

Preclusividade e procedimento administrativo disciplinar

Os limites ao poder de revisão de ato que determinou o encerramento de investigação contra servidor público

Luiz Alexandre Cruz Ferreira
Alexandre Mendes Cruz Ferreira

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Interesse público e particular. 3. Devido processo legal como instrumento de garantia individual. 4. Princípio da preclusividade e a chamada “coisa julgada administrativa”. 5. Natureza jurídica da decisão que põe termo à investigação contra servidor público. 6. Anulação e revogação dos atos administrativos. 7. Anulação e prescrição administrativa. 8. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

Falando sobre o ofício do intérprete do fenômeno jurídico, José Néri da Silveira (1985, p. 26) alerta para a necessidade de observância da pesquisa acerca do conteúdo teleológico da norma, que deve permitir a “proteção e segurança dos indivíduos”, base para a construção do equilíbrio e da harmonia social e, conseqüentemente, da afirmação da “justiça, paz e bem comum”. A advertência é altamente pertinente, mormente quando se constata que os operadores do Direito atualmente, a pretexto de pesquisar o sentido lógico da proposição normativa, muitas vezes se esquecem de “projetar seu conteúdo em todas as direções” e de “atentar para as exigências valorativas apropriadas à vida real” (SILVEIRA, 1985, p. 26). Talvez seja esse descomprometimento com o resultado da interpretação, apregoado a plenos pulmões nos rincões positivistas, que está na raiz do nascimento de muitos dogmas jurídicos, que

Luiz Alexandre Cruz Ferreira é Mestrando em Direito Público e Docente na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, professor no Centro Universitário Barão de Mauá, em Ribeirão Preto – SP, Teólogo.

Alexandre Mendes Cruz Ferreira é Pesquisador na Universidade de Ribeirão Preto – UMAERP.

tanto mal têm produzido historicamente à humanidade.

Existe uma tendência na comunidade jurídica para a refração do caráter transformador e libertador do fenômeno jurídico, ainda que esse caráter esteja sendo acentuado hodiernamente por alguns juristas comprometidos com a criação de um pensamento antidogmático e crítico. Como afirmam Lawrence Friedman e Jack Ladinsky (1999, p. 203), “a mudança é uma característica penetrante da sociedade humana; em verdade, a mudança social é tão normal quanto a ordem social. Porém, enquanto se refere ao trabalho intelectual, a dinâmica social é uma área notadamente subdesenvolvida, comparada com o fenômeno da ordem social. É paradoxal que, numa área de mudança técnica e social acelerada, a teoria social (e é exatamente o que acontece com o Direito) se concentre no tratamento da persistência ordenada da sociedade, e que não tenham aceitação geral as teorias sobre o processo e mudança sociais”.

Pode-se apontar a plena submissão dos operadores do Direito aos dogmas como causa primeira do imobilismo do mundo jurídico em relação ao processo de transformação da sociedade. Um desses dogmas irrefutáveis que acabaram alçados, não se sabe à força de qual autoridade, à categoria de “princípio geral do Direito” é aquele que afirma a possibilidade de modificação de um ato administrativo quando conveniente ao interesse público, que deve sempre prevalecer em relação ao do particular. Na realidade, conforme se tentará demonstrar, a vetusta interpretação justificadora da aludida conclusão não se encontra em sintonia com os mais modernos princípios iminentes ao Estado Democrático de Direito e, por essa razão, deve ser objeto de profunda reflexão dos estudiosos do Direito Público.

Uma das conseqüências da irrefletida aceitação do dogma da prevalência do interesse público sobre o individual se relaciona com a negativa, feita por alguns juristas pátrios, da possibilidade de os atos admi-

nistrativos ensejadores de direitos subjetivos se revestirem de efeitos permanentes, vale dizer, serem irretroatáveis; ou ainda, mais especificamente, na rejeição pura e simples da ocorrência da *res judicata* imprópria em procedimento administrativo disciplinar.

