

# A INVALIDAÇÃO DO ATO ADMISSÓRIO NULO DE SERVIDOR PÚBLICO E A SÚMULA 363 DO TST

**Paulo Antonio Maia e Silva**

*Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Advogado, Professor adjunto de Direito do Trabalho do Centro Universitário de João Pessoa-Unipê  
paulo@paulomaia.adv.br*

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como um de seus objetivos analisar e criticar a súmula 363 do TST (Tribunal Superior do Trabalho) e mostrar o desacerto parcial da opção formulada em seu texto. A súmula 363 do TST estabelece a posição deste Tribunal no julgamento dos casos de admissão ou contratação de servidor ou empregado público sem prévia aprovação em concurso público, após a Constituição Federal brasileira de 1988, e nos efeitos decorrentes da invalidação destas admissões. A justificativa para esta crítica baseia-se na considerável influência que as súmulas de jurisprudência do TST exerce no meio judiciário trabalhista. Oferecer a tais casos uma interpretação mais consentânea com o espírito da Constituição vigente para, quando possível, adotar nos julgamentos a perspectiva da convalidação de atos admissórios viciados, como também, cumulativamente ou alternativamente, a produção de efeitos jurídicos naturais, é o objetivo principal do trabalho.

Será demonstrada a possibilidade de se convalidar o ato administrativo de admissão de servidor ou empregado público que possa vir a ser declarado nulo, tanto no âmbito administrativo como judicial, e reconhecê-lo como apto a produzir efeitos jurídicos. A linha de argumentação que se buscará desenvolver terá como fundamentos o princípio da segurança jurídica ( em conjugação com a aplicação da prescrição administrativa, regida pela Lei nº 9.784/99, em seu art. 54, parágrafo 1º) e o princípio da boa-fé.

### **A SÚMULA 363 DO TST**

A admissão de servidores e empregados públicos é uma espécie de ato administrativo para o qual o direito positivo (Constituição Federal de 1988) erigiu como exigência primeira e fundamental a prévia submissão dos candidatos ao concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, II). A não observância desta exigência implica, como consequência, na declaração de nulidade do ato admissório do servidor ou empregado público, como prevê o § 2º do art.37 da Constituição. E ato nulo, é lição básica oriunda do direito civil, não se convalida e não gera efeitos.

No direito do trabalho, uma questão tormentosa suscitada recorrentemente na doutrina e na jurisprudência, provocando controvérsias sobre a sua solução, é a dos efeitos gerados pela admissão de empregado público ou servidor público (obviamente desde que regidos pela CLT), sem a observância da prévia exigência do concurso. As divergências decorrem, como se verá, por falta de uma doutrina uniforme e sólida no âmbito do direito administrativo no que diz respeito não só à invalidação do ato administrativo viciado como dos efeitos produzidos pela invalidação.

O TST (Tribunal Superior do Trabalho) estabeleceu uma posição sobre o assunto. Uniformizou sua jurisprudência por meio da súmula 363. Esta, em sua redação original contida na Resolução nº 97, de 11 de setembro de 2000, dizia que a contratação de servidor público, sem a observância do concurso, somente conferia ao servidor o direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.

Em suas alterações posteriores, feitas nas Resoluções nº 111, de 4 de abril de 2002 e nº 121, de 28 de outubro de 2003, a súmula 363 foi revisada apenas para esclarecer que o pagamento seria da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora, e em seguida, para acrescentar o pagamento dos valores referentes aos depósitos do FGTS.<sup>1</sup>

Percebe-se que a posição da mais alta corte do judiciário trabalhista brasileiro, ao tratar da admissão viciada de servidor ou empregado público, é a de reconhecer como efeitos da invalidação deste ato tão somente o pagamento do salário e o recebimento dos depósitos do FGTS, a serem feitos em favor do servidor/empregado, não admitindo a convalidação deste ato e nem a produção de outros efeitos jurídicos, como o pagamento de férias, 13º salário e outros direitos.

É importante esclarecer de antemão que não se defenderá a desobediência à exigência constitucional do concurso público. Esta exigência é uma medida salutar e visa, na medida do possível, selecionar os candidatos mais aptos e melhor qualificados para o serviço público e tornar impessoal a sua admissão, obedecendo a este princípio do direito administrativo (impessoalidade) e ao da moralidade.

Uma primeira crítica que se faz quanto ao conteúdo da súmula 363 é a de ela ter efetuado uma interpretação estanque e isolada do § 2º do art. 37 da CF. Na interpretação da norma jurídica há de se buscar o seu conteúdo normativo não só no texto da norma, como também no sistema jurídico em que está inserida. Esta hermenêutica deve ser exercida nas regras e princípios estruturantes do sistema normativo a que pertence e não pela extração do seu conteúdo apenas do texto isolado. Este aspecto não foi observado na posição adotada pelo TST, pois a redação da súmula é taxativa e não admite ponderações. Não obstante a redação do § 2º do art. 37 da Constituição Federal Brasileira aponte, em um primeiro momento, para uma solução automática da questão<sup>2</sup>, se verificará que o conteúdo normativo deste dispositivo também envolve uma questão de hermenêutica dos valores e princípios do ordenamento jurídico brasileiro e que a adoção da opção proposta neste artigo não implicará na violação do seu comando.

Ao contrário, será visto que a declaração indiscriminada de nulidade do ato admissório viciado do servidor ou empregado público e a sua não convalidação acarretará a subversão e violação frontal ao sistema jurídico

---

<sup>1</sup> Nº 363 - CONTRATO NULO. EFEITOS - NOVA REDAÇÃO

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

<sup>2</sup> § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

brasileiro, aos fins sociais aos quais a lei se dirige e às exigências do bem comum.

### **O ATO ADMINISTRATIVO VICIADO E AS TEORIAS DE SUA INVALIDAÇÃO**

O ato administrativo, em breve síntese, corresponde, segundo José dos Santos Carvalho Filho, a *exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.*<sup>3</sup>

No que diz respeito aos atos emanados da administração pública, denominados de atos administrativos, quando estes não se revestirem dos requisitos formais exigidos para a sua validade, ou seja, com vícios, o Poder Judiciário passou, via de regra, a considerá-los como nulos.

