

Autolimitação administrativa e segurança jurídica

Administrative self restraint and legal security

Juliano Heinen*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, Brasil

1. Introdução

O presente trabalho pretende analisar as premissas lógico-dogmáticas do instituto da autolimitação dos atos administrativos discricionários no Brasil, propondo critérios para a sua operacionalidade. Aqui, dar-se-á ênfase aos mecanismos que podem gerar a dita autolimitação. Para tanto, tomar-se-á em consideração o instituto em pauta como gênero, da qual seriam espécies, ou seja, são mecanismos para aplicação: (a) a *teoria da autovinculação administrativa*; (b) a *teoria dos atos próprios*; (c) a *autorregulação*. Contudo, por uma questão de limitação de espaço e foco, pretendemos evidenciar somente a autolimitação administrativa, que, como dito, é congênere dos demais institutos citados.

Destacamos, por oportuno, que se está a tratar de tema deveras contemporâneo, e pouquíssimo abordado no âmbito da dogmática jurídica brasileira. Aliás, não temos dúvida de que tal assunto deverá ser enfrentado novamente no curso dos tempos, para ganhar atualizações eventualmente devidas.

Para tanto, pretende-se demonstrar a aplicabilidade do instituto da autolimitação de modo objetivo e direto, expondo uma lista de pressu-

* Doutorando em Direito (UFRGS); Mestrado em Direito (UNISC). Professor de graduação e de pós-graduação (Faculdade FMP, UNISINOS, UNISC, Escola Superior da Magistratura Federal do RS, Fundação Escola do Ministério Público, Universidade de Caxias do Sul). Ex-Defensor Público do Estado do RS. Atualmente, desempenha as funções Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Site: www.julianoheinen.com.br. E-mail: julianoheinen@hotmail.com.

postos para a operacionalidade de cada uma de suas facetas. São itens que devem ser implementados para que a autolimitação tenha eficácia. Significa dizer que o leitor, caso concorde com o nosso entendimento acerca do tema, contará com uma radiografia exata e operacional para o uso do instituto ora abordado.

Antes disso, é claro dissertar-se-á acerca dos fundamentos jurídico-dogmáticos da autolimitação administrativa, conferindo-se ênfase à segurança jurídica. É certo que, neste aspecto, cada vez mais a insegurança social perpassa o mundo moderno. E esta situação tem como uma das causas a intensa e veloz mutação da realidade (vista em seus vários aspectos) que experimenta a sociedade contemporânea; exemplo disto pode ser visto nos fenômenos de massificação das coisas que vêm ocorrendo como corolários da adaptação da lógica das relações econômicas fugazes à vida social. A complexidade das conexões humanas passa a ser cada vez maior. Neste contexto, cresce a importância do direito como ferramenta de regulamentação da coletividade, conferindo, aos seus membros, certa carga de previsibilidade, de estabilidade etc. Esta consequência ofertada pela mencionada regulação deveria diminuir a contingência.

Contudo, não raras vezes, a mesma regulação causa uma insegurança ainda maior, especialmente quando são utilizadas expressões dúbias ou as regras são despidas da melhor técnica. De outro lado, as relações sociais estão justamente a reclamar uma ordenação precisa. Eis um dos grandes desafios do direito: evitar o descrédito na sua própria normatividade.

Sendo assim, o sistema jurídico vem se esforçando em ofertar mecanismos para se conseguir uma maior segurança jurídica, a fim de minimizar a contingência e o risco que a ausência de confiança pode gerar. Esta busca por mecanismos que criem maior previsibilidade pode explicar o debate tão agudo sobre o tema, especialmente frente a atos administrativos discricionários.

Por variados fatores, a discricionariedade (que era compreendida de forma abstrata pelo legislador), diante de uma situação concreta, pode vir a desaparecer, restando, para tanto, apenas uma opção passível de ser tomada. Neste caso, a possibilidade de se escolher entre uma ou outra forma de atuação não mais se verifica, tendo, pois, desaparecido (*Ermessensreduzierung auf Null*)¹.

1 PEINE, 2008, p. 53-54.

Dessa forma, tanto a realidade pode ter reduzido a discricionariedade, como a regulação infralegal. Nestas situações, a margem de atuação, prevista abstratamente, é reduzida ou eliminada. Sendo assim, mostra-se relevante o estudo das maneiras pelas quais a autolimitação administrativa é aplicada, bem como os elementos dogmáticos do instituto, conferindo-se, pois, sistematicidade neste sentido.

Releva notar, por fim, a falta, no Brasil, de uma teoria do controle da discricionariedade, a começar pelos critérios de autolimitação aqui apresentados. Logo, é importante pensar na estruturação de balizas e parâmetros de controle neste sentido, fato que geraria, antes de tudo, uma arquitetura da própria noção de discricionariedade administrativa. Especialmente quando se propõe a responder quais seriam os critérios, no Brasil, para a aplicação da autolimitação dos atos administrativos discricionários, focando, claro, nas suas principais manifestações.