A hipótese, muito comum, diga-se de passagem, reside na possibilidade de um servidor público vir a responder a novo inquérito ou sindicância administrativa pelo mesmo fato, depois de ter sido arquivada investigação anterior por qualquer motivo. É certo que há os que defendem que, sendo aludida providência um ato administrativo, o referido arquivamento pode perfeitamente ser objeto de “invalidação” pela Administração, presente o interesse público. Dessa forma, mesmo arquivado o procedimento administrativo contra o servidor, ele poderia ser reaberto a qualquer tempo, limitado exclusivamente à conveniência da Administração Pública. Tentar-se-á demonstrar, entretanto, que referida orientação macula princípios de garantia previstos na Constituição Federal e não se coaduna com o devido processo legal, além de manter o intérprete com os pés fincados no passado, comprometido com antiga orientação, fazendo de sua voz um instrumento de serviço da manutenção de um *status quo* pernicioso e refratário à descoberta da verdadeira essência do Direito, cuja pretendida e necessária mudança de substância acaba disfarçada pelo acolhimento desses dogmas e de outras ficções legais ou formas de legalismo. (Cf. SOUTO, 1999, p. 204).

2. Interesse público e particular

Em magnífica monografia, sustenta Enterría (1986, p. 33) que

“la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central em la contrucción y em la validez del ordenamiento em su conjunto, obligan a interpretar este em cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operado-

res privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto las generales como los específicos referentes a la matéria que se trate”.

O caráter normativo da Constituição é a base de todo o sistema constitucional brasileiro. Por mais que se tente imprimir uma natureza programática ao modelo constitucional, o fato é que a própria Constituição Federal de 1988 ostenta valores materiais indiscutíveis que não podem, à toda evidência, ser descurados em nenhuma hipótese.

Um dos valores materiais básicos sobre o qual se assenta todo o sistema constitucional é a previsão de inviolabilidade dos direitos fundamentais. A afirmação, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, aspira poder permitir ao indivíduo o livre desenvolvimento de sua personalidade (ENTERRÍA, 1986, p. 35). Nessa medida, a efetivação dos direitos e garantias individuais deve ser buscada pelo Estado e exatamente é nisso que se assenta a ideologia liberal que permeou o trabalho do constituinte brasileiro. Em outras palavras, caso houvesse uma hierarquia de valores no contexto da Constituição, certamente aquele que impõe a preservação dos direitos individuais fundamentais teria prevalência sobre qualquer outro.

Com isso não se quer dizer que os direitos e garantias individuais tenham natureza absoluta. Na realidade, nenhum direito pode aspirar a tal *status*. O que se quer ressaltar é que jamais, em nome de um suposto interesse público, pode-se descurar de uma garantia individual inserta na Constituição da República Federativa do Brasil. Um direito individual só pode ser descurado quando se apresentar em antinomia em relação a outro direito fundamental, igualmente constitucionalizado, implícita ou explicitamente.

Toda a hermenêutica possível de um comando constitucional deve estar direcionada para a asseguaração das liberdades civis proclamadas na Carta Magna. É essa a de-

corrência natural da opção principiológica feita pelo constituinte.

Assim sendo, a singela idéia de que um interesse eventualmente social deve sempre prevalecer sobre um individual, repita-se, é um dos muitos dogmas que a comunidade jurídica tem absorvido sem maiores reflexões.

A doutrina alienígena há muito vem preconizando a necessidade de refutação da premissa da prevalência do interesse social sobre o individual pura e simplesmente. Peter Häberle (apud ENTERRÍA, 1986, p. 37) fala, desde longa data, sobre uma teoria da Constituição fulcrada numa interpretação substancial das garantias individuais, capaz de definir um espaço aberto em que seja possível um manejo de alternativas que evitem uma “petrificação” dogmática da situação dada. Assim, “los derechos fundamentales seriam los veyculos y los manantiales de las inovaciones e de las alternativas”. (ENTERRÍA, 1986, p. 37).

De seu turno, Renato Alessi (apud MELO, 1985, p. 57) afirma que os interesses individuais do grupo social compõem aquilo que ele chama de *interesses coletivos primários*. Esclarece o mestre:

“estes interesses públicos coletivos, cuja satisfação deve ser curada, não são, sublinhe-se, os interesses da Administração, entendida como aparelho organizativo, mas aqueles que têm sido chamados de interesses coletivos primários, formados pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade; ao passo que o interesse do aparelho organizativo, se possível conceber um interesse do aparelho unitariamente considerado, seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados apenas no caso de coincidência e nos limites da mencionada coincidência com o referido interesse coletivo primário”.