Dispensando maiores considerações sobre as especificidades do ato administrativo, pode-se afirmar que ele tem por finalidade, mediata ou imediata, o atendimento de demandas de interesse da sociedade, evidenciando, portanto, o interesse público que lhe é inerente e essencial.

Para que o ato possa vir a ser eficaz e esteja apto a produzir os efeitos para os quais foi preparado, é necessário que seja válido. Dizer que um ato administrativo é válido significa que ele atende aos requisitos pré-estabelecidos pela ordem jurídica, que foi expedido em plena conformidade com o sistema normativo.

A base da invalidação do ato administrativo, sustentada pela doutrina, é o dever de obediência à legalidade. O Poder Público está adstrito a esta obediência. Portanto, seguindo-se tão somente esse critério, um ato administrativo praticado sem o fiel cumprimento da lei será extirpado pela própria Administração, no exercício da sua autotutela, ou pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição. Os efeitos desta invalidação serão, na maioria dos casos, retroativos ao momento em que o ato foi realizado, para que não haja efeitos do ato viciado. Operam, por conseguinte, *ex tunc*.

Uma breve análise na teoria que se debruça sobre a apreciação das nulidades e anulabilidades dos atos da administração pública possibilitará a compreensão da doutrina sobre o assunto e da posição do TST. A teoria das nulidades dos atos administrativos e dos seus efeitos no seio da doutrina administrativista apresenta muitas dúvidas e controvérsias. Segundo Seabra Fagundes, a *deficiência e a falta de sistematização dos textos de Direito Administrativo embaraçam a construção da teoria das nulidades dos atos da Administração Pública.*<sup>4</sup>

A teoria da invalidação<sup>5</sup> dos atos administrativos no Brasil apresenta uma ampla diversidade nos seus elementos constitutivos, o que dificulta a

---

<sup>3</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed, rev, amp, atu. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.89.

<sup>4</sup> Seabra Fagundes apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed, rev, amp, atu. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.134.a

<sup>5</sup> A expressão *invalidação* abrange tanto a hipótese de nulidade quanto de anulabilidade do ato administrativo, e vem a ser a forma de extinção do ato administrativo ou da relação por ele gerada, ou de ambos, por este ter sido praticado em desconformidade com a ordem jurídica, cf VITTA, Heraldo Garcia. *Invalidação dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.220, p.35-51, abr/jun.2000.

formulação de uma teoria homogênea sobre o assunto, além de, segundo alguns doutrinadores, possuir um ranço autoritário<sup>6</sup>. Os fundamentos que a sustém ainda são, em grande parte, importados do direito privado brasileiro, que possui uma visão dicotômica: das nulidades (art.166 do código civil brasileiro) e das anulabilidades (art.171 do código civil brasileiro).

A celeuma criada pela doutrina administrativista reside sobre a possibilidade de se adaptar para a invalidação dos atos administrativos os mesmos fundamentos utilizados na legislação civil para os atos privados.

Alguns juristas entendem que não. O seu argumento é que o tratamento dado aos negócios jurídicos privados parte do interesse privado que lhes é inerente. Sua finalidade, portanto, nas palavras de Seabra Fagundes, é *restaurar o equilíbrio individual violado*.<sup>7</sup> Por este motivo, no entendimento deste autor, o mesmo tratamento não poderia ser aplicado aos atos administrativos, que, por serem pertencentes ao direito público, são acometidos por diversos sujeitos e interesses.

No tratamento desta matéria, a doutrina subdivide-se em várias vertentes e a questão posta é sobre qual delas aplicar na invalidação do ato administrativo e nos efeitos desta invalidação. A teoria monista<sup>8</sup> exclui o tratamento dado pelo direito privado às nulidades. Para esta corrente ou o ato é válido ou é nulo. Alguns dos seus membros apregoam, sem concessões nem temperamentos, a nulidade do ato administrativo que contenha qualquer vício.

Já a teoria dualista<sup>9</sup> entende que os atos administrativos podem ser nulos e anuláveis, inclusive para, em algumas circunstâncias, convalidar atos viciados. A teoria tricotômica, defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>10</sup>, amplia a abordagem dada pela teoria dualista, formulando ainda o conceito de ato administrativo inexistente, que seria o vício grave, conseqüente a um comportamento relativo a conduta criminosa ofensiva a direitos fundamentais da pessoa humana. Estes atos seriam imprescritíveis e não se convalidariam.

Há ainda a teoria quadricotômica, de Weida Zancaner, que propõe a divisão dos atos inválidos em *atos absolutamente sanáveis, atos relativamente sanáveis, atos relativamente insanáveis*. Estes últimos seriam atos que não poderiam ser convalidados pela Administração pública e nem sanados pelos interessados e, portanto, deveriam ser invalidados. Todavia, haveria a possibilidade de se estabilizarem em virtude do decurso do tempo, por conta dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, e *atos absolutamente insanáveis*, que seriam os que teriam por objeto uma ação criminosa.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Segundo Marçal Justen Filho apud BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.50.

<sup>7</sup> Seabra Fagundes apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.449.

<sup>8</sup> Composta por Hely Lopes Meireles, Diógenes Gasparini, Regis Fernandes de Oliveira e Sérgio Ferraz.

<sup>9</sup> Composta por Celso Antonio Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Lúcia Vale Figueiredo, Seabra Fagundes, José dos Santos Carvalho Filho, Cretela Junior, entre outros.

<sup>10</sup> Op cit, p.451.

<sup>11</sup> ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.111-117.

## A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Em meio a todas essas correntes doutrinárias, é importante observar que as nulidades administrativas não guardam um fim em si mesmas. Elas buscam principalmente asseverar a vigência dos princípios do Direito Administrativo e não exclusivamente um em especial, no caso o da legalidade. O fim almejado da invalidação do ato administrativo viciado é a supremacia do interesse público, conceito mais amplo e o qual não se confunde com o interesse da administração. Por conseqüência, a invalidação do ato administrativo não pode considerar apenas a observância ou não do critério da legalidade. Há vários outros aspectos igualmente relevantes a serem analisados para a declaração da invalidação.

