

DECADÊNCIA DA POTESTADE INVALIDANTE DO ATO ADMINISTRATIVO

Cássio Benvenuti de Castro¹

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Legalidade pressuposta do estado de direito: concepção liberal-burguesa. 3. Estado de direito (neo)constitucionalista e juridicidade pós-positiva: concepção axio-deontológica da legalidade. 4. Retirada do ato inválido: paradigma de confronto normativo para categorização da 'sanção' nulificadora. Natureza decadencial do prazo sanatório. 5. Limitação material à retirada invalidante do ato administrativo: segurança jurídica e seu consectário positivo - art. 54 da Lei 9.874/99. 5.1. Fundamentos jurídico-dogmáticos da concepção da boa-fé no direito administrativo brasileiro. 5.2. Incoerência endonormativa. Contra-eficiente desproporcionalidade em sentido estrito. 5.3. Aplicação metajurídica do princípio da boa-fé: reflexão pragmática à guisa da 'exigibilidade de conduta diversa'. 6. Considerações finais articuladas. Referências bibliográficas.

Resumo: A compreensão sistematizada do Direito Administrativo organiza-se a partir do princípio da legalidade e desta respectiva evolução consolidadora do Estado moderno. Da gênese revolucionária e liberal do Estado de Direito, enfatizou-se a construção sócio-normativa do Estado (Neo)Constitucional, que amalgamou valores e princípios funcionalmente auto-limitáveis para garantia dos direitos fundamentais. A segurança jurídica inerente à própria condição legitimadora do bloco de legalidade (juridicidade), embasa a decadência da potestade invalidante do ato administrativo, natural imperativo da justiça material pré-ponderado autenticamente e cujas noções são espargidas a todos os ramos jurídico-científicos.

Palavras-chave: Estado de Direito; Estado (Neo)Constitucional; legalidade; juridicidade; segurança jurídica; invalidação; ato administrativo; decadência; artigo 54 da Lei 9.874/99

Abstract: The systematized comprehension of the

¹ Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Email para críticas e sugestões: cassiobc@tj.rs.gov.br

Administrative Law is organized from the principle of legality which evaluation constitute the modern State. The social normative construction of the (Neo)Constitutional State, which has integrated principles and values that are functionally self limited in order to ensure the fundamental rights, was emphasized from the liberal and revolutionary genesis of the State of Law. The legal security, that is inherent to the legitimating condition of the block of legality (legal), substantiates the decay of the invalidating power of the administrative act, natural imperative of the material justice authentically preponderated and which notions are strewn over all legal-scientific areas.

Key-words: State of Law; (Neo)Constitutional State; legality; legal; legal security; invalidation; administrative act; decay; article 54 of Law 9.874/99

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito Administrativo e sua peculiar normatização são reflexos de uma sistematização teórico-dogmática recente. Advieram, em moldes similares aos atuais, do racionalismo iluminista e da conseqüente laicização do Estado, amalgamados ao humanismo e ao universalismo da filosofia kantiana.² Até então, as diretrizes deste ramo do direito público representavam mero corte epistemológico no *jus civile* pré-existente e regulador de todos câmbios intersubjetivos, razão pela qual a influência da Escola Legalista Francesa antepôs, cronológica e pragmaticamente, a superioridade das positavações privatísticas às públicas, implicando numa vinculação, em grande sorte, da operatividade jusburocrática brasileira.

Corolário deste legado unitário-privatista era a natural transposição quase integral da teoria da invalidade dos atos jurídicos, do Direito Civil para o Administrativo. O Prof. Almiro do Couto e Silva³ lembra o dogma '*quod nullum est nullum producit effectum*' imperante também no

² CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2007. p. 115.

³ SILVA, Almiro do Souto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. In RDA n. 204. p. 24.

âmbito público, no sentido da nulidade de pleno direito do ato administrativo jamais⁴ permitir que dele surtисsem efeitos jurídicos - seria um natimorto. Mais: sua invalidade absoluta era perpétua, não se subordinava a prazos tampouco convalrescia, estando fadada à ‘declaração jurisdicional de nulidade’, que supõe a imprescritibilidade (*rectius*, atemporalidade).

No direito privado, clarividente (ou nem tanto) que a insanidade jurídica absoluta é imanente/intrínseca aos atos maculados, fulminando-os *ipso iure*. Por esta razão se denotam suas contrariedades máximas ao sistema em ação de cunho declaratório (daí, não sujeita a prazos caducificantes): “Ação declaratória de nulidade ato jurídico. Ato praticado por pessoa interditada. A interdição do autor por sentença transitada em julgada que o declarou absolutamente incapaz para os atos da vida civil é fato incontroverso nos autos. Em consequência, tendo o contrato celebrado entre as partes sido firmado ao tempo em que já se encontrava o autor interditado, impositiva é a declaração de nulidade deste negócio jurídico, nos termos do art. 145, I do CC/1.916.” (TJRS, AC70012110904, 12ª Câmara Cível, Relator Cláudio Baldino Maciel, 10/11/2005).

Pululam outras diretrizes/princípios no Direito Administrativo. O interesse público plasma-se dinamicamente por todas esferas subjetivas afetadas (tanto do Estado como dos particulares que enfeixam a ‘totalidade’), refutando uma singela e disponibilizadora ética patrimonial-civilista ao ato administrativo. Ou seja, inviável a manutenção acrítica da feição nulificadora de pleno direito e não sujeita a prazos, no que pertine aos atos administrativos invalidáveis, para o direito público. Não de se imporem limitações materiais e formais à retirada dos atos exarados, até mesmo em virtude da presunção de legitimidade deles emanada.

Em decorrência, a feição autônoma administrativista no Estado contemporâneo não mais se compadece aos paleo-axiomas do intransigente reproche nulificador civilista. A Teoria Geral

⁴ Logicamente, há escassas exceções, como a permanência eficaz do casamento putativo a despeito de seu vício de origem. Mas a regra geral previu-se no art. 169 do CC, inviabilizando o convalidamento e a confirmação do ato nulo, a despeito da positivação inédita da conversão (art. 170).

do Direito permite uma adaptação dos conceitos informadores da invalidação dos atos jurídicos administrativos, desde que obsequiadas as características distintivas do regime normativo especial. Assim, no direito público, a nulidade é de ser aferida como uma ‘sanção’ confrontada pelo paradigma normativo externo ao ato, e não visualizada por simples vício imanente ao suporte fático deficiente. Exsurge a razão pela qual, na seara Administrativa (como Processual Civil e Penal, ramos do direito público), utiliza-se o termo ‘decretação’⁵ para a retirada dos atos e a tutela jurisdicional é constitutiva negativa.

Repaginaram-se os valores e princípios à guisa do ordenamento constitucional vigente do Estado Social. No talvegue do matiz objetivo dos direitos fundamentais, incumbiu-se o legislador da previsão específica de um prazo tributado ao dever-poder anulatório dos atos administrativos, privilegiando-se a segurança como princípio limítrofe e funcionalizador da própria legalidade. Ou seja, mesmo nulidades supostamente absolutas, no Direito Administrativo, são passíveis de confirmação *sanatória* pelo decurso do tempo, de molde a salvaguardarem-se os interesses público(s) em sua totalidade - repita-se, tanto do Estado quanto dos súditos.

Existem duas espécies de limitações materiais à retirada invalidante do ato administrativo positivadas na sistemática administrativa. A decadência da potestade invalidante do ato administrativo - prevista genericamente no art. 54 da Lei Federal 9.784/99 - a despeito da gravidade do defeito que onera a manifestação pública espúria (inexistência, nulidade ou anulabilidade), ora se discutirá. Também a convalidação, prevista no art. 55 da indigitada Lei, adstrita ao vício da anulabilidade (assunto para outra oportunidade).

⁵ O provimento jurisdicional que decreta a nulidade incide sobre um ato administrativo existente, porém inválido. A sua retirada, em vista dos próprios atributos, carece desta contra-ordem decisional indicativa de sua desconstituição jurídica. Oportuna a lição de Pontes de Miranda: “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser defeito”. (**Tratado das ações, IV**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 68).

Nesta oportunidade, aborda-se a confirmação do ato supostamente inválido, em virtude do decurso do tempo. Seria tecnicamente correto inadmitir a decadência da potestade anulatória do ato administrativo, já que o interesse público reúne, também, os auspícios dos próprios súditos afetados e de boa-fé? A sanidade das condutas burocráticas não impinge uma carga de confiança aos particulares inter-relacionados, no sentido de preservar situações consolidadas, face a presunção de legitimidade dos atos administrativos maculados? O presente ensaio apenas fomenta algumas discussões, dentre estas, atinentes à decadência da invalidação do ato administrativo. Procurou-se refletir considerações ao princípio da legalidade, seus limites e respectivo excuro histórico recente, tendentes a sumarizar o movimento pendular conatural da ciência jurídica. A partir daí, sufragam-se notas teórico-dogmáticas da segurança jurídica no Estado (Neo)Constitucional e a correspondente positivação do prazo decadencial da invalidação do ato administrativo, seus fundamentos e aplicabilidade metajurídica. Pela natureza crítica dos comentários a seguir, supõe-se a integração destas breves linhas pela reflexão/refutação dialética premente e indispensável à operatividade jurídica.