Assim sendo, a satisfação dos direitos e garantias individuais é premissa necessá-

ria para a concreção do interesse supremo da Administração Pública. Não há nenhuma base constitucional para a singela afirmação de que o interesse material da Administração deve sempre prevalecer em relação ao do particular.

3. *Devido processo legal como instrumento de garantia individual*

Para José Alfredo de Oliveira Baracho (1983, p. 55),

“o processo tem passado por transformações marcantes que o afastaram do formalismo da velha praxe, para o reforço de sua posição como garantia constitucional. Os estudos do direito processual não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos direitos fundamentais do homem”.

Além disso, é lícito dizer que o fenômeno jurídico se manifesta em uma sociedade plural, na qual o homem está situado histórica e culturalmente. O anacronismo clássico dos intérpretes vem perdendo força em relação a uma concepção diacrônica do mundo do Direito, que tem permitido uma hermenêutica mais engajada e comprometida com o ser humano.

Aliás, Vicente de Paula Barreto (1997, p. 627), referindo-se às demandas sociais da sociedade contemporânea, afirma que

“o ponto nodal da questão reside, certamente, na incorporação da temática da inclusão social na ordem constitucional. O Estado Democrático de Direito desloca a questão, rompendo o círculo vicioso do constitucionalismo liberal, que considera a inclusão social em termos de liberdade igual, situando-a sob o ângulo da distribuição equânime dos bens e do reconhecimento público aos excluídos”.

Dentro dessa perspectiva, criada a partir da afirmação das contradições internas

do liberalismo, irrompe a hermenêutica como poderoso instrumento de libertação do indivíduo, conduzindo para a possibilidade, ainda tênue, é verdade, da realização de uma ontologia hermenêutica fundamental pelo cidadão, desvinculada de padrões de dominação. E, dessa forma, emerge – ao menos em tese – a necessidade de que a visão de mundo do excluído ou do hipossuficiente seja considerada pelas instâncias decisórias, que acabam por isso mesmo tendo que compartilhar das angústias e do sofrimento do ator social, alçado, em consequência, à condição efetiva de co-partícipe do processo de distribuição da justiça.

Sobre o assunto, com a agudez habitual, Peter Härbele (1997, p. 17) pontifica que

“a relevância desta concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou grupos, mas também dos órgãos estatais, configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num ‘elemento objetivo dos direitos fundamentais (*grundrechtliches Sachelement*)’ ... esta complexa participação do intérprete realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada. *Experts* e pessoas interessadas na sociedade pluralista também convertem-se em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não somente o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam, aqui, uma mediação específica entre Estado e sociedade”.

Sem qualquer dúvida, a base da eclosão dos novos movimentos hermenêuticos está situada na descrição dos direitos fundamentais pela Constituição Federal. Evidentemente que a garantia de submissão do processo à legalidade deve ser entendida exatamente nessa dimensão.

O professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Marcelo Rebelo de Sousa (1986, p.

5), referindo-se à Constituição portuguesa, em tudo idêntica à nossa nessa seara, vê três dimensões da legalidade: a) político-constitucional; b) administrativa substancial; e c) administrativa processual. No que se refere à primeira, leciona que

“ela deve ser entendida no sentido de ter por conteúdo os princípios fundamentais do regime democrático. Estes princípios, que respeitam a filosofia política norteadora da substância do princípio da legalidade, projetam-se também na essência democrática do sistema do governo vigente e deles se destacam, como princípios fundamentais, o respeito e garantia dos direitos fundamentais”.

Não se deve conceber o devido processo legal senão como um dos direitos individuais fundamentais. A concepção é de garantia, portanto, do indivíduo. Entendido de maneira substancial e não meramente formal, ele acentua a necessidade de contenção de qualquer manifestação do arbítrio. Em certo sentido, portanto, é opção principiológica do Estado contra emanações ontologicamente injustas.

4. Princípio da preclusividade e a chamada “coisa julgada administrativa”

Maria Sylvia Di Pietro (2004, p. 584) vê necessidade de precisar a distinção entre coisa julgada administrativa e efeitos preclusivos do ato administrativo. Para ela,

“sendo muito diversas as funções jurisdicionais e administrativas, pela forma como nelas atua o Estado, não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica. Na função judicial, o Poder Judiciário atua como terceiro estranho à lide; a relação é trilateral, porque compreende autor, réu e juiz, não sendo este parte na relação que vai decidir (...). Na função administrativa, a Adminis-

tração Pública é parte na relação que aprecia; por isso se diz que a função é parcial e, partindo do princípio de que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão”.