Logo, diante da realidade que se processa, pensamos ser imprescindível perfazer uma pesquisa científica específica ao tema trazido a lume, propondo parâmetros objetivos no controle dos atos administrativos discricionários em relação ao instituto da autolimitação administrativa. Espera-se, com isto, que também a coletividade possa receber uma resposta suficientemente segura e uniforme, ao menos em termos de metodologia decisória, até para permitir o controle destas mesmas decisões (v.g. administrativas e judiciais).

2. Segurança jurídica

Como dito, a segurança jurídica tem sido objeto de muitas monografias nos últimos anos. Os motivos para a existência desse *frenesi* são de difícil comprovação. Investigar as causas da grande relevância do assunto em destaque é, nos dias atuais, tarefa que renderia, no mínimo, um livro inteiro. De qualquer sorte, arrisca-se, neste sentido, a diagnosticar alguns fatores peculiares que, com certeza, impulsionam a necessidade de se criar regras garantidoras do princípio em questão.

Ao que parece, o direito, que deveria justamente fornecer uma maior segurança jurídica, vem a deixar as relações entre os cidadãos mais contingentes ainda, sobretudo quando não oferta mecanismos reais de pacificação; ou quando multiplica as demandas judiciais, em vez de eliminá-las; ou, ainda, quando induz a uma maior quantidade de interpretações (mui-

tas vezes até contraditórias entre si), ao invés de reduzi-las, etc.² Poder confiar um no outro é fundamental em uma sociedade organizada, com corolário da cooperação entre os homens. Sem isto, a paz jurídica jamais será alcançada³. E o que não é a própria vida senão a busca pelo equilíbrio entre a mudança e a permanência? Esta dicotomia, aliás, é refletida no direito, que eternamente oscila tentando harmonizar a tensão entre a ruptura e a estabilidade, entre a inovação e a manutenção, entre a redefinição e a definição. Enfim, esta permanente dialética, que perpassa a noção de tempo, transpassa a noção de segurança jurídica.

No Brasil, quando Miguel Reale apresentou a sua *Teoria tridimensional do direito*, de certo mundo, lançou importantes bases dogmáticas à segurança jurídica. Afirma o autor que o complexo de regras pode gerar um entendimento subjetivo, enfim, um sentimento ou uma atitude psicológica nos sujeitos que são tutelados pelo ordenamento. Contudo, não se deve confundir o “sentimento de segurança” gerado pelo ordenamento, em relação ao complexo de normas como tal, o qual fornece um conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia⁴.

Para o autor, sua teoria jamais poderia se descolar dos aspectos históricos e sociológicos, o que é uma diretriz essencial de sua filosofia cultu-

2 E isto é agravado, muitas vezes, pela **discrepância das múltiplas e fugazes interpretações** fornecidas às regras e aos princípios – fatores que serão objeto de uma mais abrangente exposição, a seguir disposta. Este sentimento pode ser bem percebido a partir do trecho do voto do Ministro do STJ, Humberto Martins: “Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.” (STJ, REsp. nº 382.376-SC, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. 08/10/2003).

3 LARENZ, 1985, p. 91. Ora, “[...] o princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgride, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica.” (MOREIRA NETO, 2006, p. 275).

4 REALE, 1994, p. 87. De certa forma, o autor vai retomar o tema tempos depois em outra obra: REALE, 1980.

ralista. A partir deste aspecto, a segurança jurídica ganha peso justamente pelos câmbios causados pela própria história. A teoria tridimensional de Reale demonstra que o direito também é uma realidade dinâmica, justamente para tentar garantir a estabilidade social: nos acordos, nas decisões judiciais etc. Assim, garante a própria historicidade humana, ou seja, os “modelos de conduta” como “devem ser”⁵.

Tempos depois, especificamente no âmbito do direito administrativo, os escritos de Almiro do Couto e Silva sobre o tema podem ser considerados fonte científica por deveras importante na matéria em pauta. Significa dizer que o autor trouxe dados substanciais ao cenário jurídico brasileiro, no que se refere ao estudo dos elementos dogmáticos da segurança jurídica. No ano de 1987 é publicado um dos primeiros artigos do doutrinador a explorar a matéria, o qual é intitulado de: “O princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo.”, publicado na *Revista de Direito Público*⁶. Nele, Almiro do Couto e Silva parte do pressuposto de que a noção de legalidade deveria ser remodelada, especialmente quando se passa a dar ênfase ao Estado social e democrático de direito⁷, e não somente ao Estado de direito⁸. A partir daí, Almiro do Couto e Silva trata da segurança jurídica nos direitos francês, grego, alemão e italiano, para chegar a certas indagações:

- (a) Saber quais seriam as diferenças entre o sistema de nulidades do direito administrativo e o sistema de direito privado;
- (b) Fixar um prazo para o exercício do direito de extinguir o ato administrativo acometido de uma nulidade; e
- (c) Saber se a autotutela seria uma faculdade ou um dever.