Por este ângulo, se pode afirmar que a invalidação de um ato administrativo não é uma ação estanque do Poder Público, mas visa, sobremaneira, assegurar, resguardar o interesse público. Observando-se por este ângulo, o interesse público representaria, portanto, o interesse coletivo de que a administração não viole a ordem jurídica. Isso inclui também os interesses individuais atingidos.<sup>12</sup> É exatamente para o atendimento dos mais diversos interesses públicos que se torna conveniente para o ordenamento jurídico que a administração pública se manifeste de forma distinta diante de várias categorias de atos inválidos.<sup>13</sup> Por isso, já não se pode admitir a adoção de um único critério — no caso o da legalidade, previsto no art. 37, § 2º, da CF — para resolver a questão da invalidação do ato administrativo e dos seus efeitos.

Essa argumentação remete ao pensamento de Norberto Bobbio, que trabalhou o conceito de ordenamento jurídico como um conjunto de normas. Estas — as normas jurídicas — não existem isoladamente, mas estão em um contexto de inter-relacionamento. Afirma o mesmo autor que o ordenamento jurídico se lastreia na unidade — todo o plexo de normas deve ter por base uma norma fundamental com a qual se possa, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento — e na coerência, ou seja, não basta apenas que as normas estejam em unidade, mas que formem, também, um relacionamento de coerência entre si<sup>14</sup>.

Juarez Freitas, por seu turno, assim conceitua sistema jurídico:

“como sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior.”<sup>15</sup>

<sup>12</sup> BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.52

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.453.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J.Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 8ª Ed., 1996, p.19 e COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o Sistema Jurídico. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v.37, p.79-93, 2002.

<sup>15</sup> Juarez Freitas apud COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o Sistema Jurídico. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v.37, p.79-93, 2002.

Extrai-se, assim, para o caso vertente, que a invalidação do ato administrativo viciado e, por conseqüência, dos seus efeitos, não pode ser realizada tomando por fundamento apenas o critério da observância da sua legalidade. Não pode, igualmente, utilizar os critérios próprios do sistema do direito civil, cuja finalidade é diametralmente oposta ao do direito administrativo.

A teoria da invalidação deve buscar no interesse público sua base fundamental. Além disso, não pode prescindir da necessária contextualização sistêmica, isto é, levando em conta, na análise do caso concreto, o ordenamento jurídico vigente como um todo, princípios e regras, e não apenas por um dos seus aspectos.

O sistema jurídico a ser considerado é o do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o qual tem na Constituição Federal seu fundamento e norma matriz. O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema jurídico cujo objetivo é evitar as antinomias e dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, inscritos na Constituição.

É, portanto, neste viés que as normas jurídicas — inclusive da própria Constituição — devem ser enxergadas e interpretadas.

Não é de hoje que a doutrina apregoa a ruptura de uma interpretação jurídica, inclusive constitucional, baseada apenas na subsunção do fato a norma e do sentido unívoco da norma, objetivo e válido para todas as situações. Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos sustentam que a nova interpretação constitucional caminha na direção oposta desta ilação.

“As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma muitas vezes demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem observados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.”<sup>16</sup>

Ao proceder a uma interpretação estrita da nulidade dos atos de admissão de empregados e/ou servidores públicos tão somente pelo critério da legalidade, o TST observa a questão por este único aspecto e esvazia os postulados imanentes do Estado Democrático de Direito Brasileiro inseridos na ordem jurídica constitucional, incorrendo na negação do conteúdo material dos princípios trabalhistas da proteção e da continuidade, atuando de maneira inversa ao que Konrad Hesse aponta:<sup>17</sup>

“ A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. LEITE, George Salomão (Org), [s.ed], São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.101-135.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p.19.

questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.”

Não se pode esquecer o princípio nuclear da Constituição Federal: A Dignidade da Pessoa Humana. Nele se encontra o fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A hermenêutica empregada em qualquer norma jurídica tem a obrigação de se situar na defesa do valor da pessoa humana, através da feliz expressão cunhada por Antônio Junqueira de Azevedo, a "intuição do justo", em exposição que transcrevemos:

“O reconhecimento da precariedade da razão, se, de um lado, leva à não-admissão de dogmas lógicos (esses dogmas, de resto - e nisto é preciso atenção - , não se confundem com os dogmas de fé e moral, que têm outros fundamentos), de outro não impõe a conclusão de que estamos a viver a consagração do irracionalismo. Verificada a fragilidade da razão, não deve, pois o jurista, afastá-la, mas sim colocar a seu lado como um arrimo, a intuição do justo. Afinal, interpretar, como revelam alguns profundos trabalhos de hermenêutica (Coreth, Grondin), não é apenas "entender intelectualmente", é também intuir - especialmente no caso do direito, em que o objetivo final é manter a vida e resolver os problemas existenciais da pessoa humana no seu relacionamento recíproco.”<sup>18</sup>

A partir desta ótica, o disposto no parágrafo segundo do art.37 da Constituição Federal não pode ser enxergado sob um prisma monolítico, de uma aplicabilidade irrestrita, mas deverá observar o caso concreto que se põe para resolução, em conjugação com os demais dispositivos constitucionais aplicáveis igualmente ao caso, notadamente quando se tratar de uma relação de trabalho, seja ela regida pela CLT ou por um estatuto funcional.

### **A SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

A escolha do TST pela estrita aplicação do Princípio da legalidade na súmula 363, mesmo que em detrimento dos princípios trabalhistas citados, parece óbvia. Entretanto, do ponto de vista da jurisprudência dos tribunais superiores em relação à questão da invalidação do ato administrativo viciado, a posição do TST revela-se anacrônica. Não só o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já tratam desta matéria com um olhar mais consentâneo ao espírito da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Como já mencionado, a invalidação do ato administrativo viciado revela outros aspectos igualmente relevantes ao da legalidade, os quais não foram considerados na elaboração da súmula, que na aplicação da proporcionalidade entendeu por privilegiar aquele. Entre estes aspectos, cita-se o da segurança jurídica, da possibilidade de prescrição da invalidação e da boa-fé dos destinatários do ato. A segurança, entendida no aspecto da estabilidade das relações jurídicas e sociais, é uma circunstância indispensável a qualquer organização social e uma condição para o cumprimento das finalidades das normas jurídicas.

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. p.123-129, 2000.