2 LEGALIDADE PRESSUPOSTA DO ESTADO DE DIREITO: CONCEPÇÃO LIBERAL-BURGUESA

A centralização decisória denominada governo (ou paradigma de poder) apresentou três⁶ momentos recentes dignos de nota: uma etapa feudal, em que os reis não mediram esforços para se destacarem dos vassallos; uma fase moderna, dos séculos XV ao XVI, na qual os monarcas procuraram criar suas próprias instituições (conselhos, corpo de funcionários, exércitos, etc), cuidando-se de um esboço do aparato organizacional administrativo; e uma consolidação nos séculos XVI a XVIII, período cuja racionalização e burocratização atingiram o apogeu e definiram a forma moderna do Estado. Como

⁶ O estado absolutista. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/absolutismo.htm>>. Acesso em 10/12/2008.

lembrado pela Profa. Maria Di Pietro,⁷ neste momento se estabelecia um direito ilimitado para administrar, legitimador de uma ordem dominante e para o qual era desnecessário o Direito Administrativo polissêmico atualmente compreendido. Era diminuta a interferência estatal na atividade privada - inércia de um Estado de Polícia no qual *'the king can do no wrong'*. Nada se proporcionava em termos positivos aos súditos, apenas e simbolicamente se legitimava o exercício do poder pela aparente passividade imposta aos estamentos vigentes.

Da Antiguidade Clássica à Idade Média não se conferiu autonomia sistemático-conceitual ao Direito Administrativo. Sua normatividade, tanto por razões geográficas como pelos esquemas sistêmicos e concentrados do poder, fundia-se aos demais ramos do jus civile pré-existentes. Desnecessária a dicotomização público-privado tampouco a organização do Estado até então inexistente, observada a incipiente (a)culturação civilizatória. Alguns regramentos esparsos de orientação burocrático-fiscal chegaram a se imiscuir verticalmente à invasividade governamental, haja vista a Magna Carta de 1215 - emblematicamente garantida no sistema britânico. Todavia, nossa influência continental aguardava por uma ruptura ideológica advinda da Revolução Francesa de 1789, tornando mais precisa a divisão não meramente orgânica, mas funcional do poder. Em decorrência, a função instrumental da Administração conceitualizou-se somente ao cabo do século XVIII.

A sistematização do Direito Administrativo começou a assumir contornos em 1748, com a releitura das idéias aristotélicas das funções estatais na obra *L'Esprit Des Lois*, de Montesquieu. De então, os poderes (*rectius*, funções), estruturados organicamente em diferentes círculos de atribuições e competências, abalizaram-se reciprocamente e reconheceram suas limitações teleológicas normatizadas extroversamente. Neste passo de restringir o absolutismo monárquico, construiu-se o Estado de direito francês pela Revolução de 1789, assentando-se na primazia da lei como fonte superior e vinculativa de todos atos oficiais, dotada de generalidade e instrumentalizada

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

pelo discurso da igualdade (formal), em repúdio aos privilégios reais de outrora. A autonomia da vontade ilimitada pelas intempéries psicológicas do rei (voluntas), a partir da ascensão revolucionária, transcendeu às condições gerais ou pelo menos estabelecidas sob o prisma da transividualização legal (ratio), simbolizando a laicização do Estado.

Em reflexão histórica, Jayme W. Neto⁸ sinaliza a pirâmide normativa sobre a qual se estruturou a ruptura burguesa: no vértice, a Déclaration de 1789 - anterior à Constituição daquele país (datada de 1791) - funcionando como verdadeira 'supraconstituição'. Na França, o Código Civil era o centro⁹ dogmático do ordenamento, norteando, inclusive, a interpretação da Carta Suprema. Isso explicava a inexistência de um Tribunal Constitucional francês e a plena submissão ao legalismo estrito da escola exegetica, cujos efeitos, até certo ponto, hoje ainda se divulgam em nosso próprio Brasil, tanto na doutrina administrativista como no academicismo cível.¹⁰

Lembra Rafael Maffini,¹¹ que da Revolução Francesa exsurtiu a idéia do Estado de Direito e seus caracteres: a) existência de ordem jurídica para regulação das relações particulares e do próprio Estado; b) isonomia de todos súditos perante a lei; c) submissão do próprio Estado às normas; d) jurisdição imparcial a que se submetem todos autores deste cenário. Ou seja, a limitação do poder estatal pelo ideário burguês estabeleceu os direitos fundamentais de primeira

⁸ NETO, Jayme Weingartner. O estado democrático de direito, apontamentos histórico-críticos. **In Revista da Ajuris** n. 109, p. 163-183.

⁹ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 19.

¹⁰ Não raro, percucientes civilistas sobrepõem institutos privados patrimonialísticos a valores constitucionalizados, numa evidente concepção individualista da sistemática brasileira. O Código Reale amainou essa discrepância, estabelecendo os vetores da eticidade, socialidade e operabilidade como axiomas integrativos de um novo paradigma concretista. Por suposto, era desnecessário que uma lei infraconstitucional impusesse essa mentalidade, pena de submeter a CRFB ao Código Civil, à moda ultrajada francesa.

¹¹ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.

dimensão¹² por ordens negativas de abstenção. Decisivamente, o marco histórico e as colaborações significativas de Montesquieu, Locke, Hobbes e Rousseau, evidenciaram: a Administração como função instrumental do poder; o caráter do Estado de Direito; as feições do Direito Administrativo sob o pálio da legalidade não apenas como princípio ordenador, mas estrutura pressuposta de toda a significativa evolução do absolutismo à concepção moderna. De uma concepção extrema, ilimitada e cunhada psicologicamente pelos humores do monarca, culminou a ordem administrativa para a subserviência aos interesses dos súditos (ou de seus representantes parlamentares) e nos seus vislumbrados benefícios (ad+minister)¹³ - semanticamente, administrar supõe idéia contraposta à disposição ínsita ao direito de propriedade, ao passo que se manejam bens/interesses alheios e/ou 'totais'.

A legalidade formal burguesa era dúplice: ao mesmo tempo em que limitava o poder estatal, vinculava¹⁴ todas ações da Administração às reservas normativas. Prestava-se à garantia do cidadão e da própria Administração (não raro agressiva aos direitos dos particulares), cujos atos materiais se legitimavam por fórmulas centralizadas e concentradas simbolicamente acertadas. No dizer de Hely L. Meirelles, “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.¹⁵

Amalgamado ao espírito da escola exegética, a supremacia da lei beirava à submissão da própria Constituição. O rigor da forma normativa alinhava-se ao texto positivo rígido,

¹² MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

¹³ BUSSARELLO, Raulino. **Dicionário básico latino-português**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.

¹⁴ Não em sentido de Poder Vinculado inerente ao ato administrativo, mas como vetor imprescindível à demanda estatal publicística.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86.

influenciando todos segmentos¹⁶ do Direito Público europeu do século XIX. Em nosso ordenamento e atento àquelas considerações, ainda vigoram resquícios, como no art. 2º, parágrafo único, ‘c’ da Lei 4.717/65: “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou *outro ato normativo*”. Na doutrina, clássicos da envergadura de Seabra Fagundes¹⁷ profligavam o anulamento como violação das prescrições legais taxativas, a despeito de outras normas reinantes, temperando a peculiar feição de um sistema fechado de regras e conferindo, àquela época, leitura restritiva e formal ao caractere ‘outro ato normativo’.

A enumeração restritiva dos instrumentos formais de controlabilidade dos atos administrativos dá conta dos estritos limites aos quais se imaginavam os vetores normativos. O paleopositivismo do Estado Legislativo de Direito, então concebido, reduzia o espectro da legalidade (sequer ainda tratada como princípio, mas simples emaranhado de regras) a um aritmético e racional juspositivismo. A separação entre Direito e moral incentivou tal ruptura ao extremo, já que os percursos históricos das Ciências Jurídicas se caracterizam aos sobressaltos, por movimentos pendulares, até se angariar uma provisória estabilidade nas concepções apaziguadoras. Da negação do Direito Natural, por razoável lapso de tempo, respondeu-se com o império da legalidade estrita/fechada.