5 REALE, 1994, p. 75-76.

6 SILVA, 1987.

7 “O Estado Social ou o Estado-providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff.” (SILVA, 2004, p. 275).

8 Aliás, o próprio padrão democrático somente pode ser aceito a partir da segurança jurídica. Mesmo no próprio processo democrático devem ser aceitas as premissas de previsibilidade e segurança, sendo que o cidadão-eleitor deve ter clara e presente como será a forma de escolha dos seus governantes. “[...] no processo democrático eleitoral, as regras deveriam ser previsíveis e justas, sob pena de minarem as condições de legitimidade do regime democrático.”. (STF, MS nº 32.033-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 12 e 13/6/2013).

Por fim, conclui que a legalidade extrema, na sua ótica, seria, já para aqueles tempos, anacrônica. Portanto, a noção conferida pelas Súmulas nº 346 e 473 do STF⁹ mereceria a devida revisão, o que já tinha sido feito, à época de seus escritos, em alguns julgados citados por ele. A partir de então, o autor retoma o tema no bojo de vários periódicos, dando ênfase a um ou a outro nuance¹⁰. Podemos dizer que parte de suas ideias foram consolidadas na redação dos textos dos arts. 54 e 55, ambos da Lei nº 9.784/99 (*Lei do Processo Administrativo Federal*).

Portanto, o tema da segurança jurídica no direito administrativo traz a reboque a necessidade, muitas vezes precedente, de conferir precisão teórica aos conceitos e tipos que lhe dão base. O certo é que a aparência de legalidade que os atos administrativos conservam refletiu a importância em se compreender a segurança jurídica com mais rigor nas relações jurídico-administrativas¹¹.

O princípio da estabilidade das relações jurídicas, também chamado de princípio da segurança jurídica¹² serve de base a um dado domínio do ser, que pode se tratar de uma teoria ou de um conjunto de conhecimentos¹³, ao ponto de ser considerado elemento nodal no Estado de direito¹⁴. O direito em geral procura-se com a segurança das relações jurídicas, e em variados ramos há exemplos neste sentido. Estas ferramentas previstas no ordenamento jurídico visam dar ao sistema sua própria eficiência¹⁵. Até

9 STF Súmula nº 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”; STF Súmula nº 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.”.

10 Muitos deles podem ser encontrados na edição especial da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – Cadernos de direito Público*, de 2004.

11 BÉNOIT, 1968, p. 568.

12 Optamos por mencionar o termo “princípio” pela sua capacidade de delimitar uma **situação de coisas que seria ideal** – ÁVILA, 2004, p. 249-250.

13 E, então, a segurança jurídica é fundamento a um conjunto de proposições das quais esses conhecimentos se deduzem (CALMES, 2001, p. 166).

14 O **Estado de direito** possui as seguintes características: (a) existência de mecanismos de participação no procedimento de formação do ato administrativo; (b) imperiosa motivação do ato administrativo; (c) dever de informação; (d) existência de recursos e de (e) notificações do cidadão – ciência do ato ou decisão administrativa (CORREIA, 2001, p. 10). No mesmo sentido: STF, MS nº 24.268-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004; STF, AgR no RE nº 358.875, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23/10/2007.

15 Cf. reunião do Conselho de Estado francês, de 24 de março de 2006, (KPMG); ou conforme a consulta nº 288.460, publicadas no *Recueil Lebon*.

porque, um sistema jurídico despido de segurança tem grandes chances de entrar em colapso, justamente porque estaria despido da sua própria razão de ser¹⁶.

Se pensarmos a “segurança jurídica” a partir do texto da CF/88, entenderíamos que sua natureza jurídica seria de norma-princípio, porque idealiza proteger uma série de situações, muitas delas normatizadas expressamente. Para tanto, estabelece padrões deontológicos mínimos¹⁷:

- (a) Há a necessidade de o indivíduo conhecer – ou ter capacidade de ter ciência – minimamente um padrão de conduta ou uma situação de coisas. Significa que o cidadão, para deter segurança, precisa conhecer ou poder conhecer a relação jurídica que lhe afete. Tal elemento refere-se à noção de transparência administrativa¹⁸, no sentido formal (publicidade para dar ciência do que a administração faz), bem como no sentido material (necessidade de motivação, para saber o porquê a administração agiu daquela forma). Em outras palavras, está-se a tratar do vetor da acessibilidade do administrado, que se baseia no patamar, como dito, da transparência da ação administrativa, que pode ser:
- (a1) Formal, exigindo a publicidade dos atos administrativos, enfim, que o administrado tenha ciência deles;
- (a2) Material, impondo a motivação dos atos administrativos.
- (b) Há a necessidade de o sistema normativo ofertar confiabilidade, a fim de que ao menos se presuma – expecte-se – uma dada situação futura. Esta face-ta prevê a necessidade de que o sistema jurídico proporcione estabilidade às condutas estatais ou aos efeitos das condutas estatais. Então, entende-se que a segurança jurídica deve revelar a *estabilidade* das relações jurídicas, fundada na proteção da confiança¹⁹;

16 Poder-se-iam citar inúmeros exemplos em variados campos do Direito. Contudo, restringir-se-á a apenas alguns deles: (a) em **direito civil**, como um dos “baluartes” do código, tem-se a positivação da **boa-fé objetiva** (arts. 113, 187 e 422); em **direito penal**, a segurança jurídica é manifestada na **proibição da criminalização de fatos pretéritos à vigência da lei penal** (art. 5º, inciso XXXIX, CF/88), entre outros; no **controle de constitucionalidade**, um exemplo marcante é a **declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade** (art. 27 da Lei nº 9.868/99); em **direito tributário**, encontram-se muitos exemplos, como as **regras de anterioridade** e de **noventena** (art. 150, inciso III, alíneas *a* e *b*, da CF/88), ou diante das **regras de aplicação da legislação tributária** (arts. 105 e 106 do CTN).

17 CALMES, 2001, p. 158-161. Aqui, novamente, podemos tomar também por base a obra de ÁVILA, 2011, p. 250 e ss., sobre o tema.

18 CF/88, art. 5º, inciso XXXIII; e Lei nº 12.527/11 – *Lei de acesso à informação*.

19 O **princípio da proteção da confiança legítima** é entendido como a demonstração do **sentido subjetivo da segurança jurídica**, sendo um subproduto do gênero segurança jurídica. CHAPUS, 2001,

(c) O sistema jurídico-normativo deve fornecer padrões mínimos de calculabilidade, a fim de que se possa avaliar, minimamente, as consequências que o direito ou sua mudança possam produzir na esfera de cada sujeito²⁰. Então, a segurança jurídica determina a necessidade de que se possa prever como serão as relações jurídicas. Na Alemanha, por exemplo, a segurança pode ser medida quando se consegue objetivar o resultado da ação jurídica.

3. Autolimitação administrativa – definição e requisitos

Entende-se que a doutrina nacional avançou muito pouco no tema. Raros são os trabalhos que se ocuparam especificamente sobre a matéria, como já anunciamos na introdução. Normalmente o assunto em pauta surge transversalmente: em regra quando se está a tratar da discricionariedade administrativa. Logo, a autolimitação ganha relevo no limiar deste instituto²¹.

E não seria diferente, porque, frente a atos administrativos vinculados, sequer se pode falar em “autolimitação”, tendo em vista que não se está à frente de uma margem de liberdade. O administrador público, por força legal, não possui mais de uma alternativa para prática de determinado ato, ou para a prolação de determinada decisão em que possa justificar uma opção. A lei já limitou o gestor, dizendo “quando”, “como” e “o quê” fazer. De modo que a prática de atos administrativos discricionários pode sofrer limitações que têm por base, entre outros fatores, questões ligadas à segurança das relações jurídicas – como vimos na primeira parte do trabalho – item “2”.

Vale dizer, por oportuno, que o termo “autolimitação” não é muito usual na Administração Pública. Por vezes podem ser encontradas, ainda, expressões como “atovinculação administrativa”. Optamos por adotar o termo “autolimitação administrativa” como gênero das medidas adotadas

p. 99. O autor faz uma exposição objetiva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica na França nas p. 105-107. No mesmo sentido, podemos citar, ainda: “O princípio da segurança jurídica, em verdade, decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança [...]” (MAFFINI, 2006, p. 48-49). Sobre as bases dogmáticas da face subjetiva da segurança jurídica (v.g proteção da confiança legítima), consultar: PÉREZ, 2009, especialmente p. 55-60.

20 Trata-se, aqui, de se conseguir uma espécie de “cálculo prévio” (*Vorausberechenbarkeit*), que não se confunde com a ideia de previsibilidade (*Voraussehbarkeit*). Cf. CALMES, Sylvia. 2001, p. 158-159.

21 Vamos a um exemplo: matéria pode receber o devido destaque quando dá cabo de tratar da possibilidade de se *revogar* um ato administrativo diante de certa conjuntura, enfim, se ainda existe uma tal “discricionariedade” para a extinção do ato administrativo por esta via.

pelo Poder Público que a ele próprio geram contenções²². Sabemos, é claro, que parcela da doutrina prefere utilizar somente o termo “autovinculação”, como um instituto do qual derivam vários mecanismos de autocontenção da discricionariedade administrativa. Como visto, atribui-se a este sentido o termo “autolimitação”.

