

---

# A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

---

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 45	p. 1-258	jul./set. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

## A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
**ROMEUFELIPE  
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Luiz Fernando de Andrada Pacheco  
Patrícia Falcão  
Bibliotecários: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região  
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região  
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342      CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC-Rio)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

#### Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dra. Cristiana Fortini (UFMG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUCPR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG)	Prof. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba)	Prof. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá)

# Servidor público e direito adquirido\*

---

Sergio Ferraz

Foi membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Consultor Jurídico e Advogado militante.

Resumo: O presente estudo debruça-se sobre a temática do servidor público e do direito adquirido. Revisitando o tema sob a perspectiva do princípio constitucional da segurança jurídica e do interesse público, conclui-se no artigo que, diferentemente do que se tem sustentado, o servidor público brasileiro tem direito adquirido ao regime jurídico vigente no momento de sua investidura.

Palavras-chave: Servidor público. Direito adquirido. Segurança jurídica.

Sumário: 1 Do Estado do bem-estar social ao Estado do bem-estar individual – 2 Interesse público e interesse individual – 3 O princípio da segurança – Convalidação do ato administrativo – 4 Servidor público e direito adquirido – 5 Administrado e direito adquirido – 6 Conclusão

## 1 Do Estado do bem-estar social ao Estado do bem-estar individual

O Direito Administrativo, para muitos, é a face dinâmica e existencial do Direito Constitucional: ao passo em que este erige e estrutura o edifício estatal e social (conferindo-lhe, ademais, condições e requisitos de funcionamento e de funcionalidade) e suas partes componentes básicas (povo, território, governo), aquele se dedica a tornar operativas e efetivas as linhas mestras estatuídas na Lei Maior.

Conquanto a visão, acima traçada, revele traços de indiscutível simplismo, mostra-se útil entretanto, para os estreitos fins deste ensaio. É que aqui não nos moverá a ambição de operar uma análise aprofundada do Estado ou de seus elementos componentes. Tampouco nos acicatará o projeto de apresentar e justificar a autonomia e a razão de ser do Direito Administrativo. Limita-nos um objetivo preciso (embora vasto): a temática do direito adquirido, em face do servidor público. Por isso, optamos por um dos métodos de possível abordagem: examinar como o Direito Administrativo, nas interfaces administrador/administrado (aí envolvidos inclusive os servidores e agentes estatais), dá vida à garantia constitucional do direito adquirido. Mas antes de empreendermos tal jornada, temos por imperiosa a indicação de dois pressupostos, autênticos postulados mesmo, que estarão a presidir epistemologicamente o presente trabalho.

---

\* Conferência proferida no Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, em 1º de agosto de 2011, em Curitiba/PR.

O primeiro deles, de natureza adjetiva e metodológica, expõe-se por certo a fundadas críticas, o que não nos inibirá, contudo, de a ele aderir. O segundo deles, de cunho material, igualmente é suscetível de despertar iras e contraditas, o que, entretanto, mais uma vez, tampouco nos demoverá de abraçá-lo.

A uma, observando o sequenciamento acima deduzido: este não é um trabalho de erudição, de exaurimento referencial ou histórico. Bem diversamente, apresenta-se ele como uma catarse: seu autor, depois de décadas de meditação sobre o tema, vai liberar-se das tensões internas da maturação de todo o cabedal haurido, expondo suas ideias, sem preocupação de fazê-las apoiadas nas lições dos mestres e na ilustração da doutrina. Que assim proceda quem o desejar — esse não é nosso intuito ou compromisso.

A duas, ainda reverente ao apontado sequenciamento: nossas posições esteiam-se numa visão predominantemente individualista do ordenamento constitucional brasileiro, que foi, em nosso sentimento, a adotada na Constituição de 1988. Cremos que o Estado do bem-estar e da justiça social, magnífica construção positivada constitucionalmente na primeira metade do século XX, cedeu passo, na segunda metade do mesmo período, ao Estado do bem-estar social atingido através do Estado do bem-estar individual. Não mais o Estado da Justiça Social, mas pura e simplesmente, o Estado da Justiça.