A maior das características da coisa julgada, sem qualquer dúvida, é a insuscetibilidade de modificação ulterior da decisão que dela decorre. Em outras palavras, consoante de sabença trivial, a decisão que ostenta a força da *res judicata* não pode ser desconstituída nem mesmo pela edição de novo comando legislativo positivo.

É certo que existem atos administrativos irretratáveis no âmbito interno da Administração. Entretanto, mesmo esses atos sempre se sujeitam à revisão judicial. Dessa forma, partindo-se do pressuposto da sujeição ao controle jurisdicional, não se pode dizer que existam atos administrativos imodificáveis. Esse é um poderoso argumento levantado em favor da necessidade de uma precisão terminológica acerca do instituto da coisa julgada no âmbito administrativo.

Enfocando a necessidade de distinção sobre os efeitos preclusivos na seara administrativa, ensina Araújo Falcão (1960, p. 90) com autoridade:

“mesmo aqueles que sustentam a teoria da coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de *res judicata* propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, caso ocorresse, sob o nome de ‘irretratabilidade’”.

Destaca Adriano Marrey, em voto proferido no recurso 141.907, contra ato do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, que:

“a assim chamada coisa julgada administrativa, resultante da definitividade da decisão tomada pela Administração, limita-se ao caso apreciado

e extingue-se com o encerramento deste, pelo exaurimento de seus efeitos, respeitadas as situações jurídicas subjetivas, que se constituíram”. (no mesmo sentido: RTJ 88/134).

Na verdade, o fato de se advogar a impropriedade da denominação “coisa julgada administrativa” não faz desaparecer o importante efeito da preclusividade de alguns atos administrativos, que se materializa na insuscetibilidade de modificação ulterior pela própria Administração Pública.

Em 1862, o insuperável tratadista Visconde de Uruguai (1997, p. 59), lecionando sobre a diferença entre a administração graciosa e contenciosa, afirmava que:

“a administração graciosa está, como vimos, essencialmente revestida de um certo poder discricionário. A contenciosa, porém, está encerrada nos limites da aplicação de uma lei, de um regulamento, de um contrato, quando lhe pertence a solução das dúvidas que se levantam. A administração graciosa tem sempre o poder de reformar espontaneamente a decisão que tomou. A contenciosa não, porque, pela decisão tomada depois de um litígio administrativo, em um caso dado, ficou liquidado e firmado o direito da parte”.

Vê-se, assim, que existem atos administrativos que, uma vez editados, não podem ser revogados pela Administração. Isso ocorre porque uma das características que mais acentua o caráter de proteção individual que está impregnado na garantia do devido processo legal é o princípio da preclusividade, previsto no artigo 5º, XXXVI, da CF/88. Nem mesmo a edição de uma nova lei regulando uma matéria pode afetar uma decisão coberta pelos efeitos preclusivos da *res judicata*. Esta, consoante afirmado, no âmbito administrativo, manifesta-se pela impossibilidade de revisão interna do ato administrativo. Em outras palavras, a preclusão, quando incidente, acarreta a impossibilidade de revogação do ato administrativo e, em razão disso, torna-se ele imutável (ressalva-

da, é claro, a possibilidade de controle judicial da legalidade).

5. Natureza jurídica da decisão que põe termo à investigação contra servidor público

Na realidade, constitui séria violência a submissão de uma pessoa ao juízo administrativo disciplinar pelo mesmo fato indefinidas vezes. Bem situada, a irretratabilidade dos atos da Administração Pública decorre do princípio da preclusividade que, de seu turno, é emanção perene do devido processo legal e, portanto, direito fundamental da pessoa humana.