Então, intenta-se deixar claro que autolimitação é gênero, do qual são espécies – dela derivam ou são suas manifestações – vários mecanismos, dentre eles, a “autovinculação”. Este último termo, aqui, significará um mecanismo de autolimitação, quando o poder público estabelece uma conduta que, pelo princípio da igualdade, acaba reduzindo a discricionariedade à zero²³. Pretendemos, também, evidenciar que esta significação dos termos deriva de uma opção pessoal, apesar de justificada e oportuna.

Então, o próprio caso concreto poderá limitar a discricionariedade, ao ponto de reduzi-la a zero²⁴. Logo, terá a possibilidade de revelar uma só opção a ser tomada, apesar de a legislação, abstratamente, ter conferido múltiplas alternativas de atuação ao gestor público. Neste específico caso, já não mais se terá, diante de si, conveniência e oportunidade²⁵.

Além disso, a autolimitação não se confunde com a heterolimitação administrativa, porque, neste último caso, a vinculação das ações do Poder Público advém de mecanismos externos a ele, como, por exemplo, por meio da Constituição, das leis, das súmulas vinculantes, dos efeitos de uma ADI ou de uma ADC etc²⁶. No primeiro caso, a contenção da atuação administrativa é feita pelo próprio ente, que acaba por “limitar a si próprio”, ou seja, “autolimitar-se”.

Vamos a um exemplo: a Administração Pública possui, em alguma situação, discricionariedade (normativa ou administrativa). E, então, decide praticar um ato usando desta discricionariedade, e, pode bem, com isto, ela própria eliminar essa liberdade de ação e se tornar vinculada ao regramento do ato editado. Ou, ainda, termos o seguinte caso: a Administração Pública possui discricionariedade, e usa esse espaço de ação conferido pelo legis-

22 Assim como fazem, por exemplo: SADDY, 2013, p. 233-261; OTERO, 2003.

23 O tema é detalhado na obra: SADDY, 2016, p. 205.

24 A teoria da “redução da discricionariedade a zero” opera quando as circunstâncias do caso concreto eliminam as possibilidades de escolha que a lei ofertava, de modo que, em uma determinada situação, esteja-se frente a uma única opção.

25 Veja que a discussão sobre este tema é feita por: SADDY, 2016, p. 192.

26 CARVALHO, 2015, p. 116.

lador de um dado modo; logo, para casos similares futuros e por força da igualdade, o Poder Público deve se comportar do mesmo modo. O resultado deste conjunto pode configurar a redução à zero da discricionariedade²⁷.

Como visto nos tópicos anteriores, o legislador pode optar por não regular exaustivamente (de forma “fechada”) a atuação dos agentes estatais. Está autorizado, de forma legítima, a deixar a estes sujeitos a livre opção para escolher os motivos e/ou o objeto do ato administrativo. Diante desta “liberdade”, o administrador público, por atos ou decisões, em certos momentos, acaba, ele mesmo, reduzindo esta “margem de liberdade”, deixando-a, portanto, menor. Ou, o que é ainda mais extremo, ela é reduzida completamente, produzindo uma vinculação às próximas atuações ou decisões, o que, originalmente, não existia. Logo, por variados fatores, ainda que a discricionariedade possa ser compreendida de forma abstrata²⁸, diante de uma situação concreta ela pode ter desaparecido ou ter sido reduzida, restando, para tanto, um número menor de opções passíveis de serem tomadas²⁹.

Contudo, como dito, a margem de atuação conferida pelo direito, por vários fatores, pode não mais existir no momento em que se considera o ordenamento jurídico de forma global, se relacionado à determinada realidade. Neste caso, a possibilidade de se escolher entre um a ou outra forma de atuação não mais se verifica, tendo, pois, desaparecido (*Ermessensreduzierung auf Null*)³⁰.

Dessa forma, tanto a realidade pode ter reduzido a discricionariedade, como o próprio ordenamento considerado como um todo. No primeiro caso, a margem de livre atuação do gestor, prevista abstratamente na legislação, não mais existe. Exemplo: a Administração Pública dispõe de três engenheiros aptos, em iguais condições, a fornecer um parecer para subsidiar a construção de uma obra. Contudo, antes da escolha de um deles, dois se aposentam, o que acaba por reduzir a discricionariedade a uma única opção.

27 Até porque, aqui, a igualdade é vista de modo dinâmico, tendo em vista que os casos e situações que se compararam não são analisados necessariamente no caso concreto, mas ao longo do tempo, e de maneira análoga. Assim, a abordagem reclama um padrão coerente no que se refere às decisões administrativas (MODESTO, 2013, p. 2).