Ao Estado do *laissez* passar sucedeu, nos trinta primeiros anos do século XX, o Estado do bem-estar social e da justiça social. Traduzem-no, dentre outros textos notáveis, a Constituição Mexicana e a Constituição de Weimar. Curiosamente, a revolução leninista, conquanto proclamando a criação de um novo homem e de uma nova sociedade, não refletiu tais preocupações na constituição soviética: bem antes, o texto em questão é farto e forte na criação de um Estado centralizador, onipresente, superintervencionista e impassível de contestação da cidadania. O que não impediu contudo a retórica de dirigentes soviéticos a se dizerem comprometidos com os ideais de justiça social. O descompasso entre o discurso e a praxis foi muito bem percebido pelos então emergentes regimes fascistas totalitários (com destaque para Alemanha, Itália, Portugal e Espanha; mas também, conquanto com alguns ingredientes autóctones, cumpre citar o Japão da mesma época). Constatou-se então, muito dolorosamente aliás, que a oratória de louvor ao interesse social

(expressão aqui abrangente de duas outras, extensa e corrompidamente utilizadas: interesse público e justiça social) serviu a início de gaza, ao cabo de instrumento de pretensão legitimação do arbítrio, para o esmagamento do indivíduo.

Dá-se, porém, que sociedade é uma ideia e, na sequência, um conceito; mas indivíduo é uma realidade. É por isso que, levantando-se dos escombros das ruínas da guerra, ou do esforço total para vencê-la, a civilização ocidental colocou todos os seus focos especulativos e axiológicos na revalorização do indivíduo, com a certeza de que só a restauração ou a construção de sua dignidade plena podem levar à realização de uma sociedade justa: é dizer, da justiça social.

É nessa dimensão que vivemos presentemente: o indivíduo, para usar metáfora copernicana, é o centro do sistema. Não para que, cevado no egotismo, no egoísmo e no egocentrismo, recrie o esquema de exploração de seus semelhantes, reinante à época da primeira revolução industrial. Mas o indivíduo coroado pela atribuição dos direitos básicos, que assegurem a dignidade existencial. O arremedo da suposta tentativa de criação de uma sociedade justa não passa de embuste se, ao voltarmos a lupa da análise para a célula individual da tal sociedade “justa”, nos depararmos com um sistema jurídico que não tenha erigido o indivíduo à condição de destinatário essencial.

Por tudo isso, as principais Constituições formuladas no mundo ocidental, após a tragédia de 1939/1945, fizeram questão de adotar alguns prismas nítidos, de valorização do indivíduo: sua colocação no centro do sistema; a ampliação considerável de seus direitos e garantias fundamentais; a criação de instrumentos novos (e a reformulação de instrumentos antigos) de proteção a tais direitos e garantias; a disseminação de meios judiciais de deflagração coletiva (para maior defesa do indivíduo que enfrenta o poder), a par com o desenvolvimento dos mecanismos de substituição processual nas legitimações ativas ad causam; a edificação de toda uma arquitetura de direitos difusos, coletivos e sociais, não como uma apropriação grupal de sua titularidade última, mas sim, como uma via forte e efetiva da defesa de tais direitos pelo indivíduo — seu real titular —, sem o expor à sanha vingativa daquele de onde partiu a ameaça ou a violação.

Em nosso sentir, pode-se dizer que a reorientação material/substantiva, acima exposta, traduziu-se até formalmente, nas novas

Constituições. A “topografia” do texto Constitucional, qual origami normativo inesperado, ou uma sinfonia nos moldes clássicos composta porém com uma ordenação inversa de suas partes convencionais, transmigrou os direitos e garantias individuais para o início do documento, fazendo-lhe sequenciais os direitos sociais e, só mais adiante, cuidando da arquitetura estatal. É assim nossa Constituição de 1988. Mas assim também é esse paradigma do constitucionalismo pós-1950: a Constituição Espanhola de 27.12.78. É claro que a “topografia” constitucional não garante a existência de um regime democrático. Mas, de toda sorte, sinaliza uma reversão de prioridades, uma política pública de berço constitucional, madura suficientemente para poder ser concretamente exigida (até judicialmente) pelo cidadão, alçado assim à condição de coagente da construção de uma ordem jurídica efetivamente democrática.

Em outros países, de Cartas mais antigas, em vez de “topografia” temos a hermenêutica da Constituição como a via de introdução da revalorização individual. É por exemplo o que ocorre nos Estados Unidos, com seu texto básico de mais de 200 (duzentos) anos e suas poucas dezenas de emendas pontuais. E não se deixe de referir, por intensamente instigante, o caso da Inglaterra: aí, conquanto não se possa falar em Constituição escrita, seus pactos fundamentais (o Bill of Rights, a Petition of Rights e a Magna Carta), não obstante seus bem mais de 300 (trezentos) anos de vida, foram, desde sua origem, formulados sob o prisma do interesse individual, que se contrapôs muito cedo aos excessos do poder e à invocação artificiosa de um interesse público quase sempre identificável com a vontade dos soberanos.

