurisprudência, parece possível, *de lege ferenda*, explicitar alguns parâmetros para serem aplicados nesses casos:

a) a regra é a prévia notificação daquele cuja esfera individual venha a ser atingida com o desfazimento do ato ilegal;
b) a Administração, no entanto, estará dispensada de notificar previamente o(s) destinatário(s) do ato quando:
b.1) o número de destinatários for tão grande que torne inviável ou excessivamente oneroso o dever de oitiva prévia; ou
b.2) a vigência do ato pelo tempo necessário à promoção do contraditório se mostre insuportavelmente lesiva ao interesse ou patrimônio públicos; ou
b.3) o ato ou seus efeitos ainda não tenha(m) se incorporado ao patrimônio dos destinatários, de modo que não haverá prejuízo com a respectiva supressão;

[48] Disponível em: <http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l241_90.html#ART1>. Acesso em: 19 dez. 2005.

c) nos casos referidos na alínea "b", embora dispensada de notificação individual prévia, a Administração tem o dever de informar posteriormente os destinatários da anulação levada a cabo, conferindo-lhes adequada oportunidade de defesa. Essa comunicação poderá ser individual, se o número de destinatários do ato comportar essa medida, ou coletiva, por meio de publicação nos jornais oficiais e de outros meios à disposição do Poder Público.[49]

4 Conclusões

O exercício da competência de autotutela da Administração Pública não pode ser exercido com apoio, tão somente, na sua vinculação à lei; os preceitos constitucionais democráticos vazados na Constituição de 1988 impõem a observância de garantias materiais, como a segurança jurídica, a proteção à confiança e à boa-fé, bem com de procedimentos que visem tornar seu exercício transparente e passível de controle pelo cidadão, como a motivação, a publicidade e a observância do contraditório e da ampla defesa.

Ainda que tais garantias já tenham passado a ser observadas com algum afinco pelo Supremo Tribunal Federal, assiste-se, ainda, a alguma controvérsia, que pode ser solucionada mediante o procedimento de ponderação das normas a serem cotejadas a cada caso. Os parâmetros oferecidos devem ser observados, por consistirem em referências objetivas para o desempenho dessa atribuição pela Administração Pública e por implicarem a compatibilização dos diversos interesses e direitos colidentes.

Abstract: This article is dedicated to the study of the transformations occurred in the institute of the administrative auto correction subsequently to the advent of the Constitution of 1988 and constitutionalism which was

[49] Em sentido contrário, deve-se mencionar a crítica de Carlos Ari Sundfeld. Segundo o Prof. Sundfeld, não se pode transigir com o cumprimento das garantias do contraditório e da ampla defesa pela Administração antes de se proceder à anulação de um ato administrativo ilegal. Para os casos excepcionais aventados acima, Carlos Ari Sundfeld propõe, como alternativa de solução, que, ao invés da anulação imediata sem contraditório, se promova a suspensão cautelar dos efeitos dos atos reputados ilegais. Com isso, diz, se asseguraria a eficácia da medida para a Administração — que, assim, ficaria desonerada dos efeitos do ato ilegal —, ao mesmo tempo em que se garantiria o respeito ao contraditório e à ampla defesa (já que o ato anulatório propriamente dito apenas seria praticado após a oitiva e defesa dos interessados. Defesa essa que, inclusive, sendo o caso, poderia ser promovida por suas Associações de classe ou afins, na hipótese de interesses coletivos ou difusos). No entanto, mesmo que, de fato, tal solução não importe na anulação formal dos atos ilegais antes do contraditório, preservando, pelo menos formalmente, o ato enquanto não ouvidos os interessados, ainda assim na prática ela permite que se suspendam os seus efeitos sem prévia oitiva. A crítica ora referida foi expressa verbalmente à autora por ocasião da defesa de sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, em junho de 2006, em que formulou as mesmas proposições acima reproduzidas.

installed subsequently to the second war. They started to impose formal and material limitations to the administrative acting, in such a way that, for the cancellation of an illegal act, publicity became imperious, between other guarantees, the observance of the motivation, contradictory and spacious defense, legal security and good-faith. After examination of the recent jurisprudence of the Federal Supreme Court on the matter, proposals are presented for the exercise of this competence of the Administration inside the constitutional proper limits.

Key words: Administrative auto correction. Constitutionalism. Contradictory and spacious defense.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BAPTISTA, Patrícia. Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 195-217, jan./dez. 2011.