Contemporaneamente, o agora Princípio da Legalidade transcende a mera cristalização de regras automáticas e sistêmicas, superando-se o paradigma da validade formal do direito. A própria

¹⁶ No Processo Civil também se permeou essa influência. A teoria da Jurisdição de Chiovenda não cogitava de poder criador hermenêutico ao juiz, que seria mero ‘interlocutor do legislador’. Numa exegese limitadíssima, o legislador podia tudo e o Judiciário seria um órgão transparecedor daquela função. A Escola Pandectística germânica do século XIX, assemelhando-se àqueles ensinamentos, ordinariizou procedimentos no ideal da igualdade meramente formal, secundarizando a equidade e as condições diversas materiais de ordem biopsicossocial, sob a égide da estrita legalidade, homogeneizando todos direitos como se fossem obrigacionais e invariavelmente, sem a efetividade hoje alcançada, convertendo toda a pretensão à exortação condenatória, com os reflexos daí decorrentes. Ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 123.

¹⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. Revogação e anulamento do ato administrativo. In RDA 02/483.

noção de moralidade, inserida no mesmo artigo 37 da CRFB, evita os abusos alhures obscurecidos pela sorrateira concepção liberal simbolicamente 'igualitária'. Até por que, no bloco da legalidade valorativa e principiológica se imiscuem as normações da boa-fé e seus consectários harmônicos em constante ponderação, exigindo atitudes positivas do Poder Público, em contrapartida à inércia contempladora da liberdade e do patrimônio burguês.

3 ESTADO DE DIREITO (NEO)CONSTITUCIONALISTA E JURIDICIDADE PÓS-POSITIVA: CONCEPÇÃO AXIO-DEONTOLÓGICA DA LEGALIDADE

A modificação da ordem estática/legitimadora vigente inaugura-se pelas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), que demonstram preocupação interventiva pró-ativa na ordem social. Grassam na segunda metade do século XX, quando se percebeu que uma legitimação das condutas do poder público pelas 'regras' era insuficiente à proteção dos direitos humanos e de toda sorte de interesses dinâmicos prementes e sustentadores do próprio Estado, agora previdência. Os regimes totalitários mobilizadores da segunda guerra fomentaram o debate: o nazi-fascismo quase tudo puderam em seus limites (nem tão delimitados) soberanos já que, pelo discurso do poder legislativo, utilizaram-se de seus súditos solapando-lhes a imperatividade 'genérica e abstrata' de seus atos. Ou seja, da outrora autonomia absoluta da vontade do rei, migrou a uma série de barbáries positivamente aprovadas em lei. O excesso era quase o mesmo ou quiçá pior (chegando ao extremo do extermínio), apenas se modificando o meio instrumentalizado para consecução do escopo: a regra. Transubjetivou-se eventual responsabilização pelo totalitarismo, de alguma forma socializando seus efeitos em nome da fórmula 'vontade do legislador'¹⁸.

¹⁸ Em nome da vontade do legislador, o Estado podia quase tudo. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 141.

Em nosso continente, a violência legislada legou exemplos: a ditadura brasileira interlocutou algumas demandas sorrateiras por atos institucionais; o (neo)populismo dos vizinhos da América do Sul, em países governados via regulamentos executivos flexibilizadores de diversos direitos fundamentais, ainda hoje maculam prerrogativas humanas basilares. Com efeito, são aspectos indicadores da plasticidade material das constituições então vigentes (a despeito de, metafisicamente, sustentar-se o contrário). Natural que se tornasse necessária a subordinação do governo (e da política) ao Direito, face as novas reivindicações da sociedade classista e organizada que já não observava ignóbil sua própria separação radical do Estado. Apenas uma intervenção pró-ativa na ordem sócio-econômica poderia orientar um desenvolvimento integrado de todos envolvidos e precaver a coletividade do extremismo totalitário.

Na esteira das contribuições de Norberto Bobbio, Del Vecchio, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris e Joseph Esser, para citar alguns expoentes, o Estado de Direito assumiu natureza normativa transcendente da positiva legalidade clássica. A concepção da própria Lei Maior exasperou a simplória separação das funções estatais, a ordenação burocrática e a escansão orçamentária dos dividendos. Atacando os exageros do ‘purismo’ legalista, o Estado contemporâneo delineou a proteção/construção dos direitos fundamentais. Assim, consolidou-se um constitucionalismo de valores, regras e princípios, sendo que estes últimos estruturam deontologicamente os auspícios que subjazem o ideário axiológico do sistema, ‘abrindo’ e dinamizando as opções dos poderes instituídos e programados.

Em suma, o caráter Social do Estado de Direito reforça-se principiológica e valorativamente¹⁹. A partir daí, vincula-se

¹⁹ Assente que valores se diferenciam dos princípios: estes são normas deontológicas de natureza aberta em relação às regras; os primeiros subjazem todas ações normativas, estruturam e legitimam políticas e opções genéricas ou casuísticas, de cunho axiológico e formadores do que ‘é melhor’. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In **RDA** 215. p. 165.

não apenas à lei (como no sedante liberalismo afrancesado), mas à ordem constitucional polissêmica como um todo (bloco de juridicidade normativa). Torna-se nítida a evolução do conceito de legalidade, sistematização ora profligada pelo neoconstitucionalismo. Inicialmente, com a secularização do Estado e a positivação do Direito, a Revolução Francesa superou o racional-jusnaturalismo. A metafísica (moral) separou-se da estrutura normativa. Este mero formalismo acabou defendendo egoisticamente a ordem estabelecida e abandonou²⁰ a igualdade ideologizada originariamente pelos revolucionários. Se antes *'king can do no wrong'*, até meados do século XX, vigorou *'the Parliament can do anything'*, até o ultimato da rigidez constitucional e do controle de legalidade dos atos públicos como medida substancial de validade construtiva do sistema. A expressão Estado Social de Direito aparece, ineditamente, no art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, prevendo total submissão dos poderes à Constituição, à lei e ao Direito²¹ nos sentidos amplificadores dos direitos humanos.

O Estado Constitucional de Direito consagra duas ordens à legalidade. Primeira, no sentido formal (que lhe confere vigência) os poderes públicos são conferidos pelo ato normativo específico (reserva de lei no sentido lato) e submetido a um procedimento estabelecido. Em seguida, num cariz substancial no qual se respeita o conteúdo principiológico e valorativo supremo do Estado. Nesta perspectiva, concede-se validade/efetividade aos atos de todas ordens emanados.

Noutras palavras, dois grupos de idéias sustentam o neoconstitucionalismo, segundo Ana Paula de Barcellos²². Do

²⁰ Para se autolegitimar e conformar os interesses de todos que apoiaram a revolução, o paradigma de poder vencedor privilegiou uma igualdade meramente 'formal'. Assim, no discurso e 'perante' os súditos, apaziguavam-se as reivindicações; na prática, tudo continuava como antes, sem preocupações efetivadoras daqueles auspícios revolucionários que apenas se formalizaram no papel.

²¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107.

²² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. . In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007. p.

ponto metodológico-formal, haurem-se três premissas: a) caráter imperativo das normas constitucionais; b) superioridade destas diretrizes; c) subjugo de todos atos posteriores à Carta Magna. No aspecto material, dois requisitos: a) incorporação dos valores e opções políticas no texto Supremo, sobretudo inerentes à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais; b) expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas (as prerrogativas em discussão se ponderam sem exclusão absoluta, com preservação do núcleo essencial de cada qual, observada a casuística interpretação sistemática, harmônica e teleológica do texto).

Some-se a isto, numa concepção amplificadora dos direitos humanos - mitigando o então dualismo moderado dogmaticamente aplicável em matérias de direito internacional - a recente decisão do STF, que delimitou pragmaticamente a categoria de normas 'supralegais': "Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF ("não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção" (em 03.12.2008, HC-87585).

No sentido neoconstitucionalista, legalidade é um princípio fundante. Demais disso, transforma-se na juridicidade, de concepção amplíssima, ora condicionante das demandas administrativas, mais flexível e aberta em relação à ultrajada legalidade formal, já que em constante harmonização sistemática se ponderada às demais normas de similar envergadura (como a moralidade). Assevera Maffini²³: é vetusta a concepção formal do 'ilegal' na coisa pública, devendo-se haurir um conceito de 'juridicidade' - esta sim vetoriza

²³ Op. Cit. P. 46.

a contrariedade ao Direito como um todo, além da imoderada vinculação da Administração às regras legais.

Vale dizer, atualmente dispomos de uma constituição dirigente transformadora e numa constante dinamização sinalagmática dos auspícios sociais. Orienta-se pelos valores e princípios pluralizados harmonicamente em seu texto, exortando todos setores da ordem jurídica, social, econômica e política. Evidente que, neste cenário, o Direito Administrativo é repensado, não sendo um ramo calcado meramente em questões de legalidade estrita; pelo contrário, vincula-se à hermenêutica constitucional para materializar, em concreto, os ditames daquele texto. Sua feição externa mais notória - o ato administrativo - de uma acepção estrutural, orgânica e formal, assume contorno e conteúdo substancial, funcionalizado à edificação efetiva e concreta dos valores e princípios constitucionais, supralegais e legais (jurídicos lato senso). Devido à complexidade e, por vezes, contraditórias indicações dos poderes público ao atingimento dos fins (não raro insuficientes a todos interesses em liça), natural que os atos estatais sejam objeto de ponderações constantes, sopesados dinamicamente pelas ideologias e interesses fundantes imutáveis bem como aos momentaneamente presentes e compatíveis com aqueles.