Sempre que uma denúncia ou uma irregularidade se apresenta contra um servidor, surge uma relação entre este e a Administração Pública que necessariamente deve ser objeto de decisão. Quando a Administração, por qualquer motivo, reconhece a inadmissibilidade de imposição de uma punição disciplinar, quer porque não encontrou provas suficientes para início do processo administrativo, quer porque este resultou em absolvição do servidor, o que emana desse ato é uma decisão desconstitutiva da pretensão decorrente da irregularidade apontada. Em outras palavras, com a notícia da prática de uma irregularidade aparece o interesse da Administração em punir o servidor faltoso, e qualquer decisão que repudie essa pretensão tem característica negativa diante da apontada irregularidade funcional.

A falta de instauração formal de um processo administrativo, ou mesmo a decretação de sua improcedência, portanto, faz emergir a certeza da inocência do servidor, que, aliás, era presumida por força da Constituição Federal. Evidentemente que essa decisão tem a força da *res judicata imprópria*, consoante, aliás, pronunciamento unânime da doutrina.

Não é outra a lição sempre atual do saudoso Hely Lopes Meirelles (2002, p. 576):

“realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, a

preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge, nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o destinatário da decisão interna do Poder Público. Essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável pela via judicial”.

Ao contrário do que sustentam alguns, não pode a Administração revogar o ato administrativo que determinou o encerramento das investigações a qualquer tempo, ainda que fundado no interesse público. Na realidade, o verdadeiro interesse público é aquele que decorre da estrita observância das normas constitucionais de garantia, verdadeira carta de intenções de um Estado, de observância absolutamente obrigatória.

Consoante afirmado, tanto a determinação de arquivamento de um expediente investigatório quanto a decisão em um processo administrativo se materializam por meio de um ato administrativo individual, que só pode ser revogado ou anulado pela Administração Pública na presença de determinados requisitos. É a seguinte a lição do citado Hely Lopes Meirelles (2002, p. 196), cujo pensamento constantemente é descontextualizado por alguns:

“os atos administrativos, especiais ou individuais, são também, em tese, revogáveis desde que os efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, mas ocorre que estes atos podem se tornar operantes e

irrevogáveis desde a sua origem, ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão. E tais são os que geram direitos ao destinatário, os que exaurem desde logo seus efeitos e os que transpõem os prazos dos recursos internos, levando a Administração a decair do poder de modificá-los ou revogá-los. Ocorrendo qualquer destas hipóteses o ato administrativo torna-se irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência”.

A matéria é pacífica na jurisprudência, que considera irretratáveis os atos administrativos que gerem direitos ou que resultem na não utilização do recurso hábil. Nesse sentido: STF, RDA 20/40, 30/262, 35/247, 39/320, 48/350, 52/242, 53/166, 54/275; TFR, RDA 32/116; TJSP, RDA 38/83, 38/85, 47/72, 49/202; RT 205/359, 257/372, 262/149, 294/207.

Evidente que o arquivamento do expediente contra o servidor acusado de irregularidade é ato administrativo que gera direitos e implicações de natureza subjetiva, tanto para ele (que foi proclamado inocente) quanto para a Administração Pública, que se obriga ao cumprimento de seu conteúdo decisório. Nesse caso, conforme lição acima, não pode mais a Administração revogar o ato que, para todos os efeitos de direito, passa a ser “irretratável”.

Aliás, o maior de todos os publicistas pátrios, Ministro Seabra Fagundes (1971, p. 99), felizmente nos legou, entre tantas outras, esta pérola de lição:

“O poder reconhecido à Administração Pública de rever os seus próprios atos, para modificá-los ou desfazê-los, pode situar-se diante dos atos administrativos válidos (revogação) e dos atos ilegítimos, porque praticados ao arpejo do texto normativo (anulamento ou anulação). E em face dos primeiros está limitado pelos direitos subjetivos a que o ato possa ter dado causa. Ou é impossível o desfazimen-