Como arremate a este primeiro segmento, estamos a afirmar que a Constituição brasileira se comprometeu a realizar precipuamente o bem-estar de cada um dos brasileiros e, na medida em que isso se realiza, a concretizar o bem-estar social. Este não poderá ter-se como legítimo, se aquele é desconsiderado. Claro está que, por vivenciarmos um regime democrático, o aval individual, até por impossibilidade material, não se afere da ideal unanimidade consensual: também aqui a maioria predomina. E cabe ao indivíduo, como partícipe da elaboração da ordem jurídica democrática, organizar e aglutinar os dissensos e fazê-los percorrer os caminhos próprios de sua afirmação. Por isso e para isso a Constituição lhe conferiu dignidade e instrumentos. E pois, a correspondente responsabilidade. O bem de todos, viabilizado a partir

da felicidade de cada um, esse é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.<sup>1</sup>

## 2 Interesse público e interesse individual

Do que até aqui deduzido não segue, ao contrário do que apressadamente pudessem alguns pensar, qualquer diminuição na centralidade do conceito de interesse público. Tampouco de sua posição de supremacia. Mas será necessário meditar sobre o próprio conteúdo do aludido conceito, procurando afinar sua clássica inteligência, às dimensões individualistas aqui propostas.

A contraposição interesse público/interesse privado é de fácil aceitação. Não tão clara assim, contudo, se apresenta a distinção entre um e outro. Dizer que por interesse público se traduz aquele que a coletividade abraça é expressar apenas uma meia verdade. Como também meia verdade é negar que o interesse público se perfaz na soma dos interesses individuais.

O interesse público decanta-se, sim, da soma dos interesses particularizáveis. Mas essa soma há de ser entendida na perspectiva do princípio democrático. É dizer, deve-se ter em mente não a unanimidade (de resto inviável) das vontades pessoais envolvidas, mas a preferência da maioria. E por mais árduo que pareça metrificá-la, possível é apurá-la. Para isso existem os instrumentos e as técnicas das audiências e consultas públicas, os mecanismos de controle popular da função administrativa, os processos plebiscitários e de referendo, etc. O que nos parece de relevo medular é exatamente o critério majoritário; e, segundo ele, não há valia em invocar suposto interesse público, quando não corresponde ele ao interesse individual quantitativamente predominante. Por tudo isso, aliás, é que sustentamos, por exemplo, o caráter de cogência dos resultados obtidos em consultas e audiências públicas.

Assim dimensionado o interesse público, jamais se apresentará ele, efetivamente, como possível de contrapor-se ao interesse individual. É o público visto através do indivíduo, cristalizado este na perspectiva de sua consagração majoritária (e, pois, democrática). Nesse panorama, o interesse do Estado (seja o primário, seja o secundário) jamais poderá suplantar o interesse individual. Também nesse panorama, nem será necessário distinguir interesse público de interesse individual. E, por

---

<sup>1</sup> Art. 3º da Constituição da República.



último, ainda nesse panorama, nunca se colocará em cheque o princípio da supremacia do interesse público, até porque estará ele sempre a preponderar democraticamente, como expressão que é dos interesses individuais majoritários. Não descuramos a possibilidade de manipulação de interesses individuais. Mas para evitá-la tem o Estado meios e modos eloquentes, que tanto mais eficazes serão, quanto mais aberta, transparente — pública, enfim — se apresentarem a máquina estatal, seus desideratos, objetivos e propósitos. Sociedade responsável, consciente e sábia é aquela composta por um máximo de indivíduos bem informados das políticas públicas, seus instrumentos e suas motivações. Quando isso acontece, a meta constitucional nuclear — o bem-estar (Preâmbulo e art. 3º, da Constituição da República) —, que somente em sua incidência individualizada pode ser constatada e aferida, estará sendo realizada.

### 3 O princípio da segurança – Convalidação do ato administrativo

A segurança jurídica (não confundi-la com segurança pública, conceito bem mais restrito e específico, tratado no artigo 144 de nova Constituição) é princípio basilar de nosso ordenamento, expressamente referido, como tal, no Preâmbulo e no artigo 5º, caput, da Lei Magna.