Impõe-se uma ordem de exigências plasmadora da Administração, da Política, da Constituição e da própria sociedade, como elementos de um todo que visualiza a construção de um ato administrativo constitucional materializado a partir de uma relação intercambiável de regras, princípios e valores convergentes. O poder que outrora criava o Direito-conceito, simbolicamente estatuído como limite de seu genitor, agora se adstringe funcionalmente aos indisponíveis marcos normativos insuscetíveis de regresso autofágico, mas tendentes à satisfação social de todos e de cada qual de seus integrantes. Definitivamente, essa concepção, em diuturna mutação construtiva, reproduz o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes e reserva à legalidade estática uma distante recordação histórica.

4 RETIRADA DO ATO INVÁLIDO: PARADIGMA DE CONFRONTO NORMATIVO PARA CATEGORIZAÇÃO DA ‘SANÇÃO’ NULIFICADORA. NATUREZA DECADENCIAL DO PRAZO SANATÓRIO

Invalidação significa a retirada do ato administrativo do mundo jurídico por razões extraordinárias e alheias à própria vontade do beneficiário. Decorre de conduta ulterior do Poder Público (Judiciário ou Administração) e se fundamenta no dever-poder sanatório do ordenamento, advindo da própria submissão decisional da Administração ao Direito/juridicidade. Em regra, os efeitos invalidantes retroagem ao momento genético do ato fenecido, cujo vício pode tocar a quaisquer de seus requisitos.

Trata-se de obrigatoriedade²⁴ revisional da Administração imbricada pela autotutela vinculada. Expressa-se no art. 53 da Lei 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. Diferentemente da revogação, que se escora em motivos de conveniência e oportunidade, a invalidação se relaciona à juridicidade dos atos exarados.

Logo, o paradigma de confronto do ato administrativo a ser aferido açambarca não apenas a lei formal, mas toda gama principiológica e valorativa calcada na sistemática neoconstitucional discutida. Essa modulação contemporânea do plano da validade, no Direito Administrativo, evidencia-se no art. 2º, parágrafo único, I da Lei 9.784/99. Congloba o terceiro momento da legalidade alhures comentado (concepção a partir da segunda metade do século passado).

Na lição de Miguel Reale²⁵, reconhecemos a classificação de três espécies de atos maculados pelo gênero invalidação - atos

²⁴ Um simbólico exemplo clássico no qual se identifica a tanto a revogação como a anulação por medida de conveniência e oportunidade (discrição) é localizada in FAGUNDES, M. Seabra. Revogação e anulamento do ato administrativo. **In RDA** 02/488

²⁵ REALE, Miguel. Revogação e anulamento do ato administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 49-54.

administrativos inexistentes, nulos e anuláveis²⁶. Inexistente é o ato carecedor de algum elemento constitutivo essencial. Algo que, não sendo ato extrajurídico, distancia-se muito dos requisitos esperados para dele exarar conseqüências normativas. Produz conseqüências fáticas materializáveis apenas concretamente, mas não formais. Nulidade restaria às hipóteses nas quais a lei é frontalmente violentada. Desde o nascimento, reúne condições aparentes de um ato válido, mas é inidôneo a produzir efeitos desde sua origem. Anulável significa o ato com defeito extrínseco, passível de convalidação, cujo defeito circunstancial (não estrutural) possibilita a consecução da finalidade pública. Produz efeitos até que seja retirado.

As definições relacionam uma causalidade do suporte fático à efetiva produção de efeitos sem, contudo (e data vênua), classificar o porquê de determinado requisito ser essencial (existência), completante (nulidade) ou circunstancial (anulabilidade) ao ato investigado. Denotam uma ‘importação’ lexical civilista sem atentar para uma peculiaridade: tudo ou quase isto é imperativo no Direito Público; aquilo que, vulgarmente, o civilista denomina norma de ordem pública sem precisamente diagnosticar, é a mais corriqueira versão da legalidade/juridicidade na Administração; em vista disso, examina-se o efeito dos atos viciados lançando mão de argumentos recorrentes ao suporte fático, raciocinando-se ontologicamente o ato que, aparentemente, por si só, não difere dentre si nas hipóteses. A sorte do ato maculado, pela classificação do mestre, não raro se subordina às intempéries analisadas do caso concreto, sem fornecer margem de segurança normativa.

No mesmo talvegue, Weida Zancaner²⁷ divulga que são convalidáveis os vícios de forma e competência (denotando, a partir daí, o ato anulável). Consoante Reale, não esclarece a vicissitude delimitadora desta classificação. Sinale-se que convalidação (art. 55 da LPA) é distinta, em razão dos seus requisitos (em que pese retire fundamento de pressupostos semelhantes, por se tratar de espécie de

²⁶ Parte da doutrina dispensa a categoria dos atos anuláveis. Outros, como Diógenes Gasparini, preferem incluí-los no matiz da irregularidade, que admitiriam meras correções formais convalidáveis. Todavia, o autor não explicita o que seriam estas máculas formais. Ver DIÓGENES, Gasparini. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113.

²⁷ Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. 236.

limitação material à retirada invalidante), da decadência da potestade invalidante ora discutida. Todavia, a título argumentativo, válida a referência para identificar uma classificação proposta casuisticamente, porém não reforçada em abstrato.

A doutrina preocupa-se com a ontologia do objeto da valoração (ato inválido), mas se furta ao peremptório fator da classificação sistemática - a valoração do objeto: norma definidora da sanção/vício, inerente ao caráter dogmático do juspositivismo neoconstitucionalista ocidental.

Com a vênua dos citados expoentes administrativistas, pensamos que o vício do ato administrativo, a despeito de ínsito ou atinente ao suporte fático, define-se pelo grau de reprovação em função do Direito/juridicidade maculado. Logo, o defeito não vale por si só, em razão de seus efeitos ou genética pressuposta, mas é corolário da hierarquia da norma contra a qual se confrontou a conduta administrativa viciada. Decisivamente, o cotejo do ato administrativo contra a norma maculada é que determina a respectiva 'sanção' invalidante em diferentes níveis. Vale dizer, a contrariedade ao Direito de acordo com o grau hierárquico da norma violada define a espécie de ato maculado: se inexistente, nulo ou anulável.

A contundência do vício é preordenada pela hierarquia da norma maculada, pena de transmutação do Direito, de ciência normativa a estudo social naturalista, ao arrepio de nossa dogmática continental. O paradigma de confronto heteronomamente estabelecido é decisivo à conceitualização da sanção ora sistematizada: a) se o ato administrativo contrariar a constituição, será inexistente; v. g., ato/contrato de permissão a uma empresa para explorar uma linha de ônibus, sem que houvesse licitação, em total afronta ao art. 175 da CRFB; b) caso viole diretamente regra legal (impositiva), haverá nulidade; v. g., a transferência de um servidor por motivos políticos, nítido caso do desvio de finalidade, mitigando-se o art. 2º., parágrafo único, 'e' da Lei 4.717/65; c) na hipótese do ato contrariar dispositivo flexível²⁸ atinente aos requisitos

²⁸ Norma flexível pode ser regulamentada ou mitigada **autenticamente** por outra de igual categoria (homogênea). Se a regulação efetivar-se por norma de categoria inferior (por ex., via ato administrativo), a própria lei inicialmente definidora deve permitir/abrir tal possibilidade de integração (heterogênea).

do ato administrativo, tem-se anulabilidade; quais seriam estas normas relativizáveis/flexíveis? A forma, por ocasião do art. 22 da Lei 9.784/99 e a competência, vez que pode ser, inclusive, delegada nos termos do art. 12 da mesma Lei. Por isto que, segundo a maioria da doutrina, estes requisitos dos atos administrativos seriam convalidáveis, ou melhor, circunstanciais ao ato administrativo.

Consigne-se: norma flexível pode ser regulamentada ou mitigada autenticamente por outra de igual categoria (homogênea) sem empecos constitucionais (ou de categoria superior à norma que se analisa - vide tratados 'supralegais' acima; ou lei em relação ao regulamento). Caso tal regulação se efetivar por norma de categoria inferior (por ex., decreto regulamentar flexibilizando disposição prevista em lei), a própria regra inicialmente definidora dos requisitos do ato deve permitir/abrir esta possibilidade de sua integração (heterogênea), da mesma forma como se instrumentalizou na delegação de algumas atribuições administrativas no art. 12 da LPA. Em analogia a este paradigma hierárquico suscitado, relaciona-se a construção teórica propalada a partir do art. 110 do CTN (uma norma pode alterar outra de igual envergadura, mas jamais refutar conceitos utilizados pela disposição constitucional superior). Na prática, a sucessividade de normas da mesma hierarquia complementam-se/derrogam-se ao invés de se excluírem em absoluto.