28 Perceba que o instituto da discricionariedade é pautado pela lei, a fim de viabilizar o desempenho das funções estatais.

29 SADDY, 2016, p. 191.

30 PEINE, 2008, p. 53-54.

No segundo caso, o ordenamento administrativo pode ser regido por normas outras que não tratam especificamente sobre o regime de direito público, mas que podem limitar o campo de discricionariedade. Imagine o caso em que uma norma de direito civil traga limitações tais ao regime jurídico administrativo, ao ponto da liberdade original ser resumida a uma única opção. Exemplo: por Emenda à Constituição Federal, aumentam-se as garantias do administrado, o que acaba por reduzir a margem de atuação da Administração Pública. Ou quando normas de outros campos (civil, penal, tributário etc.) normalizam certa matéria de tal forma, que já não mais se pode perceber qualquer discricionariedade, outrora existente. Para fechar: imagine que um Município tenha editado uma lei que confere poderes aos Secretários para que, motivadamente, atribuam caráter sigiloso a todo o documento que esta autoridade julgar inoportuna a divulgação, desde que não fira normas constitucionais ou legais pertinentes. Com o advento da Lei nº 12.527/11 (*Lei de Acesso à Informação*), especialmente diante do disposto nos arts. 22, 23 e 31, esta discricionariedade conferida pela norma municipal fica severamente reduzida³¹.

Aliás, toda vez que uma norma administrativa que confira um determinado espaço de liberdade for interpretada conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), pode ser que se tenha a redução desta discricionariedade. Poderá, neste caso, ser percebido que os direitos fundamentais ou as tarefas impostas ao Estado pela Constituição já não sustentam a tal margem de liberdade.

Assim, a autolimitação é gerada pela conduta do gestor público ou pela edição de regulamentação infralegal, quando estas condutas possuem efeito reduzir a discricionariedade originariamente conferida pelo direito³². Tal “autorestrição” é realizada por um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que pretendem, em verdade, assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública em relação aos cidadãos³³.

Em verdade este instituto, seja qual for o nome que a ele se atribua, é uma clara manifestação pragmática da segurança jurídica, porque permite

31 Sobre esta espécie de limitação, conferir o que Agustín Gordillo chama de “**regulação indireta**” GORDILLO, 2004, p. X-13 a 14).

32 A autolimitação administrativa ocorre quando o Poder Público fixa uma série de pautas decisórias que provêm do seu próprio âmbito de atuação (CARVALHO, 2015, p. 116).

33 ARAGÃO, 2008, p. 552.

que a Administração Pública estabeleça padrões decisórios, conferindo previsibilidade neste sentido. De outro lado, a autolimitação condensa uma proibição a que o Poder Público possa vir a atuar contra este padrão, especialmente quando ele mesma gerou esta situação jurídica específica.

Dentre as formas de autolimitação, podemos apresentar, sinteticamente, pelo menos três delas, que nada mais são do que desdobramentos do instituto em pauta:

- (a) A *Teoria da autovinculação administrativa*, que atua por meio de condutas ou da aplicação da *Teoria dos precedentes administrativos*. Aqui se estabelece um padrão originado a partir de decisões ou de comportamentos reiterados.
- (b) A aplicação da *Teoria dos atos próprios* no âmbito do regime jurídico-administrativo;
- (c) A autorregulação administrativa como forma de autolimitação;

Pode-se afirmar que muitas destas teorias são complementares, ou que possuem elementos dogmáticos imbricados. Até porque todas elas possuem um fundamento principal diferente, mas não único. E os pressupostos e o conteúdo de cada qual apresentam nuances muito peculiares, assim como sua base jurídica³⁴.

Retomando: percebeu-se que tais mecanismos possuem diferentes fundamentos. Veja que a *Teoria da autovinculação administrativa* tem por base jurídica a igualdade. Já a *Teoria dos atos próprios* está fundada na boa-fé objetiva³⁵ ou na proteção à expectativa legítima. Por fim, a *Teoria da autorregulação* teria por base a *legalidade administrativa*. Em resumo:

34 Há quem considere que a “teoria dos atos próprios” nada mais é do que um desdobramento da “teoria da autovinculação da Administração”, de certa forma, positivada em nosso ordenamento jurídico pátrio, no art. 2º, “caput” e parágrafo único, inciso XIII, e arts. 50 e 54, todos da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal. Para tanto, conferir os comentários a tais artigos em: HEINEN; MAFFINI; SPARAPANI, 2015, p. 526 e ss.