Em sua mais imediata acepção, o princípio da segurança jurídica, ou da estabilidade das relações jurídicas, impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido algum desvio da legalidade durante sua constituição.

Durante muito tempo, em face do princípio da legalidade, que impõe à Administração Pública submissão à lei, sustentou-se que qualquer vício jurídico, qualquer inobservância grave do texto legal, acarretava a invalidade do ato praticado. Pouco a pouco, entretanto, foi-se percebendo que a conformidade requerida não era estrita ou exatamente com o texto de algum específico dispositivo, mas, sim, com o Direito, visto em sua totalidade.

Seabra Fagundes<sup>2</sup> já advertia: “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.”

<sup>2</sup> O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 39-40.

Nessas formulações, até aqui coletadas, constata-se que o princípio, que estamos a analisar, em verdade traduz, no campo do Direito, aquela que é uma das aspirações nucleares do ser: a razoável estabilidade de sua existência, a razoável previsibilidade das consequências de suas atuações. Bem por isso, Legaz y Lacambra afirma ser a segurança jurídica uma dimensão ontológica do Direito.<sup>3</sup> Mas, tal como se dá em nossa vida, também no Direito “segurança” não se traduz por imutabilidade, eis que a dinâmica da vida pessoal e das relações sociais impõe permanentes reformulações de adaptação à realidade. Em verdade, tão essencial à própria ideia de “ordem jurídica” é o princípio da segurança que de sua existência jamais se duvidou, embora venha ele apenas fugidamente expresso no caput do art. 5º de nossa Constituição, mas posto em letra de forma no plano infraconstitucional (por exemplo: Lei nº 9.784/99, art. 2º, caput e parágrafo único, inciso XIII; Lei nº 9.868/99, art. 27; Lei nº 9.882/99, art. 11) — afora sua consagração jurisdicional, particularmente no Supremo Tribunal Federal.

Não goza de prestígio, em nossos dias, a corrente de pensamento segundo a qual o princípio da segurança jurídica estaria em permanente conflito com o princípio da legalidade, ora vencendo um, ora prevalecendo outro, segundo as configurações do caso concreto. Crê-se hoje que tais princípios se complementam, bastando para tanto que se entenda que, quando falamos em princípio da legalidade, o que contemplamos não é a sujeição do ato à literalidade da lei, mas sua conformidade à lei e ao Direito.<sup>4</sup>

Em arremate:

- a) o central conceito (princípio constitucional mesmo) da legalidade investe a autoridade no dever de, preferencialmente, restaurá-la, extirpando os vícios de invalidade do ato e fazendo-o indene de máculas (ou seja, convalidando o ato);
- b) essa convalidação se dará quando o ato viciado se revelar de interesse público e tiver sido praticado por autoridade competente, situando-se a falha em sua finalidade específica concretizada.

Em rigor, este texto não teria grandes razões para debruçar-se sobre o atraente tema da convalidação do ato administrativo. E se o faz, não obstante, é apenas para lançar algumas opiniões, pertinentes à

<sup>3</sup> *Filosofía del derecho*, p. 631.

<sup>4</sup> Lei nº 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, inciso I.

matéria aqui central, mas nas quais dissentimos, com profunda vênua, do predominante magistério doutrinário (apesar de poucas eventuais divergências, referimos, sobre a temática, a monografia de Weida Zancaner — “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos” —, hoje um clássico de nossa bibliografia. Mas vamos às discordâncias).

Em primeiro lugar: embora a convalidação seja, em princípio, um ato formal, pode dar-se, como exemplificaremos mais adiante, a convalidação implícita (que não se confunde com saneamento por força de decadência ou prescrição).

Em segundo lugar: o costumeiro efeito *ex tunc* do ato convalidador não é uma particularidade a ele inerente, mas simples consequência dos princípios constitucionais administrativos da legalidade, da boa-fé, da razoabilidade, da eficiência e da moralidade, valores que estariam visceralmente atingidos sem a aqui preconizada retroatividade.

Em terceiro lugar: o ato praticado em contrariedade à regra de competência não é convalidável, até porque carente de fundamento (ou elemento, ou requisito, ou pressuposto) não de validade, mas de existência. O que aqui se dá, para a regularização da situação jurídica então criada, é a edição primária do ato, com o conteúdo do mero comportamento (isto é, mero fato administrativo) anterior, praticado por agente competente.