Não existe convergência sobre o assunto. Tampouco a jurisprudência sistematizou a aplicabilidade plena do prazo decadencial a algumas ou a todas espécies de atos viciados, como será visto a seguir. Entrementes, a proposta classificatória escora-se em fundamentos dogmáticos vigentes e indica necessária reflexão.

Por fim, insta ressaltar que a retirada invalidante é ato potestativo estatal. Não se cogita do direito subjetivo da Administração exigir uma prestação do súdito, mas se compreende o poder dela influir sobre a esfera jurídica alheia, mesmo sem o concurso de vontade do destinatário²⁹. Em decorrência, o prazo assecuratório da estabilidade das relações firmadas é decadencial, tal como positivado no art. 54, §1º da Lei 9.784/99.

²⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **In Revista dos Tribunais** n. 300. P. 10 e 23.

5 LIMITAÇÃO MATERIAL À RETIRADA INVALIDANTE DO ATO ADMINISTRATIVO: SEGURANÇA JURÍDICA E SEU CONSECUTÁRIO POSITIVO - ART. 54 DA LEI 9.874/99

No breve excursus histórico, viu-se o princípio da legalidade em três recentes tempos: limitadora da autonomia da vontade real (desde a revolução burguesa); quase ilimitada e legitimante do totalitarismo da primeira metade do século XX; por fim, autodeterminada no arcabouço constitucional principiológico e vetorizado pelas opções fundamentais do poder. Em todas as matizes, doutrinadores de escol definem, por corolário evidente deste princípio, a supremacia do interesse público sobre o privado que, para Celso Bandeira de Mello, trata-se de verdadeiro axioma³⁰. Por suposto, se a Administração adstringe-se à lei, seus interesses são indisponíveis (ou dispensáveis na medida em que a lei os regulamenta); logo, em tese, superpostos à autonomia privada que, psicologicamente, flerta com a disposição jurídica de grande parte de suas relações.

Um raciocínio automático e sem ressalvas pode, excepcionalmente, conduzir-nos a retrocesso autofágico dos direitos fundamentais. Explica-se: a legalidade neoconstitucional permeia-se à deontologia principiológica e aos valores axiologicamente sistematizados a partir da Constituição. Em decorrência, organizar a supremacia do interesse público sobre o privado como dogma indisponível e sem reflexão de que, no bojo dos auspícios públicos está a proteção das individualidades como partes de um todo recíproco, seria legitimar por via extroversa a legalidade da segunda fase, aquela detentora duma longa manus inexpugnável e invasiva dos direitos humanos (a vontade suprema do legislador). De efeito, cada princípio tem o respectivo alcance resultante das limitações recíprocas para suas autodeterminações. Segundo Canaris, “eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”³¹.

Arrebatadora a síntese do Prof. Humberto Ávila, ao repensar a supremacia do interesse público sobre o privado não como

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 29

³¹ Apud ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **In RDP**, 24/1998, p. 167

axioma, mas postulado da unidade da reciprocidade de interesses intersubjetivamente relacionados: “Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural. Se eles - o interesse público e o privado - são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a Administração deve se orientar sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia compreender, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência”³².

Diversos motivos de ordem prática e/ou normativa subjazem a relativização concreta (e mesmo seu tempero abstrato) da legalidade e da presumida superposição absoluta do interesse público. As relações de tensão entre os princípios estaticamente contraditórios, apenas por exceção recalcritante, tributam apriorística prevalência de um ou de outros, observados critérios empiricamente constatados. Do contrário, não seriam princípios, mas regras estabelecidas.

Analogamente, considerações dinâmicas e de similar reciprocidade autolimitativa inter-relacionam a legalidade e a segurança jurídica não somente em vista da fluidez de seus lindes contentuais, mas pelo gênero funcional (para que serve o Direito) dos institutos em detrimento duma vetusta significação estrutural (de onde o Direito vem). A confiança (boa-fé, segurança jurídica, *Rechtssicherheit*) plasma o interesse público no seu matiz abrangente. Tanto o Estado como os particulares pressupõem-na no sentido de perenização das disposições acertadas legitimamente. Doutrinadores do porte de Canotilho³³ delimitam este princípio como viga mestra do próprio

³² ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In RDP, 24/1998, p. 167.

³³ Ver CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1991.

Estado Constitucional. O Prof. Cezar Saldanha³⁴, denominando-o norma de prospectividade, da proteção da confiança ou da boa-fé, confere-lhe setorização basilar fundante.

Super normatizando o paradigma constitucional incrustado na moralidade do art. 37 da CRFB, a boa-fé se positivou no art. 2º., caput e XIII da Lei 9.784/99: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. Maria Di Pietro - uma das mentoras do projeto da norma - refere que o sentido do princípio não se esgota na mera irretroatividade exegética, informando vários outros institutos, como a decadência da retirada invalidante do ato administrativo. Disso, e funcionalizado por uma acepção objetiva³⁵ dos direitos fundamentais, têm-se: a vedação da contradição de informações interna corporis, a proibição da indolência e da leviandade, o dever de lealdade e confiança, a transparência, dentre outros princípios que otimizam as condutas estatais.

A legalidade da administração, para Hans-Julius Wolff e Otto Bachof³⁶, representa a observância dos princípios jurídicos válidos como a obrigação do reconhecimento da segurança jurídica, da proteção da confiança por meio dos próprios órgãos administrativos e uma limitação da potestade *‘volenti non fit injuria’*. Ora, nenhum valor é supremo e absoluto no ordenamento constitucional. Mesmo a propriedade, antes congregadora do *‘jus abutendi’*, hoje é interpretada

³⁴ Ver SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: Fabris, 2002.

³⁵ A percepção de direitos fundamentais não se subordina às liberdades públicas ou direitos subjetivos do particular co-respectivas a um ‘não fazer’ estatal. Dinamicamente, seu aspecto objetivo vetoriza ordens normativo-fáticas fundantes de ações positivas a todas facetas do poder, reclamando atuações concretas do Estado frente ao ataque violador de quaisquer agressores às máximas fundamentais – mesmo que a atuação contrária seja proveniente do próprio Estado (daí a limitação funcional dos poderes). Ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **In Revista da Ajuris** n. 109.

³⁶ Apud LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 261.

como a função social do detentor de riqueza (Duguit³⁷), devendo servir não apenas ao dono, mas ricochetear benefícios à coletividade.

Nesse particular, a segurança torna-se obséquio externo ou funcionalizador da juridicidade (acima dialogada), restringindo-a desde o nascedouro. Almiro do Couto e Silva³⁸ ressalva a origem protetiva da legalidade contra abusos estatais. Ou seja, a mesma vontade geral que lhe embasa, por vezes, corrige seus próprios excessos intransigentes, pena da invariável adstrição ao 'legal', com o passar das situações já conformadas no tempo, deixar intranquilos e atônitos os súditos que confiaram na legitimidade das anteriores diretrizes administrativas. Trata-se da correção valorativa/croncretista.

O caractere da boa-fé, que tangencia a legalidade, conforma seus limites³⁹. Ambos protegem bens jurídicos exteriores e divisíveis cujas limitações não de serem orientadas pela salvaguarda recíproca dos núcleos essenciais envolvidos e a máxima realização dos fins almejados. O art. 37 da CRFB consagra o princípio da legalidade (expressamente) e o da confiança (por decorrência e efeito da Moralidade), cujas diretrizes dialogam em justa simbiose. Como satisfazer essa normatização positiva suprema (proteção substancial)? Através do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade que, dinamicamente, robustece os direitos fundamentais em face de ambas necessidades legítimas do Estado-providência⁴⁰. Alexy estabelece: "Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a

³⁷ Apud MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. P. 131.

³⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da legalidade da administração e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **In RDP** 84/54.

³⁹ Em clássica distinção, Pontes distinguia a 'restrição' da 'limitação' de um direito pelo outro, em virtude do caráter interno ou exógeno à própria prerrogativa. Em termos principiológicos, face a conatural ponderação dialogal, pensamos na fluidez da conceitualização, que ora tende a uma delimitação extroversa, noutra tempo integra internamente outra norma. Logo, tecnicamente válida porém não peremptória a distinção, no ponto

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **In Revista da Ajuris** n. 109. p. 60.

teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação⁴¹.

A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades pública, diz Humberto Ávila⁴², tal qual positivado na CRFB, implica o dever de ponderação cuja medida e satisfação somente é obtida mediante a proporcionalidade. Ela, à vista da teleologia perseguida (proteção em grande ou maior parte dos bens jurídicos envolvidos preservando o núcleo essencial de cada qual) bem como estabelecendo uma relação de meio-fim objetivamente controlável, condiciona a existência de ambas as indigitadas normas.