to, se de qualquer modo atinge efeitos já produzidos, ou é restrito à área em que não atinge tais efeitos, seja eliminando-os, seja frustrando-os em sua seqüência. Esta é a colocação tranqüila da matéria diante do princípio constitucional (art. 153, § 3º) e legal (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º) assecuratório dos direitos adquiridos. Nesse sentido é concorde a orientação da jurisprudência, quer dos tribunais locais, quer do Supremo Tribunal Federal. Em vários acórdãos, se tem decidido que o ato administrativo ‘que gerou direito subjetivo, não pode ser revogado’ (mandado de segurança nº 4.609, RDA v. 53/167, 171; recurso de mandado de segurança nº 3.791, RDA v. 51/277, 281 e 1.944, RDA, v. 48/130-2). O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que, ‘se o ato é legal’, e ‘gerou direito adquirido’, ‘não há como anulá-lo’ (Terceira Câmara Cível, acórdão nº 74/725, RDA, v. 48/139, 144; Primeira Câmara Cível, acórdão nº 20.314, RDA, v. 53/176; Pleno, mandado de segurança nº 74.498, RDA v. 49/202-8). E o Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara também já assentou: ‘se o ato produziu seus efeitos, criou situações jurídicas novas, é evidente que a autoridade administrativa fica adstrita ao respeito àqueles direitos legalmente adquiridos’...”.

E prossegue o mestre, parece que para responder àqueles que insistem em alegar que o interesse público poderia alterar o panorama desenhado:

“a simples invocação do interesse público, visto sob um novo prisma, não basta a invalidar o ato que legalmente se praticou. Por sobre ele estará o respeito à Constituição e à Lei de Introdução ao Código Civil. Aí, como tivemos ocasião de escrever alhures, o interesse público será apenas aparente, pois o real interesse público estará na

preservação da situação jurídica individual, nascida à sombra do direito”. (FAGUNDES, 1971, p. 101).

6. Anulação e revogação dos atos administrativos

Antes de prosseguir na argumentação, parece necessária a afirmação de dois conceitos de suma importância, indispensáveis para a sustentação do que foi alegado até o presente momento, bem como para servir de suporte para ulteriores conclusões. Existem somente duas categorias para identificar a invalidação dos atos administrativos: a revogação e a anulação.

Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 195), “revogação é a suspensão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência”. De outro lado, o mesmo autor afirma que “anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”.

Pelo que se vê, fica muito claro que a revogação de um ato administrativo pressupõe um ato legal, perfeito e sem nenhum vício, inobstante inconveniente à Administração Pública. No que se relaciona à anulação, entretanto, a situação é bem diversa, na medida em que, nesse caso, a invalidação pressupõe uma ilegalidade, vale dizer, uma mácula que torna insustentável o ato em relação ao ordenamento jurídico positivo.

Os atos administrativos podem ser invalidados pela revogação a qualquer tempo, desde que respeitadas os direitos de terceiros e não tenha decorrido o prazo das vias recursais. Lembrando uma vez mais Hely Lopes Meirelles (2002, p. 197), é lícito dizer que o ato só pode ser revogado, em síntese, “quando não tenha gerado direitos subjetivos ao destinatário ou não seja definitivo ou, então, por se tratar de ato precário”.

Quanto aos anuláveis, por serem atos ilegais, ilegítimos e abusivos, podem ser mo-

dificados a qualquer tempo, desde que não tenha ocorrido a prescrição. Mesmo nesses casos, a doutrina tem recomendado redobrada cautela aos operadores do Direito. Uma vez mais se deve socorrer do magistério do grande Ministro Seabra Fagundes (1971, p. 102), para quem:

“É tão delicado o uso do poder de desfazimento dos atos administrativos pela própria Administração, que mesmo se tratando de atos ilegítimos, porque praticados em conflito com textos legais ou regulamentares, e, conseqüentemente, não ter gerado direitos subjetivos, se prescrevem cautelas contra o efeito retroativo da declaração de nulidade. A doutrina e a jurisprudência concordam em que o seu exercício há de ser cauteloso, para não constituir em elemento perturbador de segurança e da estabilidade nas relações entre Estado e indivíduo”.

Essa discussão, entretanto, será retomada com mais vagar no tópico seguinte.

Por ora, importante acentuar que o ato administrativo que determinou o arquivamento de denúncia contra servidor, quer tenha sido proferido em peças de informação, sindicância, inquérito administrativo ou processo disciplinar, não pode ser revogado pela Administração, vez que gerou direitos subjetivos. Dessa forma, ordenado o arquivamento, não pode haver subsequente imposição de sanção disciplinar contra o funcionário pelo mesmo fato, pena de ofensa ao devido processo legal pela falta de respeito ao princípio da preclusividade.

7. Anulação e prescrição administrativa

Para J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 264):

“na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e cien-

tíficos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais”.