A segurança jurídica é um dos postulados inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Segundo a doutrina, ela está figurada sob aspectos distintos: como valor e como princípio.<sup>19</sup>

Esta inserção da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro reflete sua posição indispensável na organização social, da vida em sociedade, e da própria ordem jurídica. Esta escolha não manifesta nenhuma novidade, pois o direito há muito fez a opção pela segurança jurídica como critério de estabilização das relações jurídicas.

Como valor, a segurança está na Constituição, em razão de ser, justamente com a Justiça, “valores que se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que é seu aquilo que, por ser justo, lhe compete”.<sup>20</sup>

Como princípio, a segurança jurídica não se encontra expresso em nenhum dispositivo constitucional por ser uma derivação natural do Estado de Direito, portanto implícito ao sistema jurídico. Por outro lado, em consequência desta derivação, encontra-se a segurança jurídica no conteúdo de vários artigos da Constituição, marcadamente nos que garantem proteção e garantias às liberdades individuais e os direitos sociais dos empregados (art.5º e 7º) e no princípio da legalidade(art.37).

A segurança jurídica como princípio do Estado Democrático de Direito Brasileiro possui intrínseca relação com alguns dos elementos constitutivos do ordenamento jurídico, tanto objetivos, como a garantia da estabilidade jurídica, quanto subjetivos, como a tutela da confiança dos particulares em relação aos efeitos jurídicos dos atos da Administração Pública. O Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal afirma que : “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”.<sup>21</sup>

Neste norte, a palavra “segurança” contida no preâmbulo<sup>22</sup> da atual Constituição Federal, cuja finalidade é demonstrar as intenções da nova ordem constitucional, é enxergada ora como valor ora como princípio. No artigo 5º, caput, a Constituição Federal Brasileira estabelece que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

---

<sup>19</sup>Cf DELGADO, José Augusto. [http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/O Princípio da Segurança Jurídica.Supremacia Constitucional.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica.Supremacia%20Constitucional.pdf) >acesso em 07.02.2009 e BIGOLIN, Giovanni. *Segurança Jurídica:A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2007, p.70/100.

<sup>20</sup>Carlos Aurélio Mota de Souza apud DELGADO, José Augusto.Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/O Princípio da Segurança Jurídica.Supremacia Constitucional.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Seguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica.Supremacia%20Constitucional.pdf) >acesso em 07.02.2009.

<sup>21</sup> STF, Segunda Turma, QO Pet (MC) n. 2.900/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/05/2003, DJ 01/08/2003. p. 142.

<sup>22</sup> Alexandre de Moraes diz que apesar de não fazer parte do texto constitucional, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, pois deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem, possuindo dois objetivos básicos: explicitar o fundamento da legitimidade da nova ordem constitucional e explicitar as grandes finalidades da nova constituição. (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5 ed, São Paulo:Atlas, 2005, p.119)

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

No plano infraconstitucional, a segurança jurídica, de maneira expressa, é encontrada na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do processo administrativo), em seu 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.”.

A segurança jurídica deve ser compreendida como um estado de certeza sobre as instituições e sobre o conteúdo das normas jurídicas, de estabilidade das situações. Seu objetivo é gerar a paz social, que brota deste estado de certeza e de permanência das coisas como elas estão.

Agora, pode-se perguntar que relação há entre o Princípio da Segurança Jurídica e a invalidação de um ato administrativo viciado?

Celso Antonio Bandeira de Mello observa que<sup>23</sup> :

“Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior.”

O entendimento do TST acerca da matéria, na súmula 363, admite implicitamente que o poder da administração pública em anular o ato admissório nulo do servidor ou empregado público, seja pela autotutela ou judicialmente, pode ser exercido a qualquer tempo. Esse entendimento não é compatível com o Estado Democrático de Direito Brasileiro, pois viola frontalmente postulados e princípios fundantes deste regime, notadamente o da Segurança Jurídica, inclusive em relação a nova feição tomada por este princípio, que é o de impor limites à ação do Estado na correção dos seus atos.

Convém transcrever parte do julgado do Supremo Tribunal Federal,<sup>24</sup> o qual, de forma emblemática, demonstra o que Judith Martins-Costa chama de re-significação do princípio da segurança jurídica<sup>25</sup>:

“No âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica.

A propósito do direito comparado, vale a pena trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do aludido: “É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração

---

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.454.

<sup>24</sup> STF, Segunda Turma, QO Pet (MC) n. 2.900/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/05/2003, DJ 01/08/2003, p. 142.

<sup>25</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: A segurança como crédito de confiança*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo14.pdf> > acesso em 14.03.2009.

Pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados. Grifo nosso

Um outro ponto deste julgamento que merece destaque é o de se admitir *excepcionalmente* o efeito ex tunc nas invalidações, admitindo a eficácia ex nunc quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, ressaltando ainda que “é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria.”<sup>26</sup>

Verifica-se, portanto, o acerto da argumentação de que na invalidação do ato administrativo viciado não pode prevalecer estritamente o princípio da legalidade. Este novo significado atribuído a segurança jurídica na jurisprudência dos tribunais superiores é firmado no sentido de entender que o poder de autotutela do Estado não é absoluto e nem exercitado, ao seu talante, a qualquer tempo. O disposto na súmula 473 do STF<sup>27</sup>, até então invocada como supedâneo para as anulações dos atos administrativos nulos ou anuláveis a qualquer tempo, foi também sendo relativizado e ajustado pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal para acomodar-se à observância de um lapso de tempo, como se verá adiante.

Logo, sob o aspecto do Princípio da Segurança jurídica, a aplicação da súmula 363 do TST torna-se temerária em situações onde ocorra a invalidação do ato admissório de uma relação de trabalho já está estabelecida e estabilizada no tempo. A restauração da legalidade, neste caso, poderá vir a concorrer para a não pacificação deste vínculo, quebrando o conteúdo de um importante componente do Princípio da Segurança Jurídica, que é o da confiança na Administração Pública.