Logo, em muitas hipóteses, o interesse público prevalecente estará justamente na conservação do ato geneticamente viciado, mas que, por omissão da Administração e decurso prolongado do tempo, consolidou nos destinatários a crença da legitimidade. Almiro do Couto e Silva diagnostica que “alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*”⁴³. No cotejo entre legalidade e segurança jurídica, este prevalece como imperativo da justiça material.

Casuísta e mesmo antes do advento da Lei 9.874/99, a jurisprudência vinha decidindo pela mitigação da outrora absoluta potestade da Administração anular seus próprios atos: “A administração tem o poder-dever de declarar a nulidade de seus próprios atos, quando verificada a ocorrência de vícios que os tornem ilegais ou ilegítimos, mas desde que não prejudiquem situações jurídicas já consolidadas no tempo em favor do administrado, atentando para os princípios da boa fé e o da segurança jurídica.” (TRF4, AC 92.04.08162-7, T3, Relator Gilson Langaro Dipp, DJ 03/03/1993). Pelo STJ: “Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito. A regra

⁴¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In RDA n. 217. p. 75.

⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In RDA n. 215 p. 170-2.

⁴³ SILVA, Almiro do Souto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. In RDA 204. p. 25

enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade no império do arbítrio.” (Resp 45522/SP, T1, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17/10/1994).

Diga-se, a exclusão do ato ilegítimo deve ser operacionalizada desde que cotejados seus próprios efeitos dali advindos em função da presunção de legalidade das condutas públicas, da boa-fé dos interessados e do lapso de tempo fluído desde sua origem. Sopesando-se dinamicamente a legalidade e a confiança, salvaguarda-se o núcleo essencial de cada qual e garante-se uma otimização concreta de ambos. Não era outro o ditame do art. 100, parágrafo único do CTN que, desde 1966, determinava observância à boa-fé.

Em algumas hipóteses, a peculiaridade irreversível das celeumas procedimentais-burocráticas (Administrativa ou Judicial) embasou a Teoria do Fato Consumado⁴⁴. Por ocasião, refutava-se a reprimenda de situações concretas de antemão consolidadas sob a égide fático-normativa ou decisória anterior: “Em que pese não possuir o impetrante direito líquido e certo à transferência postulada, a reforma da sentença nesta etapa processual não teria qualquer efeito prático que não o de desconstituir situação consolidada pelo decurso do tempo, pela conclusão do curso. O fato consumado deve ser preservado, para assegurar a estabilidade de relação jurídica constituída por força de decisão judicial, com o único objetivo de resguardar os seus efeitos e respeitar direitos subjetivos formados sob a sua proteção.” (TRF4, AC 95.04.49559-1, T4, Relatora Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, DJ 26/03/1997).

Essas vertentes decisórias que, ambivalentes, tutelam a regularidade legal do sistema e a boa-fé, inspiraram-se no afastamento da norma sem decretação da nulidade *ex nunc*, já aplicado diuturnamente no controle de constitucionalidade da técnica do *judicial review* norte-americano. Naquelas questões recalcitrantes, nas quais determinadas leis proporcionavam benefícios duradouros aos súditos, seria iníqua a retirada total de um ato normativo por inconstitucionalidade, afastando-se-lhe do ordenamento sorrateiramente bem como todos seus efeitos daí

⁴⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 340.

advindos, mesmo que consumados ou benéficos. Seria mais onerosa quanto inoportuna uma reversão desta magnitude. Inicialmente aplicável às formas difusas de controle, no Brasil, essa doutrina acolheu a segurança jurídica no art. 27 da Lei 9.868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Ora, se no plano hierárquico constitucional era admissível a proteção estabilizadora de situações pretéritas e fático-juridicamente reversíveis, a mesma racionalidade e proporcionalidade imperavam contra a retirada vertical do ato administrativo supostamente nulo no paradigma infraconstitucional.

Conseqüência desse pragmatismo decisório-dogmático, o art. 54 da Lei 9.784/99 expressou uma pré-ponderação⁴⁵ autêntica do legislador, sopesando a legalidade e a segurança jurídica e maximizando suas incidências sem, contudo, lhes fulminar o núcleo essencial. Resultou que, tanto a regularidade subsuntiva dos atos administrativos como a boa-fé dos súditos, temperada pelo lapso de tempo razoável, foram preservadas: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprova a má-fé. §1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. §2º. Considera-se exercício

⁴⁵ A proporcionalidade é postulado normativo aplicativo a todos poderes. Na esfera legislativa (autêntica em termos interpretativos da própria lei dali emanada), em se tratando do terceiro momento estrutural – proporcionalidade em sentido estrito – deve-se observar racionalmente as três fases do juízo de ponderação: a pré-ponderação (definição dos princípios confrontantes e intensidade das respectivas intervenções recíprocas; ponderação propriamente dita (sopesamento dos interesses envolvidos); pós-ponderação (justificação intersubjetivada). No sentido empregado no texto, contudo, visualizou-se uma continuidade entre o plano abstrato (legislativo) e o concreto (administrativo ou judicial), sem olvidar da tônica argumentativa originária do conceito, mas o dinamizando à inteireza de sua efetiva aplicabilidade prática e ideal. Ver ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **RDA** n. 217. p. 79

do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”. Os parágrafos suportam interpretativamente a descrição da cabeça do dispositivo, esmiuçando o termo *a quo* e a própria caracterização da conduta interruptiva da decadência.

São requisitos desta caducidade da potestade invalidante:

a) a boa-fé dos destinatários do ato irregular: é dever da Administração anular seus atos ilegítimos desde que, coarctado a este princípio, inexistam outros interesses conformes às expectativas do Direito confrontando-se a tal retirada. Esses interesses a serem tutelados em detrimento da potestade invalidante são os benefícios advindos do ato administrativo, desde que promovidos aos destinatários de boa-fé.

O atributo da presunção de legitimidade dos atos estatais imbricam comportamentos aos súditos beneficiários, contra os quais se indispensa uma demanda legítima, conforme o Direito e honesta aos fins idealizados. Ressalve-se que a boa-fé tutelada temporalmente, no artigo indicado, adstringe-se ao beneficiário direto do ato reprochado, não ao terceiro estranho à relação Administração-sujeito beneficiado. Por exemplo, nomeia-se um servidor de maneira irregular para laborar num cartório judicial. Passados 2 anos, o Poder Público instaura procedimento e anula o ato de provimento, afastando este servidor dos quadros. Mesmo que não ultrapassados os 5 anos do art. 54, todos beneficiários *externa corporis* pelos serviços daquele ‘agente de fato’ não são atingidos pelo ato invalidante de nomeação, vez que totalmente estranhos à relação subjacente. Ou seja, para estes fruidores externos do serviço público (*extraneous*), não há lapso à anulação. Seus interesses e beneplácitos adquiridos pelos respectivos trâmites jurídicos, mesmo praticados por servidor sem a devida atribuição, restam preservados, pena de submissão dos súditos a fortuitos internos à Administração. Daí, todos os atos administrativos praticados com reflexos externos pelo funcionário afastado permanecem em vigor.

Numa intrigante reflexão, Edílson Pereira Nobre Jr.⁴⁶ salienta que a má-fé, para fins de inaplicabilidade do art. 54, exsurge não

⁴⁶ NOBRE JR., Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 201

apenas do administrado como do agente público respectivo. O padrão de conduta seria imperativo a todos envolvidos na relação. No exemplo, caso o servidor do cartório se conduzisse pela má-fé, acabaria prejudicando o cidadão usuário do serviço público, que jamais imaginou tal articulação espúria interna *corporis*.

Com a vênua do Professor, discorda-se por uma série de argumentos: o caráter ético ora perquirido pela norma subentende, tão-somente, a conduta do beneficiário direto/imediato do ato reprochável, para fins de consolidação extrínseca das condutas administrativas - seja o beneficiário servidor (v.g. no caso de uma gratificação remuneratória que lhe favorecesse), ou o cidadão estranho aos quadros da Administração (v.g. caso acima descrito) - tudo a depender do contexto Poder Público-interessado; sujeitar os destinatários externos aos trâmites estatais às intempéries interna *corporis*, seria os responsabilizar (via extroversa) pelo fortuito interno administrativo; as demandas burocráticas, observadas externamente pelos súditos, não se exercitam pelo agente 'A' ou 'B', mas sim pela Administração, atendidos os vetores da finalidade e impessoalidade (art. 2º., parágrafo único, III da Lei 9.784/99 e 37, §1º. da CRFB), pena de violação da universalidade pretensamente impessoal do Poder Público; pela teoria da imputação (Otto V. Gierke), os atos dos agentes são atribuídos aos órgãos respectivos que, de antemão e legitimamente, encampam as condutas fático-decisórias primárias; o princípio da aparência bem como o atributo da presunção de legitimidade dos atos tutela a expectativa do *extraneus* que se relaciona com o Estado; eventuais desencontros entre a representação do agente que desencadeou o ato e o interesse público não de serem ressarcidas pelas vias privilegiadas conferidas processual e materialmente ao Estado, sem afetação do destinatário de boa-fé (inclusive, para alguns entendimentos, com a dispensa do prazo prescricional); finalmente, tem-se que a má-fé configura exceção e, por decorrência, não se admite interpretação ampliativa a ponto de açambarcar sujeitos sequer implicitamente previstos na regra.