Em quarto lugar: não é todo ato, com vício de finalidade, que se apresenta inconvalidável. Assim é tão apenas o ato praticado com finalidade marcada de interesse privado. Se o vício de finalidade transitar no campo da realização de interesses públicos a prática desviada, mas ainda encartada nesse campo, é tida como válida, dispensando por vezes até mesmo a edição de ato convalidador.

Por último: em nosso entendimento, a impugnação do interessado não constitui barreira à convalidação do ato viciado, em razão da primazia do princípio da legalidade. Evidentemente, a convalidação, nesses casos, não será obstáculo à responsabilização estatal, pelos danos eventualmente causados.

Medita-se sobre a hipótese de ato administrativo declaratório de utilidade pública de determinado bem, com a finalidade de ali construir um hospital. No curso do tempo, a Administração edita ato determinativo da edificação, no local, não de um hospital, mas de uma escola: desvio de finalidade formal, mas permanência do atendimento ao

interesse público. O segundo ato se tem por válido, sem necessidade mesmo de convalidação expressa, se encartado na competência do agente e inteira e comprovadamente vocacionado ao interesse público. E assim será ainda que o ex-proprietário (ou qualquer outra pessoa) impugne a construção da escola e exija a destinação que ensejara a declaração de utilidade pública: a impugnação do interessado, só por si, não é causa obstaculizadora suficiente. Nesse sentido, imaginemos outra hipótese: ato declaratório de utilidade pública para fins de desapropriação, em favor de um particular; impugnada que seja a iniciativa, nada obsta à revogação do ato viciado e à edição de novo ato declaratório, indicando uma finalidade de interesse público — nada obsta, repita-se, e até mesmo tudo obriga a que assim se faça. Pois a restauração da legalidade é fim mais prezado, pela ordem jurídica, que a manutenção do status de litigiosidade (claro, repita-se, sem ablação da responsabilização administrativa pelos prejuízos ocasionados).

Assim desbastado o conceito do princípio da segurança jurídica, oportuno se torna referir seu conteúdo. E cremos que ele se cifra em dois vetores: a certeza do Direito e a estabilidade do Direito.

No ângulo da certeza ingressam as preocupações referentes à vigência, à eficácia e à irretroatividade das normas jurídicas. Na perspectiva da estabilidade instalam-se os questionamentos alusivos à intangibilidade das situações jurídicas anteriores (direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada), à invalidação e convalidação dos atos administrativos e à incidência concreta de circunstâncias determinantes do reconhecimento de prescrição, decadência e preclusão.

A melhor doutrina tem exaltado a íntima conexão que existe entre o princípio da segurança jurídica e o da proteção à confiança legítima (também conhecido como da proteção da confiança dos administrados, ou da lealdade), divisando-se nesse segundo a convicção que tem o administrado, ao menos de início, de que os atos estatais são conformes à ordem jurídica e, por isso mesmo, de que deve o administrado confiar em tais ações do Estado.

Segurança jurídica — interesse público — bem-estar individual. Essa tríade é indissolúvel. Qualquer moessa ou fratura, aqui, faz derruir todo o edifício conceitual. E esse desmoronamento leva de roldão toda a delicada pauta axiológica, tão cuidadosamente elaborada pelo constituinte de 1988. Proclamou com acerto, certa feita, o Tribunal

Regional Federal da 4ª Região,<sup>5</sup> que “o princípio da dignidade da pessoa humana abarca todos aqueles direitos fundamentais como os individuais, os de cunho econômico, social e moral, impondo-se ao Estado assegurar condições para que as pessoas se tornem dignas...”. E foi também o magistério ecoado e ampliado pelo Superior Tribunal de Justiça:<sup>6</sup> a dignidade humana é um direito fundamental, verdadeira cláusula pétrea constitucional, que “perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento”. É nessa perspectiva que proclamamos: violar a segurança jurídica é violar a dignidade pessoal; atentar contra o bem-estar individual é desprezar a dignidade da pessoa humana.

Com tais referenciais em mente é que iremos agora empreender o percurso da temática do servidor público em face da garantia individual constitucional do direito adquirido.