Ou pode-se até mesmo especular que o TST tenha observado a segurança jurídica como, menciona Judith Martins-Costa:

“ na idéia de segurança jurídica compreendida como dura adstrição à legalidade, de tal forma que, no caso de conflito ou antinomia entre a legalidade e a justiça, prevaleceria a primeira: é que se entendia, nesse contexto, que segurança jurídica não é algo que se contraponha à justiça – é ela a própria justiça.”<sup>28</sup>

A confiança na Administração Pública aqui mencionada possui duas dimensões. Uma é a confiança que emana dos cidadãos em relação aos serviços públicos, de maneira geral. De acreditar que eles observam regras e

<sup>26</sup> Op cit.

<sup>27</sup> 473 - 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.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: A segurança como crédito de confiança*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo14.pdf> >acesso em 14.03.2009.

que estas regras seguem uma política pré-estabelecida e que não será mudada abruptamente ou concebida de outra maneira, gerando a estabilidade dos atos administrativos.

A outra dimensão, denominada de elemento subjetivo, exige como requisito para que o princípio da segurança jurídica possa vir a proporcionar a estabilidade dos atos administrativos que gerem direitos aos particulares, a necessidade da boa-fé do particular, expressa na ausência de dolo ou fraude.<sup>29</sup>

Outro importante elemento da preservação dos atos administrativos é que o ato tenha, validamente, atingido os seus fins. Este, aliás, é o núcleo axiológico da estabilização dos atos administrativos: a idéia de que os fins distintos que se pretendia alcançar por meio do ato administrativo sejam atingidos validamente.<sup>30</sup>

Verifica-se que apenas pela análise de tais fundamentos, a ação de invalidar a admissão de um servidor ou empregado público que tenha trabalhado efetivamente por longos anos, de boa-fé, sem que a Administração Pública tenha corrigido a ilegalidade em época própria, implicará na subversão da Segurança Jurídica em seu novo molde, atentando contra um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

#### **DA POSSÍVEL ANTINOMIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Neste caso, uma abordagem que se impõe especificamente no caso da convalidação do ato admissório nulo de servidor ou empregado público, ou na geração de efeitos, quando ausente a submissão a concurso público, seria o da antinomia entre a segurança jurídica, considerando, no seu caso, o caráter normativo dos princípios mesmo não positivados, e o da legalidade.

A antinomia jurídica é a situação de incompatibilidade entre duas normas, onde uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite, ou uma obriga e a outra proíbe, desde que pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade, como define Norberto Bobbio.<sup>31</sup>

A opção feita pelo TST na súmula 363 é a de aplicar isoladamente o princípio da legalidade a toda e qualquer situação onde se verificar a admissão de servidor ou empregado público sem a submissão prévia a concurso público. Essa opção, é lógico, restabelece a legalidade da situação. Contudo, em alguns casos, como já se pode deduzir do que até aqui foi exposto, essa opção implicará em subversão aos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro e, por que não dizer, do direito do trabalho.

Tomando, como hipótese, uma situação onde o servidor/empregado público tenha sido admitido aos quadros de certo órgão da Administração Pública, sem a submissão a concurso público e este fato só tenha sido verificado pela Administração quinze anos depois, e que, ato contínuo, o exonera.

Pressupondo que o(a) servidor(a) ou empregado(a) tenha sido contratado de boa-fé, e presumido que o ato de sua admissão não fora

<sup>29</sup> BIGOLIN, Giovanni. *Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.81/83.

<sup>30</sup> Op cit, p.85.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J.Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 8ª Ed., 1996, p.86/88.

irregular, pois recebeu o termo de posse ou sua Carteira de Trabalho e Previdência Social anotada e de que tenha trabalhado efetivamente durante os quinze anos no respectivo órgão até a sua exoneração, qual a solução a ser aplicada ao caso? Manter o servidor trabalhando ou exonerá-lo?

Juarez Freitas diz que as antinomias não são apenas um conflito entre normas no plano formal, mas também no plano axiológico e principiológico, e que elas tem que ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema jurídico e para que se obtenha a efetividade de sua finalidade constitucional.<sup>32</sup>

Gilmar Mendes, citando Almiro do Couto e Silva, exemplifica as situações quando o princípio da legalidade se sobrepõe na invalidação do ato administrativo e menciona a obtenção ilícita pelo destinatário, com culpa<sup>33</sup>

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

Desta maneira, a invalidação dos atos administrativos de admissão de servidor/empregado público viciados não pode ser feita apenas pelo cotejo de critérios objetivos e formais, mas passa pela obrigatória análise de aspectos subjetivos e do animus do destinatário, no caso o servidor/empregado. E apenas nos casos de sua má-fé e prática de atos ilícitos para a obtenção da nomeação ou contratação é que ela poderá ser aplicada.

### **DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO NA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Um dos argumentos que sustentam essa nova manifestação do Princípio da Segurança Jurídica é o da aplicação da prescrição administrativa, também, na invalidação dos atos administrativos viciados. A prescrição administrativa é regida na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seu art.54, que assim prescreve:

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.

A disposição do art.54 da lei 9.784 veio para atribuir à Administração Pública o que no direito já era exigido do particular: exercer o direito dentro de um lapso de tempo. Isto para que não sofra os efeitos do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre os que dormem).

É importante ressaltar uma peculiaridade no texto do art.54 da lei 9.784 que, apesar de não estar expresso, não passou despercebido pela doutrina: A lei não distingue, para aplicação do prazo quinquenal de prescrição à Administração Pública, os atos nulos dos anuláveis. Portanto, até mesmo os

<sup>32</sup> COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o Sistema Jurídico. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v.37, p.79-93, 2002.