35 A boa-fé objetiva não enfatiza o estado anímico do sujeito, mas sim, se em certa circunstância a pessoa colocada naquela condição agiria de boa-fé. Assim, os efeitos jurídicos do instituto passam a determinar uma conduta que deveria ser praticada. Logo, é norma vinculada a determinada perspectiva ética. Então, a ideia de **boa-fé objetiva** centra-se na **lealdade** e na **confiança**. O instituto exige que o sujeito pautar sua conduta com base na confiança legítima que se espera do comportamento alheio.

TEORIA	BASE JURÍDICA
(a) <i>Teoria da autovinculação</i>	<i>Igualdade</i>
(b) <i>Teoria dos atos próprios</i>	<i>Boa-fé objetiva</i> ou <i>proteção à expectativa legítima</i>
(c) <i>Teoria da autorregulação</i>	<i>Princípio da legalidade</i>

Esta diversidade de fundamentos, em verdade, deixa de ser teórica, porque justamente passa a ser a base jurídica de eventual pretensão formulada com base em uma ou outra teoria. Então, a causa de pedir de eventual demanda judicial seria completamente diferente, espelhando, pois, bases normativas ou fáticas diversas. E, claro, a linha argumentativa seria intensamente diferente em um ou em outro caso.

Por exemplo, a *Teoria dos atos próprios* manifesta-se diante de decisões manifestamente contraditórias, exaradas pela Administração Pública. Ou a citada contradição poderia, ainda neste caso, decorrer de uma perspectiva mais abrangente, por meio de precedentes contraditórios³⁶, momento em que se estaria diante da violação de um padrão, apesar de não necessariamente se violar um direito subjetivo criado pela atuação em determinado sentido.

Em verdade, todos estes fundamentos (exemplo: segurança jurídica, igualdade, boa-fé etc.) são parâmetros de obrigatoria observância e indisponíveis. Logo, afetam a margem de apreciação discricionária do agir administrativo. Gera-se, assim, uma espécie de “efeito externo indireto” às decisões administrativas³⁷.

Contudo, todos os mecanismos de autolimitação possuem fundamento último na segurança jurídica, no sentido de se preservar um apoio seguro aos destinatários da função administrativa³⁸. Mas não se pode negar que os fundamentos específicos referidos se prestem à fundamentação diversa dos institutos, nos termos mencionados.

36 A doutrina do precedente cria o que MODESTO, 2013, p. 7, chama de “autovinculação involuntária” ou “não-intencional”, porque ocorre de forma não deliberada pela Administração Pública.

37 Expressão cunhada por MAURER, 2001, p. 37. ABREU, 1987, p. 175-178, quando trata da *autorregulação*, afirma que se estaria, assim, conferindo “diretivas à discricionariedade”.

38 Para tanto, conferir a exposição feita no segundo tópico do trabalho.

Poderíamos indicar, também, outra manifestação da autolimitação: quando Hely Lopes Meirelles³⁹ alude às “permissões a termo” ou “a prazo”, o autor admite uma autolimitação de um ato notadamente discricionário, que se torna vinculado ao se impor a ele uma condição ou termo. Seriam os casos de uma autorização para, em prazo fixo, explorar uma mina, ou quando se concede uma isenção tributária por determinado lapso de tempo a uma empresa, a fim de que esta perfaça investimentos em determinada região etc.

A autolimitação administrativa pode advir, também, de um acordo entre a Administração Pública e o particular, ou mesmo entre dois entes ou dois órgãos da Administração Pública. Estabelece-se, assim, um consenso entre ambos, concebendo-se, neste aspecto, a vivência de uma administração pública consensual, ou o que se denomina de “contratualização das relações administrativas”. Esta perspectiva rompe com aquele estigma autoritário que era tipicamente concebido pelo direito administrativo clássico. Cada vez mais a Administração Pública busca espaços de consenso, perfazendo uma aproximação entre o primeiro e o segundo setor, ou entre a cadeia de relações que se forma no interior do Estado. Estas relações não podem ser mais percebidas nos limites da imperatividade. A composição de interesses visa a promover relações jurídicas harmoniosas. Os acordos geram inúmeros benefícios, como a maximização da segurança jurídica e da previsibilidade.

Por meio desses exemplos, percebemos que do instituto em pauta se originará um padrão vinculante ao Poder Público, seja advindo de uma decisão administrativa, de um ato normativo, de um acordo etc. E, por consequência imediata do poder hierárquico, esta autolimitação vinculará também os subalternos⁴⁰. Aliás, cabe justamente ao agente público de hierarquia superior definir e harmonizar as condutas dos subalternos, podendo, para tanto e por meio deste poder, relativizar a discricionariedade destes⁴¹.