#### 4 Servidor público e direito adquirido

Servidores públicos, na acepção que aqui se abraça, são as pessoas naturais que instrumentalizam as ações e vontades estatais, juridicamente vinculadas diretamente ao Estado, com as notas de permanência, subordinação e dependência. Trata-se de expressão integrante do conceito de agentes públicos. Pelas tônicas da vinculação direta, dependência, subordinação e permanência distinguem-se dos agentes políticos, dos empregados da Administração descentralizada e de todos aqueles que prestem serviços ao Poder Público sem as marcas distintas supra apontadas (por exemplo: os jurados, os “funcionários de fato”, os contratados mediante locação de serviços, etc.). Doutra banda, no universo estrito dos servidores públicos, como aqui delineado, constatamos a existência de duas espécies: o servidor em senso estrito (outrora habitualmente designado “funcionário público” — agente sujeito a uma relação legal ou estatutária com o Estado) e o empregado (relacionado ao Estado mediante um contrato de trabalho). Este último, habitualmente nominado “empregado público”, desfruta de uma série de direitos intangíveis, conaturais ao regime tuitivo obreiro, que é a própria razão de ser do contrato de trabalho. Tão peculiar é seu escudo próprio de tutelas jurídicas que dele não nos ocuparemos aqui, eis que quanto a ele não se questiona a incidência da garantia constitucional do direito adquirido.

<sup>5</sup> Apelação Cível nº 1994.04.01.074054-1/SC. Rel. Des. fed. Valdemar Capeletti. DJU, Parte 2, p. 271, 23 ago. 00.

<sup>6</sup> Recurso Especial nº 816.209-RJ. Rel. Min. Luiz Fux. DJU, p. 124, 03 set. 07.

Nossa preocupação volta-se ao servidor público em senso estrito, a seu regime legal e à consideração, em face desse regime, da existência (ou não) aqui da garantia do direito adquirido.

Para prévia pacificação semântica e prevenção a controvérsias logomáquicas, utilizaremos a expressão “direito adquirido” com o sentido de direito já incorporado ao patrimônio ou à personalidade de alguém; insuscetível por isso de afetação por lei ou fato posterior à aquisição. Como tal, continua ele a produzir os efeitos a ele adstritos pelo ordenamento jurídico vigente à época de sua constituição, mesmo sob a vigência de norma posterior, que diversamente disponha sobre suas consequências? E, para aprofundar as agruras da resposta a ser oferecida: como compatibilizar (se possível) a invocação, pelo funcionário, da existência de direito adquirido em face do Estado a que presta serviços, com a incontroversa assertiva de serem tais relações pautadas por um regime estatutário (isto é, disciplina legal, estabelecida por lei, unilateralmente modificável, também por lei, a qualquer momento, pelo Poder Público)?

Cortemos cerce, em benefício da brevidade: nossa doutrina administrativa, quando começa a encorpar-se na primeira metade do século XX, foi sorver sua seiva nos ensinamentos franceses, particularmente erigidos sobre as teorizações do Conselho de Estado. E aí estratificara-se, com riqueza, a lição sempre entre nós a partir de então repetida: a relação Estado-servidores é marcada pela ideia de estatuto, traduzindo-se, por este vocábulo, um regime jurídico em que a alterabilidade do conteúdo de deveres e obrigações do servidor é livremente reconhecida ao Poder Público, sempre que o interesse público a tanto recomendar ou solicitar. E contra esse *ius variandi* unilateral não vale a invocação de direito adquirido, de parte do servidor. E nessa senda se alinharam pacificamente, por muitíssimo tempo, doutrina e jurisprudência brasileiras. Ambas contudo olvidando relevantíssimo óbice jurídico: ao passo em que o direito adquirido não constitui garantia constitucional na França, ele como tal sempre existiu entre nós (sem limitações ou exclusões!). Dessa sorte, negá-lo ao servidor público estatutário, sem que preceito constitucional algum assim autorize, por isso que não corresponde a qualquer conceito jurídico, não passando mesmo de rombudo preconceito ideológico ou jurídico, significa entrever no servidor público um cidadão de segunda classe.