<sup>33</sup> STF, Segunda Turma, QO Pet (MC) n. 2.900/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/05/2003, DJ 01/08/2003. p. 142.

atos nulos e inconstitucionais se inserem no âmbito da prescrição administrativa em comento. Ivan Barbosa Rigolin sustenta que:

“ Apenas seja repetido que a Administração dispõe de apenas cinco anos para anular seus atos de que decorreram benefícios a alguém, sejam eles até mesmo inconstitucionais, pena de decair do direito a fazê-lo, tudo segundo a jurisprudência superior já vem firmemente consagrando, e como expõe naquele referido estudo.”<sup>34</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello também entende que a lei 9.784 não faz distinção entre atos nulos e anuláveis e discorda da imprescritibilidade do direito da Fazenda Pública de opor-se aos seus próprios atos, por si mesma ou em juízo:

“(..Revendo tal entendimento, conforme razões expostas no Capítulo XXI, n.12, parece-nos que a regra geral —isto é, na falta de disposições específicas que estabeleça de modo diverso—é que o prazo prescricional ou decadencial para que o Poder Público invista contra atos nulos e anuláveis é o mesmo :cinco anos. Anote-se que a Lei Federal 9.784, de 29.1.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art.54, § 1º, sem estabelecer distinção alguma entre atos nulos e anuláveis , estabelece que o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Assim, é forçoso reconhecer que se atenua a distinção entre atos nulos e anuláveis.” (grifo nosso)

“O estado de pendência eterna parece-nos incompatível com o objetivo nuclear da ordenação jurídica, que é a ordem, a estabilidade.”<sup>35</sup>

A jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros, entre os quais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, vêm se inclinando no sentido de aplicar a prescrição administrativa nos casos em que a Administração Pública invalidara os atos administrativos. Nestes julgados se percebe, nitidamente, que estes Tribunais declaram a convalidação dos atos administrativos pelo fenômeno da prescrição:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - FUNCIONÁRIOS DA CONAB - ANISTIA - REVISÃO DOS ATOS - IMPOSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA – § 1º, DO ART. 54, DA LEI 9.784/99 – SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 – Pode a Administração utilizar de seu poder de autotutela, que possibilita a esta anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira de culta doutrina e consoante o art. 54, parág. 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento. No

<sup>34</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. Os Tribunais de Contas podem desconsiderar suas próprias e anteriores aprovações de contas públicas? CD-ROM *Juris Síntese nº 59* - mai/jun 2006.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.465/466.

mesmo sentido, precedentes desta Corte (MS nºs 7.455/DF, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU de 18.03.2002 e 6.566/DF, Rel. p/acórdão Ministro PEÇANHA MARTINS, DJU de 15.05.2000).

2 – No caso sub judice, tendo sido os impetrantes anistiados e readmitidos pela Portaria nº 237, de 21.12.1994, publicada em 23.12.1994, decorridos, portanto, mais de cinco anos entre a sua edição e a data da impetração, em 12.03.2001, não pode a Administração Pública revisar tal ato em razão da prescribibilidade dos atos administrativos.

3 – Segurança concedida para afastar eventual desconstituição dos atos de anistia em benefício dos impetrantes, determinando suas manutenções no serviço público federal. Custas ex lege. (STJ- MS 7436 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0033916-6-Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113), Julgamento em 23/10/2002, publicado no DJ 17.02.2003 p. 218)

O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AGRG no re 342.593, Rel. Min. Maurício corrêia, DJ de 14/11/2002;re 158.543/RS, DJ 06.10.95.). Em conseqüência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473. 10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o consoante o art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento. 12. Recurso Especial desprovido. (STJ – RESP 200400525951 – (658130 SP) – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 28.09.2006 – p. 195)

Outro ponto que igualmente se destaca dos julgados colacionados é o da preservação da estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também ampara situações de convalidação de atos administrativos nulos, inclusive de admissão de servidores pela Administração Pública:

MS 22357 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA  
Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 27/05/2004 Órgão  
Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e

sua aplicação nas relações jurídicas de direito público.. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.

RE-AgR-AgR-AgR-AgR-ED 348364 / RJ - RIO DE JANEIRO  
EMB.DECL.NO AG.REG.NO AG.REG.NO AG.REG.NO AG.REG.NO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento:  
25/10/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS. 1. Observância ao princípio da segurança jurídica. Estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. 2. Concurso público. Princípio da consumação dos atos administrativos. 3. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Agravos regimentais não providos grifos meus

O ato admissório do servidor ou empregado público que não tenha sido realizado com a observância do concurso público se insere no âmbito dos atos administrativos nulos, como observado pelo parágrafo segundo do art.37 da Constituição Federal. Todavia, a correção desta nulidade não pode, analisando-se pelo aspecto da prescrição, ser exercida a qualquer tempo, salvo os casos de má-fé, como ressaltam a lei 9.784/99, a doutrina e a jurisprudência.

A prescrição não é, e nem nunca foi, um instituto aplicado exclusivamente no campo dos direitos privados. Aplica-se no direito público, exemplificadamente no direito penal, no tributário e no direito administrativo brasileiro, no caso do decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que fixou a prescrição de cinco anos para que o particular busque a tutela de alguma pretensão contra a Administração Pública.

Convém acrescentar que o desenvolvimento do instituto da prescrição no direito se deu em razão da escolha pelo critério da segurança jurídica, acarretando, muitas vezes, o prejuízo da justiça, valor igualmente caro para o direito. O Princípio da Segurança jurídica é, por este ângulo, fundamento da prescrição. Para todos.

Entender que a prescrição não se aplica à Administração Pública na tutela judicial ou na autotutela dos seus interesses, mesmo que nulos, implica em posicionar-se de maneira divorciada ao espírito do Estado Democrático de Direito Brasileiro que está contido na Constituição Federal de 1988, na qual se estabelecem direitos e deveres em igualdade de condições, considerando as diferenças existentes, mas sem privilégios desarrazoados.

#### **DO REQUISITO DA BOA-FÉ DOS INTERESSADOS**

Mas não só o decurso do tempo concorre para a convalidação do ato administrativo. No texto do art.54 da lei 9784/99 se aponta ainda a necessidade de que os interessados não tenham atuado de má-fé na obtenção dos efeitos benéficos do ato. A abordagem da má-fé, para o caso em estudo, passa obrigatoriamente pela da boa-fé. Conceitualmente, a boa-fé possui duas acepções já clássicas no direito: A boa-fé subjetiva, que é manifestada no âmago do sujeito, em seus elementos internos, psicológicos, na sua intenção. Eis o que nos mostra Giovanni Bigolin:

“Em ligeira síntese, pode-se afirmar que a boa-fé subjetiva ocorre quando está presente um estado de ignorância sobre características da situação jurídica apresentada, a qual é capaz de produzir lesões a direitos de outrem. Sobrevém quando uma pessoa acredita ser titular de um direito que na realidade não dispõe, pois só existe senão na aparência que, contudo, é hábil em gerar um estado de confiança subjetiva, permitindo ao titular alimentar expectativas que crê legítimas.”<sup>36</sup>

Já em sua outra dimensão, a boa-fé pode ser classificada como objetiva, que é a que se expressa como sendo uma regra de conduta. Evidencia o aspecto de um dever-agir segundo os padrões socialmente esperados. É o comportamento externo do sujeito, que deve se portar de forma honesta, correta, transparente, para não frustrar a confiança da outra parte. Não obstante se possa dizer que o elemento subjetivo também existe na boa-fé objetiva, nela se encontra a presença deste outro elemento, que é o dever – agir.