Reforçando essas impressões, decisão do STJ: “Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se

alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que *nemo potest, venire contra factum proprium e de que nemo creditur turpitudinem suam allegans*". (REsp 47015/SP, DJ 09/12/1997, relator Ministro Adhemar Maciel).

A boa-fé questionada pelo dispositivo, com a devida vênia, restringe-se ao beneficiário direto do ato administrativo (seja ele servidor ou cidadão estranho aos quadros), à minguada da conduta eventualmente irregular de algum agente interno atuante burocraticamente. Outrossim, a prova da eventual má-fé é ônus da Administração, que deve indicar manifestações externas⁴⁷ indicativas do padrão de conduta espúrio do destinatário do ato. A mera omissão do beneficiário (silêncio omissivo), desde que não tenha, por ato anterior, fomentado a emanção do ato administrativo, não é suficiente a se denotar a má-fé. Hão de serem evidenciados fatores visíveis da falta de retidão que standardize a contrariedade ao Direito.

b) decurso de 5 anos: o legislador considerou significativo, para conformação das relações no tempo, o lustro decadencial.

Fidedigna avaliação sistemática do ordenamento reputam-no patamar proporcional. O prazo de 5 anos plasma-se em diversas normas: art. 21 da Lei 4.717/65 (ação popular); art. 142, I da Lei 8.112/90 (pena de demissão ao servidor público); art. 1º. Do Decreto 20.910/32 (prescrição contra fazenda pública); art. 1º.C da Lei 9.494/97 (prescrição das pretensões indenizatórias contra prestadores de serviço público); art. 173 e 150, parágrafo 4º. e 174 do CTN (regulam a decadência da constituição e prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, sem falar no art. 168 que regula a repetição do indébito); art. 10 do Dec.-lei 3.365/41 (caducidade para ultimarem-se os atos concretos à desapropriação por necessidade ou utilidade pública); art. 23, I da Lei 8.429/92 (prescrição da pretensão persecutória da improbidade administrativa); dentre outros. A vasta relação de dispositivos que, de alguma forma, afetam interesses da Administração, indica uma contabilidade consentânea com os interesses em disputa.

⁴⁷ O que não deixa de ser uma tautologia, vez que 'manifestação' de vontade supõe conduta 'exterior'.

Não apenas à Administração, principal interessada em anular seus atos, como a qualquer interessado (via judicial) é de ser aplicado o indigitado lustro. Inviável que terceiros (ou o Ministério Público) sejam beneficiados pelos prazos prescricionais do Código Civil (exemplo, uma pessoa preterida num concurso pelo beneficiário do cargo, ajuíza demanda após 6 anos da posse do congratulado - a discussão da regularidade do provimento teria caducado). A uma, porque de prescrição não se trata (mas de decadência) e o CC/02 previu lapso decadencial inferior a estes 5 anos (daí, estaria prejudicado o objeto, ausente o interesse jurídico); a outra, pelo recolhimento do interesse público conglobante no art. 54, não apenas da Administração, mas de todos aqueles afetados por seus atos.

Tanto a doutrina como a jurisprudência explicitam a autonomia das entidades políticas em fixar os seus prazos decadenciais. Calharia aos respectivos auto-governos e auto-administrações de cada qual tributar os limites invalidantes. Com respeito, por ser matéria afeta à Teoria Geral do Direito (vetor confiança) positivada na CRFB, entendemos que, no ponto articulado, o dispositivo tem caráter nacional e não meramente federal. Retira pujança da competência privativa fixada no art. 22, I da CRFB. No pior das hipóteses, o prazo é de ser observado simetricamente em todos níveis político-administrativos. Logo, as demais pessoas políticas não poderão fixar lapsos ao seu alvedrio egoístico, a não ser, obviamente, que privilegiem os súditos da constituição cidadã e diminuam o referido prazo congratulando direito fundamental do interessado. Do contrário, será ele, no máximo, de 5 anos para todos entes públicos.

Demais disso, há quem dispense a fixação abstrata de um patamar rígido em anos ou meses; outros, simplesmente criticam o quinquênio eleito e sugerem diversa medida. Não coadunamos com esses pensamentos. O lustro tributado é de ser aferido como mero indicativo dogmático-positivo incontestado. Eventualmente, o caso concreto possibilitará sua mitigação à vista de exceções recalcitrantes. Pelo Prof. Humberto Ávila⁴⁸, mesmo que preenchidas as condições de aplicabilidade da regra, considerações peculiares poderão a mitigar ou

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.

a excluir casuisticamente (*defeasibility*). Por exemplo, quando consumada a situação de fato, mesmo não tendo fluído a íntegra dos 5 anos desde a prática do ato (fato realizado ou consumado), eventualmente, poder-se-á manter o ato inválido a despeito de sua insanidade. Natural a pragmática correção valorativa de normas que, sopesadas nalguns casos reservados, não correspondem aos indicativos prementes conglobados democraticamente no ordenamento. José Pedro Luchi⁴⁹ refere o caráter provisório ao qual se estabilizam momentaneamente determinadas diretrizes jurídicas, haja vista que o Direito não são fatos (sejam reais ou conceituais) do mundo, mas construções sociais em permanente evolução. Assim, a despeito de um prazo genericamente aplicável, a partir de uma argumentação intersubjetiva e racional se lhe vai conferir efetividade factível. Até por que o legislador tampouco o juiz agem isoladamente, mas estão referenciados pelas expectativas primeiras dos cidadãos.

Insta consignar o caráter objetivo da boa-fé estudada. Relaciona-se à lealdade, honestidade, retidão e probidade como padrões de conduta eticamente aceitáveis e aguardados nas relações públicas. Traduz um dever de agir pautado pela confiança, a refletir-se concretamente em todas suas conseqüências daí imbricadas. De fato, não se resume a mero suporte fático psicológico antitético da má-fé, nos moldes da boa-fé subjetiva. Transcende o simples estado de consciência, apesar de serem conceitos que se complementam e/ou sucedem e, não necessariamente, se excluem. Em decorrência, da boa-fé objetiva derivam inúmeros vetores comportamentais que afastam a Administração das demandas externas inúteis, meramente formais e contraditórias, como lembra em diversos exemplos Egon Bochmann Moreira⁵⁰.

c) efeitos favoráveis decorrentes do ato irregular: deve-se ensejar direito subjetivo ou expectativa legítima ao destinatário imediato dos efeitos do ato. Sua esfera patrimonial é de ser ampliada com a edição do ato contra o qual se perquire a anulação. Em síntese, o ato inválido a ser conservado deve ser benéfico.

⁴⁹ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In Revista da Ajuris n. 107. p. 167.

⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo (**princípios constitucionais e a lei 9.784/99**). São Paulo: Malheiros: 2007. p. 117.

As situações precárias por natureza não se tutelam pelo dispositivo em questão, podendo ser retiradas a qualquer tempo. Por exemplo, uma autorização⁵¹ (*rectius*, licença) ambiental, que oscila às intempéries e considerações fundadas no princípio da prevenção, precaução, desenvolvimento sustentável, etc. bem como grande parte dos atos de polícia (urgentes e situacionais por excelência), não conferem um direito ao beneficiário, mas simples faculdade momentânea. Ernst Forsthoff preocupou-se com a diferenciação: “Pero se impone un principio diferente cuando el acto administrativo únicamente permite algo que está prohibido bajo reserva de permiso. Así ocurre, por ejemplo, con los permisos de índole policial (licencias de construcción, retirada de la utilización exclusiva de una cosa pública, etc.). En estos casos no se confiere nada positivo al destinatario, sino que tan solo se restablece su ‘libertad natural de acción’. De ahí se infiere la libre revocabilidad de los permisos de policía. El bien que se protege con la limitación de la revocación es el derecho público subjetivo, entendido como el derecho de poder exigir algo del Estado o de poder hacer algo frente a él. Ante el hecho de que la vida moderna se halla en una dependencia cada vez mayor de los actos administrativos aseguradores, impera de manera creciente la tendencia a ampliar la limitación de la revocación mediante una interpretación extensiva del bien protegido”⁵².

Da mesma (má) sorte, os atos ablativos - aqueles que limitam direitos fundamentais dos súditos - também não se acobertam pela estabilidade normativa positivada. A qualquer momento podem ser retirados, ao passo que os maiores interessados (prejudicados) assim o desejarão para o restabelecimento de seu *status quo*.

Neste quadrante, vale referir a ausência de concordância sobre a dicotomização ou tripartição dos vícios do ato administrativo acima repassada. Tais considerações interessam não apenas ao estudo da

⁵¹ A natureza do ato administrativo de viés ambiental é discutido sem uniformidade da doutrina. Prevalece o ensinamento de se tratar de licença peculiar, já que precária, não vinculada, podendo flertar às vicissitudes momentâneas. In MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 61.