Importante dizer, ainda, que, quando a lei faculta ao administrador público a prática de uma determinada conduta potestativa, não há que se falar em autolimitação. No caso, a lei abre a possibilidade ao administrador

39 MEIRELLES, 2001, p. 180-181 – tanto que o autor se vale justamente do termo “autolimitação”.

40 MODESTO, 2013, p. 20, menciona que, neste caso, estar-se-ia diante de uma “autovinculação unilateral abstrata”.

41 OTERO, 2003, p. 852.

(como assim o faz em relação aos particulares, em inúmeras hipóteses) de efetuar unilateralmente uma mudança de padrão, sem que um particular possa alegar violação à sua expectativa, porque sabia da precariedade da relação. Para deixar claro: quando a lei expressamente permite que, a qualquer tempo, o Poder Público possa instabilizar a relação jurídica mantida, não se pode falar que exista surpresa ou violação à expectativa legítima em relação a qualquer dos polos da mencionada relação. Em outros termos, não se pode alegar violação à confiança depositada na relação, quando se conhecia previamente todos os riscos e peculiaridades dela⁴².

Portanto, a autolimitação administrativa pode ser:

- (a) Unilateral, individual e concreta: como ocorre quando se aplica a *Teoria da autovinculação*, o sistema de precedentes, a *Teoria dos atos próprios* etc.;
- (b) Unilateral, geral e abstrata: como ocorre quando se expedem atos normativos de autocontenção, ou seja, perfaz-se uma autorregulação; por fim a autolimitação ainda pode ser:
- (c) Bilateral, individual e concreta: a qual se manifesta a partir de acordos (v.g. negócios jurídicos) feitos entre o cidadão e o Poder Público, sendo fonte de uma autocontenção.

Especificamente quanto ao item “(c)”, é possível que a autolimitação administrativa possa ser feita por meio de negócios jurídicos específicos, como acordos que estabeleçam padrões de conduta. Um exemplo marcante desta “autovinculação administrativa” é o *contrato de gestão*⁴³ – art. 37, § 8º, da CF/88 – que permite a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, desde que estes cumpram com um manancial de metas de desempenho.

42 O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito: “A exigência de prévio procedimento administrativo, assegurado o amplo direito de defesa, é incompatível com a hipótese específica do inciso XII do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, que admite a rescisão unilateral do contrato administrativo com base em razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.” (STJ, REsp. nº 1.223.306-PR, Rel. originário Min. Mauro Campbell Marques, Rel. para o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, j. 8/11/2011). No caso, a corte, de forma expressa, interpretou que o art. 78, inciso XII, da *Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos* permite a rescisão unilateral, a qualquer tempo. E, no caso, não se poderá alegar qualquer das teorias aqui apontadas para o fim de manter íntegro o contrato administrativo. Seria, nas palavras do Ministro-relator, permitir “[...] o restabelecimento da relação contratual contrariamente ao interesse público.”

43 MODESTO, 2013, p. 1-41.

Ainda que tal acordo confira maior autonomia em determinadas áreas, condiciona o ente contratante a certos padrões de eficiência⁴⁴.

Conclusões

A partir das premissas lógico-dogmáticas expostas neste trabalho, pode-se concluir que:

- (a) A autolimitação administrativa opera diante de atos discricionários, de conceitos jurídicos indeterminados ou de termos técnicos previstos na legislação;
- (b) Tem por fundamento o princípio da segurança jurídica;
- (c) A autolimitação é gerada por conduta do gestor público, pela edição de norma jurídica, por um acordo com o cidadão etc., e tem por efeito reduzir a discricionariedade originariamente conferida pelo direito;
- (d) É concretizada por um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que possuem diferentes fundamentos. Veja que a *Teoria da autovinculação administrativa* tem por base jurídica a igualdade. Já a *Teoria dos atos próprios* está fundada na boa-fé objetiva ou na proteção à expectativa legítima. Por fim, a *Teoria da autorregulação* teria por base a *legalidade administrativa*.

Referências

- ABREU, José Manuel Coutinho. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas atos próprios confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, v. 24, n. 5, mai. 2008, p. 552-561.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre a permanência, mudança e realização do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁴ A administração pública consensual é um fenômeno de importância ímpar no direito administrativo contemporâneo (BAPTISTA, 2003, p. 261-293).

- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.
- CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Procedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, t. 1, 2001.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., t. 1, 2004.
- HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à lei federal do processo administrativo – Lei nº 9.784/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MODESTO, Paulo. Autovinculação convencional da administração pública: o contrato de gestão no interior da administração pública brasileira. *Revista Internacional de Contratos Públicos*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público - IBDP, n.1, fev. 2013, p. 1-41.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEINE, Franz-Joseph. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C. F. Müller, 2008.
- PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas/Thompson Reuters, 2009.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, 1987, p. 46-63.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 237, 2004, p. 1-48.

SADDY, André. A administração pública e códigos de conduta. *Revista de direito administrativo*. São Paulo: FGV, nº 262, abr. 2013, p. 233-261.

SADDY, André. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Recebido em 28 de fevereiro de 2017.

Aprovado em 28 de novembro de 2017.