A tutela da boa-fé na lei 9784/99, convém salientar, não deve ser observada apenas no ângulo dos destinatários do ato, mas também em relação à Administração Pública. O objetivo desta tutela é o de salvaguardar as esperanças das partes, e não apenas de uma delas, quanto à estabilidade e a segurança das relações jurídicas.

No caso do art.54 da lei 9784/99, seu texto menciona expressamente a exclusão dos atos de má-fé, o que torna mais resumida a hipótese legal, vez que não se menciona a hipótese de ausência de boa-fé. É que a má-fé não é, necessariamente, a situação naturalmente oposta à boa-fé. Pode ser a ausência de boa-fé. Importa, assim, se fazer a distinção de que na boa-fé subjetiva, a sua contraposição é a má-fé (subjetiva), ou seja, o sujeito pratica o ato de forma dolosa ( ou em alguns casos, culposa) e assim viola os deveres de conduta esperados pela boa-fé objetiva.

Na boa-fé objetiva, o seu contraponto não é exclusivamente a má-fé, mas também a ausência de boa-fé. Na ausência de boa-fé objetiva não se perquire as intenções ou quem praticou o ato. Apenas se ele foi realizado segundo as normas que determinavam sua conduta. Caso contrário, e tendo o ato infringido o padrão de conduta esperado, tem-se a situação de ausência da boa-fé, mas não necessariamente a má-fé. Importa salientar, como mencionado anteriormente, que um ato de má-fé subjetiva geralmente acarretará a violação deste padrão de conduta, o que configurará seu elemento objetivo, por óbvio. Por isso, se exige que o comportamento da Administração Pública seja conforme a boa-fé objetiva, isto é, despersonalizado.

Em razão destas distinções se pode indagar qual seria a má-fé que o legislador se reporta no art.54 da lei 9784/99? A subjetiva? Mas então teria que se passar à análise de quem possuía conhecimento da ilicitude e estava com a intenção subjetiva de fraudar o dispositivo normativo, e isso se revelaria quase que impossível em uma situação que envolvesse vários sujeitos beneficiados com o ato administrativo viciado.

---

<sup>36</sup> BIGOLIN, Giovanni. *Segurança jurídica-A estabilização do ato administrativo*. Livraria do advogado, 1ª edição, Porto Alegre, 2007, p.152.

A melhor interpretação a se extrair da má-fé aludida no art.54 da lei 9784/99 é a que contempla o seu aspecto objetivo, que vem a ser a violação do dever-agir do padrão de conduta socialmente esperado e imposto pela boa-fé objetiva. Por este modo, o sujeito que age conscientemente, não estando em estado de ignorância, sabendo que está infringindo direitos, e mesmo assim pratica os atos, estará agindo de má-fé.

O agir do sujeito é que será considerado. Seu conhecimento sobre a ilicitude do ato não será relevante, até porque não se pode alegar desconhecimento da lei. Todavia, é o agir de boa-fé, em contraponto à má-fé subjetiva e objetiva, que deve ser relevante para a consideração da invalidação ou não do ato administrativo. A boa-fé manifesta o comportamento do agente abstraída da reprovabilidade, traduzida na certeza de que está agindo de acordo com o direito ou na ignorância sobre a invalidade da conduta.

### **DO ATINGIMENTO DA FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO**

A convalidação de atos admissórios nulos de servidor ou empregado público e da geração de efeitos jurídicos como se vê, encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico. Pode-se dizer mais. Nos casos onde a Administração Pública, sobre quem pende o dever de zelar pela correção dos seus atos à luz dos princípios do direito administrativo, permaneça inerte na correção de tais admissões e por este motivo transcorra mais de cinco anos contados da admissão do servidor/empregado, que tenha sido admitido de boa-fé, e de boa-fé tenha trabalhado e exercido suas funções, estes atos de admissão são convalidáveis, em que pese a sua nulidade.

Além dos aspectos do decurso de tempo que provoca a prescrição e da boa-fé dos interessados, há mais um elemento que não pode ser desconsiderado para a convalidação dos atos administrativos nulos, que é o atingimento da finalidade do ato, ou a sua não subversão, como explica Bigolin:

“Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello(2006, p.376), os requisitos procedimentais são aqueles que devem vir antes de um determinado ato, por exigência normativa.Ou seja, para que certo ato possa ser praticado, a Administração ou o particular produzirá outros atos jurídicos, sem os quais esse ato não pode ser exercitado.Nesse caso, a não-observância de algum requisito, pela Administração ou pelo particular, nem sempre acarreta a sua imediata invalidação.Há situações especiais nas quais haverá o dever de convalidar.

“ São convalidáveis os requisitos procedimentais em duas hipóteses:a)omissis;ou b)quando consistente na falta de ato ou atos da Administração, desde que a sua prática posterior não lhe prejudique a finalidade.” Grifo meu.<sup>37</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello elenca, na convalidação de atos administrativos com vícios em relação aos requisitos procedimentais, o exemplo de um ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo, que deve preceder de outros atos jurídicos, como o concurso público<sup>38</sup>, o que também é mencionado por Giovanni Bigolin.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Op.Cit, p.127.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio.Curso de Direito Administrativo, 20ª ed.São Paulo:Malheiros, 2006, p.377.

<sup>39</sup>Op.Cit, p.127.

A hipótese ventilada neste trabalho se enquadra perfeitamente na abordagem das situações aventadas pela doutrina. Atos de admissão formalmente nulos podem ser convalidados e provocarem efeitos no mundo jurídico, desde que sejam preenchidos os elementos do decurso do tempo — e conseqüentemente a prescrição —, da boa-fé e da não subversão da finalidade. É dizer que se das admissões efetivamente acarretaram a prestação do serviço público para o qual todos foram contratados, a finalidade do serviço público foi atingida.