Se bem é verdade que já há algumas décadas o tema venha suscitando debates, por certo que a discussão ganhou dimensões bem maiores

com a Constituição de 1988, a partir sobretudo das garantias estendidas aos servidores públicos no §3º do artigo 39 e da consagração do princípio da dignidade. Durante muito tempo, porém, a citação clássica de Paul Roubier foi quase incontestada: “La situation de fonctionnaire public constitue un statut légal, qui peut toujours être modifié par les lois nouvelles in futurum”<sup>7</sup>

Daí ao exagero foi um pulo fácil: “Não há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito em sede de relação estatutária. Não há, também, que se falar em violação da coisa julgada”<sup>8</sup>

Atualmente prevalece, nas Cortes e nos magistrados, unívoca visão segundo a qual se continua (por que?) a dizer que é invocável (pelo servidor estatutário) a garantia do direito adquirido, salvo quando em jogo outras normas constitucionais expressas (como, *verbi gratia*, a alusão à irredutibilidade numérica dos vencimentos, aqui significando o quantum remuneratório). Assim, válido será (para os que assim pensam) alterar o horário do serviço, a composição das parcelas remuneratórias, o conteúdo técnico ou qualitativo dos serviços, etc. E com isso se obscurece a regra de ouro, que aqui deveria incontroversamente prevalecer: qualquer modificação do regime jurídico, ainda quando consentida, não valerá, se efetiva ou potencialmente suscetível de causar dano concreto ao servidor. Trata-se de comando que emerge claramente do princípio da dignidade! Daí, para evidenciar a amplitude da formulação, podemos proclamar certas verdades que, casuísticas embora, sugerem com nitidez a dimensão que atribuímos à garantia do direito adquirido, no tema sob exame:

- a) é inaceitável alterar os marcos da jornada, se o servidor demonstrar que assim estar-se-ia a inviabilizar o cumprimento de compromissos outros (cursos, ocupações profissionais, lazer programado, assistência a familiares, etc...);
- b) é inaceitável alterar a composição e os critérios da expressão remuneratória, se demonstrada a potencialidade de os regimes jurídicos atinentes às parcelas produzirem, no tempo, redução do quantum total;
- c) é inaceitável alterar o conteúdo do serviço prestado, se demonstrada, seja a possibilidade de impacto futuro negativo na

<sup>7</sup> ROUBIER, Paul. *Les Conflits des Lois dans le Temps*. Paris: Sirey, 1933. t. II, p. 471, n. 122.

<sup>8</sup> TRF-2. AMS nº 96.02.02679-0/RJ, j. 18.12.96. DJU, Seção 2, p. 55716, 22 jul. 97.

remuneração, seja a ausência de correlação entre as aptidões anteriormente exigidas e as tarefas como novidade impostas.

Com tudo isso, não estamos a negar que o interesse público possa comandar a eleição de novos padrões qualitativos, e novos conteúdos de ação, a serem cobrados do servidor. Mas, para isso implantar, imprescindível será ao Poder Público arcar com os ônus da recapacitação, ademais de, em casos concretos nos quais revelada inviável a absorção das novas técnicas ou tarefas, manter o servidor no cargo originário (ainda que em regime de extinção gradativa), com a remuneração e as tarefas intactas.

Onde, então, estaria situada a distinção entre o regime trabalhista e o estatutário, no que alusivo ao *ius variandi*? Tão apenas, estamos convictos, na imprescindibilidade da aquiescência volitiva do prestador do serviço sob vínculo trabalhista (aquiescência aliás irrelevante se, ainda quando manifestada, a alteração é prejudicial ao empregado — CLT, art. 468).

A disciplina jurídica do regime de aposentação do servidor público revela, em sua evolução histórica, a importância que teve, para esse debate, a ideia de direito adquirido em face da Administração Pública. Anos tiveram de ser consumidos, com avanços e recuos opinativos e decisórios, até que se consolidasse, no Supremo Tribunal Federal, a dicção de que os direitos (aí incluída a composição e quantificação dos proventos) do inativado se regulam pelo ordenamento jurídico vigente à época do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria, dentre estes incluído o pertinente requerimento.

Flui serenamente do quanto exposto que, ao falarmos em direito adquirido, estamos a versar o belo e complexo tema da aplicação da lei no tempo e dos conflitos daí eventualmente decorrentes, ao qual se acopla o das limitações à revogação dos atos administrativos. Em face de ato concreto, que já produziu seus efeitos, nem se põe em questão a problemática do direito adquirido, eis que não se reconhece ao legislador ou ao administrador a faculdade de editar normas (em sentido abstrato ou concreto) com a marca da retroatividade. Onde surge, então, a querela do direito adquirido? Exatamente naquela hipótese de atos já praticados, com alguns efeitos já definitivamente produzidos (e, pois, incorporados ao patrimônio do titular) e outros tantos a se produzirem normal e previsivelmente no decurso do tempo. Em nossa visão, tais