Do cotejo dos interesses conflitantes, de um lado, o da Administração em invalidar um ato ilegal e, de outro, o do cidadão em manter a segurança jurídica indispensável, emerge o pensamento daqueles que, como Regis Fernandes de Oliveira (2001, p. 131), entendem que:

“com relação ao próprio Poder Público, temos, em princípio, que não há prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável. (...) Ao administrador cabe sempre reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público (...)”.

Para o citado autor, nem mesmo a prescrição poderia alterar o panorama indicado:

“... não haverá nunca a prescrição. Para o particular, sim, pois assim o estabelece o sistema normativo. Para a Administração não. Caber-lhe-á, analisadas as circunstâncias fáticas, escolher se prefere a continuidade dos efeitos materiais do ato ou eliminá-lo. É juízo valorativo da autoridade administrativa, ocorrente por ocasião da decisão”.

Evidente que referido pensamento está em dissonância com a orientação hermenêutica da prevalência dos direitos individuais fundamentais. Em razão disso, pode-se apontar uma outra orientação no sentido de que mesmo um ato manifestamente ilegal só pode ser anulado enquanto não prescrita a possibilidade dessa anulação ou, no dizer de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 199):

“a doutrina tem sustentado que não há prazo para anulação do ato administrativo, mas a jurisprudência vem

atenuando o rigor desta afirmativa, para manter os atos legítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial afirma-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração. Como destacado, (...) a Lei 9.784/99 manda a Administração observar o princípio da segurança jurídica...”.

Consoante afirmado, a jurisprudência tem deixado de anular atos administrativos, mesmo ilegais, depois do transcurso de determinado lapso temporal. Nesse sentido: STF, RTJ 45/589, 49/231, 83/921; RDA 114/288, 134/217; TFR, RTFR 26/10; TJSP, RJTJSP 38/318.

E nem se diga que a seara disciplinar restaria excluída da sistematização apontada. Absolutamente não. Com efeito, conforme sustenta o eminente Ministro Moreira Alves por ocasião do julgamento do MS nº 20.069/1976:

“o que implica dizer que, para haver exceção a esse princípio (da prescritibilidade), é necessário que venha ela expressa em texto legal. E isso não ocorre com a falta de que se trata nos autos. Por outro lado, em se tratando de interpretação extensiva, como se trata, ela se aplica até às normas que integram o denominado *ius singulare* uma vez que, a partir de Helfert, em 1847, a doutrina vem acentuando que, no terreno dessas normas, só não se pode utilizar da analogia (...). Em matéria de prescrição em nosso ordenamento jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em *ius singulare*, uma vez que a regra é da prescritibilidade”.

Sobre o instituto da prescrição administrativa, que não se confunde em absoluto com a preclusão de que se cuidou nos tópicos anteriores, afirma Hely Lopes Meirelles (2002, p. 201):

“a nosso ver, a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação

do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também *interesse público*, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhe atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornarem inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade. Como entre nós as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos, entendemos que é neste prazo que podem ser invalidados os atos administrativos”.

Saliente-se, outrossim, que os atos administrativos capazes de ensejar uma punição ao servidor são aqueles que merecem maiores cuidados em relação à possibilidade de alteração ulterior. A doutrina tem-se orientado pela fixação de parâmetros de garantia do servidor e segurança jurídica dos atos administrativos, que não devem ser mitigadas, naturalmente, a pretexto de se “preservar” o Poder Público.

Algumas pessoas ainda sustentam que, inexistindo partes e sentença, descabido falar-se de coisa julgada e, portanto, de efeitos preclusivos do ato administrativo. Sem razão, entretanto. Na realidade, quando se fala de efeito preclusivo de um ato administrativo, não se está, absolutamente, desejando mencionar eventuais referências à *res judicata*, instituto de direito processual, e que pressupõe, à toda evidência, a instauração de uma lide civil, penal ou trabalhista.

Com efeito, o ato administrativo não depende de “partes”, de “processo” ou de “jul-

gamento” e, nem por isso, consoante lições exaustivamente citadas, está isento de ser considerado irrevogável quando atacado pelos efeitos preclusivos descritos.