Cumpre anotar a observação de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>40</sup> :

“(.)que um dos interesses fundamentais do direito é a estabilidade das relações constituídas.(...).Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado.É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes.Interferem com a ordem e a estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações — noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente—tem especial relevo no direito administrativo.

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos.”

A convalidação destes atos não será uma regra geral, mas uma possibilidade, dependendo da análise pelo julgador de todos os elementos que o processo se lhe apresenta.Judith Martins-Costa exemplifica:

Porém, essa relação há de ser conjunturalmente compreendida. Em dada circunstância, o princípio da segurança jurídica pode recobrir o princípio da confiança para escondê-lo nas dobras do manto da legalidade estrita. Em conjuntura diversa, poderá significar o dever de afastar ou relativizar, no caso concreto, o princípio da estrita legalidade para fazer atuar outros princípios do ordenamento, tais como o princípio da boa-fé e o do livre desenvolvimento da personalidade.<sup>41</sup>

Grifos nossos

Assim, o fato de o ato de admissão ser nulo, pela ausência de concurso público, não o torna inconvaleável e nem impossibilita que surta efeitos.

A atual estrutura do direito é a de abandonar a neutralidade das formas jurídicas, desvinculadas da natureza e do homem, passando a visualizar o direito de maneira interdisciplinar, isto é, admitindo que ele sofre as influências de outras ordens que não apenas a jurídica.Assim, a sua essência e estrutura devem ser pensadas a partir da intercomunicação, interpenetração e da articulação entre estas diversas ordens.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio.Curso de Direito Administrativo, 23ª ed.São Paulo:Malheiros, 2007, p.454.

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: A segurança como crédito de confiança. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo14.pdf> >acesso em 14.03.2009.

Na visão de Antônio Carlos Wolkmer:

“Uma perspectiva interdisciplinar revela que a inter-relação fragmentada do legal não é mais vista como anárquica e que é perfeitamente admissível viver num mundo de juridicidade policêntrica. Neste contexto, o pluralismo enquanto perspectiva interdisciplinar consegue, no largo espectro da historicidade de uma comunidade regional ou global, intercalar o ‘singular’ com a ‘pluralidade’, a junção democrática da variedade com a equivalência, a tolerância expressa na convivência do particular com a multiplicidade”.<sup>42</sup>

Assim, anota Carmem Lucia Silveira Ramos:

“A partir da leitura interdisciplinar do direito, portanto, a análise de cada caso concreto, na sua historicidade é obrigatória em qualquer circunstância: há que se entender e interpretar a cultura do seu povo, seus valores e sua psicologia, para avaliar a pertinência da solução apontada, diante da provável reação dos cidadãos às situações emergentes, envolvam elas crises e dificuldades, ou mesmo êxito”.<sup>43</sup>

## CONCLUSÃO

Por esta perspectiva interdisciplinar é que, associada aos fundamentos expostos no presente trabalho, a possibilidade de convalidação do ato admissório de servidor ou empregado público, sem a observância do concurso público, ou a geração de efeitos, entre os quais o de permitir o pagamento das verbas rescisórias pertinentes, poderá se apresentar como uma medida equilibrada e harmônica. Por seu turno, como demonstrado, a opção efetuada pelo TST, na súmula 363, não espelha a melhor maneira de resolver tais situações, não obstante deva ela ser aplicada quando as circunstâncias de fato não inserirem-se nos moldes aqui descritos.

A aplicação da lei pelo administrador e/ou sua interpretação pelo Judiciário deve dar-se em conformidade com a Constituição. Não só a aplicação como a interpretação da lei deve ser sistemática, axiológica e teleológica, norteadas pela Lei Fundamental, sem olvidar, no caso em comento, os princípios do direito do trabalho aplicáveis. O princípio da legalidade muda de grau qualitativo convertendo-se em princípio da constitucionalidade (Freitas, 2004, p.44)<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Antônio Carlos Wolkmer apud Carmem Lucia Silveira Ramos, “A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo”, FACHIN, Luiz Edson(coord).Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29, 1998.

<sup>43</sup> RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro Contemporâneo*. FACHIN, Luiz Edson(coord).Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29, 1998.

<sup>44</sup> Op.Cit, p.90.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. p.123-129, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, LEITE, George Salomão (Org), [s.ed], São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007,

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 8ª Ed., 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed, rev, amp, atu. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o Sistema Jurídico. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v.37, p.79-93, 2002.

DELGADO, José Augusto. [O Princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/448/4/) > acesso em 07.02.2009.

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

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991,

MARTINS-COSTA, Judith. *A re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: A segurança como crédito de confiança*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo14.pdf> > acesso em 14.03.2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5 ed, São Paulo: Atlas, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro Contemporâneo*. FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-29, 1998.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Os Tribunais de Contas podem desconsiderar suas próprias e anteriores aprovações de contas públicas? CD-ROM *Juris Síntese nº 59* - mai/jun 2006.

Supremo Tribunal Federal- MS 22357 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 27/05/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Supremo Tribunal Federal -RE-AgR-AgR-AgR-AgR-ED 348364 / RJ - RIO DE JANEIRO EMB.DECL.NO AG.REG.NO AG.REG.NO AG.REG.NO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 25/10/2005, Órgão Julgador: Primeira Turma.

Supremo Tribunal Federal- QO Pet (MC) n. 2.900/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 27/05/2003, DJ 01/08/2003. p. 142, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Superior Tribunal de Justiça - REsp 493307 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2002/0160054-5, Relator Ministro FELIX FISCHER (1109)-5ª Turma, julgado em 01/03/2005, Publicado no DJ 26.09.2005 p. 434.

Superior Tribunal de Justiça - MS 7436 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0033916-6-Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113), Julgamento em 23/10/2002, publicado no DJ 17.02.2003 p. 218.

Superior Tribunal de Justiça – RESP 200400525951 – (658130 SP) RECURSO ESPECIAL– 1ª Turma. – Rel. Min. Luiz Fux – Publicado no DJU 28.09.2006 – p. 195.

VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação dos atos administrativos.*Revista de Direito Administrativo*.Rio de Janeiro, n.220, p.35-51, abr/jun.2000.

ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.3 ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2008.