efeitos pendentes, a ser respeitada a garantia constitucional do direito adquirido, em toda sua significação, hão de ser, em princípio, produzidos na conformidade da regra vigente à época da prática do ato de onde eles se originaram. Quid juris, se advém regra nova, que determina outra disciplina para a produção dos efeitos do ato precedente, ou até mesmo os suprime? Se o que se dá é simplesmente a modificação parcial dos efeitos, sem substancial alteração ou ablação das faculdades e expectativas asseguradas pelo regime vigente à época da produção do direito, ocorre o império da nova ordem ou, em outras palavras, o efeito geral e imediato do comando superveniente. Se, todavia, o estatuto advindo é apto a suprimir ou a atingir consideravelmente tais expectativas e faculdades que eram legítimas à época da produção do ato (é dizer, se este então se apresentava como ato juridicamente perfeito — outra garantia de tope constitucional), a revogação só pode ser expropriatória, isto é, condicionada ao pagamento de indenização. Temos assim por indenizáveis não só direitos, mas também faculdades e expectativas dele legitimamente e naturalmente oriundas e que fatalmente concretizar-se-iam sem impactos, não fora a alteração do quadro normativo. Até porque as faculdades, no caso, são as próprias condições de atuação (*facultas agendi*) do direito constituído. E as expectativas significam as potencialidades normalmente realizáveis, em razão da constituição do direito. Nesse viés, as faculdades integram o direito, e por isso são indenizáveis. E as expectativas correspondem, se frustradas, ao conceito de lucro cessante, e por isso também são indenizáveis.

#### 5 Administrado e direito adquirido

Faça-se breve anotação: muitas vezes o conteúdo quase sacralizado, que se apôs à expressão interesse público, motivou muitos autores à afirmação de que também ao administrado, em geral, não caberia invocar a tutela do direito adquirido, em face da Administração. Cremos firmemente ser essa uma etapa histórica vencida. Aliás, de não ser assim, haveríamos que empreender ingente busca para verificar qual a serventia da noção de direito adquirido. Mas, repita-se, a questão se encontra superada. É útil, entretanto, recordar que seu sepultamento se fez incontestemente a partir de afirmações jurisprudenciais (Supremo Tribunal Federal) atinentes à licença para construção imobiliária em face da superveniência de normas edilícias de teor diferente. Tem-se hoje que o pedido de licença há de ser analisado e deferido a lume da legislação vigente à época do requerimento pertinente (é o que a doutrina denominou “direito de

protocolo”). Uma vez deferida, a licença se reveste da presunção de legalidade, legitimidade e definitividade, somente podendo ser: cassada, quando comprovado que o projeto não se conforma aos limites e termos do ordenamento jurídico vigente à época do requerimento; revogada, mediante cabal indenização, quando interesse público superveniente e relevante desaconselhar a realização da obra; anulada, se concedida em desacordo com a lei vigente à época do requerimento.

Mutatis mutandis, tais considerações se aplicam, em princípio, a toda a variada gama de situações em que o placet administrativo seja condição de fruição de uma certa situação jurídica.

## 6 Conclusão

Foi nosso propósito revisitar o tema do direito adquirido, com os olhos postos na dicotomia Administrado/Administração, nas virtualidades do princípio da segurança jurídica e, mais que tudo, numa leitura da Constituição precipuamente pela visão do indivíduo. Acreditamos decididamente que essa foi a opção da Lei Maior e dos constituintes que a redigiram. E mais: somente a reentronização do indivíduo, como centro do sistema jurídico, poderá conduzir-nos à realização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, livre das manipulações do Poder e das tramas corruptas e corruptoras daqueles que, em nome de falacioso interesse público, o conquistam e empolgam.

### Public Servant and Acquired Right

Abstract: This study focuses on the theme of the existence of the public servant and the acquired right. Revisiting the issue from the perspective of the constitutional principle of juridical certainty and public interest, the article concludes that, differently from what has been sustained, the public servant has acquired right to the juridical regimen that is being applied at the time of his investiture.

Key words: Public servant. Acquired right. Juridical certainty.

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

FERRAZ, Sergio. Servidor público e direito adquirido. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 39-53, jul./set. 2011.

Recebido em: 01.08.11

Aprovado em: 16.09.11