Sobre a natureza do instituto que se evoca, veja-se o pensamento de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 650-651):

“a prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil e nem estende seus efeitos para as ações judiciais pois é restrita à atividade interna da Administração, acarretando a perda do direito de anular um ato administrativo e se efetiva no prazo que a lei estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo, não pode o servidor público ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito o STF já decidiu que ‘a regra é a prescritibilidade’. Entendemos que quando a lei não fixa prazo da prescrição administrativa é este de cinco anos (...) O direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados (...) Esta última norma encerra a observação relevante a respeito da terminologia jurídica ao falar em decadência e não em prescrição. No nosso entender, com inteira razão, porque se trata da perda do direito de anular, e o termo prescrição, conforme destacamos, supõe a existência de uma ação judicial. O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre a Administração e seus servidores, em obediência ao princípio da segurança jurídica. Transcorrido o prazo prescricional, fica a Administração e o servidor impedidos de praticar o ato pres-

crito, sendo inoperante o extemporâneo”.

De todo exposto, resulta que tanto a Administração Pública quanto o Judiciário só podem anular ato administrativo que tenha resultado no arquivamento de investigação aberta contra servidor, ainda que eivado de vício insanável, caso ainda esteja fluindo o prazo prescricional. Depois disso, opera-se a decadência do direito e o ato já não mais pode ser atacado, seja qual for a irregularidade que ostenta.

8. Considerações finais

Pode-se dizer, em síntese, que o interesse público primário que sustenta toda a ideologia de nosso sistema político está alicerçado na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Nesse diapasão, é equivocado invocar-se a prevalência de interesses coletivos sobre os individuais, pura e simplesmente. Ao contrário, em caso de impossibilidade de compatibilização desses interesses, aquele que encontra seu fundamento nas normas de garantia previstas pelo constituinte deve sempre ser preservado, ainda que aparentemente represente uma suposta desconformidade com o interesse material da Administração Pública.

Exatamente em razão disso, o direito ao devido processo legal é emanção constitucional de garantia do cidadão contra o arbítrio e, dessa forma, não pode claudicar para atender os reclamos de um aparente interesse público legitimador de novas providências administrativas contra o servidor público acusado de falta funcional.

Na verdade, o ato administrativo que determina o arquivamento de investigação contra servidor público não pode ser revogado pela Administração Pública porque gera direitos subjetivos individuais ao servidor. Essa garantia decorre precisamente do devido processo legal, que tem como corolário a afirmação da preclusividade como regra.

Além disso, ainda que o mencionado ato ostente vício de natureza insanável, ele só pode ser anulado, quer pela Administração, quer pelo Poder Judiciário, dentro do prazo prescricional de cinco anos. Depois disso, ele se torna imodificável.

A conclusão, repita-se, decorre do direito de fundamento constitucional do servidor a um processo orientado pelo primado da lei, vale dizer, um processo cujo princípio da preclusividade seja regra e garantia impostergável. Nem mesmo a alegação de que o interesse público está a indicar a necessidade de revisão pode ser causa para justificar a revisão da medida, uma vez que não existe interesse social mais relevante do que a preservação incondicional dos direitos fundamentais.

Referências

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 68, out./dez. 1983.
- BARRETO, Vicente de Paula. O discurso da tolerância e a crise na ordem jurídica liberal. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DA INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE SEMIOTICS OF LAW, 13., 1997, São Paulo. *Direito oficial, contracultura e semiótica do direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997, p. 627-637. Mimeo.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Hermenêutica e supremacia constitucional. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 77, jan./mar. 1986.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Revogação da licença para a construção: direito à indenização. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 16, abr./jun. 1971.
- FALCÃO, Almicar de Araújo. *Introdução do direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- FRANCO, Alberto Silva (Org). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FRIEDMAN, Lawrence; LADINSKY, Jack. O direito como instrumento de mudança social incremental. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito*. São Paulo: Thompson, 1999.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Interesse público primário e secundário. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 75, jul./set. 1985.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVEIRA, José Néri da. Reflexão sobre uma ordem de liberdade e justiça. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 74, abr./jun. 1985.
- SOUSA, Marcelo Rabelo de. Princípio da legalidade administrativa na Constituição de Portugal de 1976. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 80, out./dez. 1986.
- SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito*. São Paulo: Thompson, 1999.
- VISCONDE DE URUGUAI. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.