⁵² FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Uguina, 1958. p. 364/365

convalidação como à própria decadência da potestade invalidante. A divisão entre essas saneadoras não é tão simplista como, num primeiro momento, poderia aparentar, já que inexistente consenso em relação a quais máculas seria incidente o art. 54 da LPA.

Juarez Freitas⁵³ confere apenas aos atos anuláveis o prazo decadencial. Praticamente, em nosso raciocínio, equipara o suporte fático da convalidação à da decadência da potestade invalidante. Exsurge a importância da sistematização das nulidades no Direito Administrativo em razão do paradigma de confronto normativo. Não por mero academicismo, mas pena do 'vício' do suporte fático fenecer por consumação e sem maiores preocupações teórico-pragmáticas, apenas subordinando-se à rigidez dogmática ontológica-real.

A matéria é objeto de incessante debate. Mas para os fins deste ensaio e face as peculiaridades outrance dialogadas (capítulo 3), pensamos que os atos nulos bem como os anuláveis se incluem na acepção do art. 54 da LPA. E por uma simples razão de hierarquia normativa: tanto os vícios que 'sancionam' o ato de nulo ou anulável como o prazo ora confirmatório estão previstos em lei - são infraconstitucionais, atos de equivalentes estatutas sistêmicas. Há paralelismo contraposto, razão pela qual não se verifica fundamento à exclusão da incidência do dispositivo aos atos nulos.

Diferentemente, ocorre em relação aos atos inexistentes - cuja 'sanção' advém da contrariedade do ato à CRFB. Neste caso, a segurança jurídica a lhes perenizar deve ser exortada pela própria Carta Maior, mas não pelos termos abstratos pré-ponderados da LPA. Ou seja, casuisticamente, sob a égide da moralidade, continuidade do serviço público, interesse social de proteção e fomento, etc., pode-se consolidar determinada situação mesmo com inicial afronta à letra da Constituição. A ponderação que se conforma aos fins axio-deontologicamente plasmados nestas normas de análogas envergaduras hierárquicas definirá a exclusão, ou não, do ato investigado. Nestes casos, o art. 54 serviria apenas como vetor interpretativo, mas sem uma implicação subsuntiva absoluta

⁵³ Apud NOBRE JR., Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 199.

(da maneira que se confrontaram interesses normatizados por diretrizes de similar hierarquia: atos nulos e anuláveis). Em suma, a ponderação constitucional teleológica, harmônica e sistemática concreta, que definirá a retirada do ato administrativo reprochado; o prazo infraconstitucional (art. 54) presta-se, tão-somente, como suporte interpretativo da situação real polemizada.

Exemplificando, resta nítido o pragmatismo oscilante entre a preservação da juridicidade e, por vezes, da segurança jurídica, quando maculada uma determinação constitucional. Há julgados que inadmitem a aplicabilidade do art. 54 da LPA a violações frontais da CRFB: “Delegação da prestação de serviços públicos. Concessão de serviço público. Regulação e fiscalização por agência de “serviços públicos delegados de infra-estrutura”. Manutenção de “outorgas vencidas e/ou com caráter precário” ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. Violação do disposto nos artigos 37, inciso xxi; e 175, caput e parágrafo único, incisos I e IV, da constituição do Brasil. (...) O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- “[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná.” (STF, ADI 3521/PR, Relator Min. Eros Grau, DJ 16-03-2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Outras decisões, no entanto, por extrair fundamento harmonizante da moralidade e da legalidade do art. 37 da CRFB, do princípio da continuidade do serviço público bem como de outras normações de mesma hierarquia supralegal, mantém a situação de fato sem cogitar, singelamente, do art. 54 da LPA. A preservação da confiança é ínsita à própria CRFB, casuisticamente: “Constitucional e administrativo. Transporte rodoviário de passageiros sem ato e outorga do poder público. Interesse das comunidades atendidas pela linha interestadual. Omissão abusiva do poder público, que

não promove licitações no setor há muitos anos. Comprovado que a autora opera no transporte coletivo interestadual, pela via rodoviária, há mais de 15 anos, e que atende a inúmeras comunidades com a linha que executa, passando por quatro Estados da Federação, em itinerário que não coincide com o de nenhum permissionário ou de serviço de transporte interestadual, é de ser reconhecido o direito de dar continuidade à execução do serviço, enquanto permanecer inerte o Poder Público na realização de licitação para outorga a particulares do trecho percorrido ou outro equivalente. Situação em que a autora demonstra, mediante declaração de diversos dirigentes e parlamentares municipais, a necessidade e a importância do serviço, no desenvolvimento da região. São usuários da linha de transporte, além de particulares, servidores públicos, havendo prova das solicitações de passagens para servidores estaduais e federais, no exercício das respectivas funções, inclusive para policiais militares, rodoviários, servidores da justiça eleitoral etc. Diante da omissão do poder concedente, e de irregulares prorrogações de permissões outorgadas a particulares, que também são beneficiados, sem procedimento licitatório, com a absorção de novos trechos nos que já estão autorizados a executar, em contrariedade à lei de concessões e permissões, não pode o Poder Judiciário, sob o manto da reserva dos poderes, omitir-se, permitindo a subversão dos princípios da igualdade e da legalidade. Apelação provida, para assegurar a manutenção do serviço até que seja deflagrado procedimento licitatório com vistas à outorga de permissão para realização do mesmo trecho rodoviário, ou equivalente.” (TRF4, AC n. 2001.04.01.033093-1/PR - Relator Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, Julgamento em 26.11.2002). Haure-se do caso que, no plano da estrita juridicidade/legalidade, a retirada do ato inexistente desprotegeria toda uma população à espera do serviço público. Valores e princípios constitucionais de análogas envergaduras arrazoaram a confirmação momentânea das prestações, pena de se impingir maior gravosidade a todos os afetados que a mera consideração formalista maculada.

No mesmo talvegue, mas se escorando no próprio art. 54 da LPA (que nestes casos presta-se, repita-se, como vetor interpretativo, já que o fundamento se subsidia na própria CRFB) para abalizar a perenização de situação sancionada pela CRFB, o STJ dispõe de julgado ponderando a confiança pelo decurso do tempo: “Em 1993, portanto após a entrada em vigor do art. 37, II, da CF/1988, a recorrente, professora nível I, mediante ascensão funcional prevista pela lei estadual, galgou o cargo de professora nível IV, sem que se submetesse ao necessário concurso público. Requereu aposentadoria naquele cargo em março de 1998, pedido deferido e aprovado pelo Tribunal de Contas estadual. Porém, alega que, em novembro daquele mesmo ano, viu seus proventos serem reduzidos porque a lei que lhe permitiu o acesso àquele cargo foi revogada. Daí o *mandamus*, que foi denegado pelo TJ ao fundamento de que a referida ascensão substituíra, de forma inconstitucional, o meio legal para a investidura no cargo público e, porque nula, não gerava qualquer direito. Nesse panorama, tem-se por correta a assertiva de que a Administração atua conforme o princípio da legalidade (art. 37 da CF/1988), que impõe a anulação de ato que, embora fruto da manifestação da vontade do agente público, é maculado por vício insuperável. Também é certo o entendimento de que, após a CF/1988, é vedada a simples ascensão funcional a cargo para qual o servidor não foi aprovado em concurso público, bem como o de que o ato nulo não é passível de convalidação, não gerando direitos. No entanto, o poder-dever de a Administração invalidar seus próprios atos é sujeito ao limite temporal delimitado pelo princípio da segurança jurídica. Os administrados não podem sujeitar-se indefinidamente à instabilidade da autotutela do Estado e de uma convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas conseqüências jurídicas, a manutenção do ato servirá mais ao interesse público de que sua invalidação. Nem sempre a anulação é a solução, pois o interesse da coletividade pode ser melhor atendido pela subsistência do ato tido por irregular. Então a recomposição da ordem jurídica violada condiciona-se primordialmente ao interesse público. Já a Lei n. 9.784/1999

tem lastro na importância da segurança jurídica no Direito Público, enquanto estipula, em seu art. 54, o prazo decadencial de 5 anos para a revisão do ato administrativo e permite, em seu art. 55, a manutenção da eficácia mediante convalidação. Esse último artigo diz respeito à atribuição de validade a atos meramente anuláveis, mas pode ter aplicação excepcional a situações extremas, como a que resulta grave lesão a direito subjetivo, não tendo seu titular responsabilidade pelo ato eivado de vício, tal como se dá na seara de atos administrativos nulos e inconstitucionais. Anote-se que daí é excepcionada a hipótese de má-fé do administrado. Dessarte, conclui-se que o ato em questão é indubiosamente ilegal, no entanto sua efetivação em conformidade com a lei estadual vigente à época (em que pese sua inconstitucionalidade), a aposentação com o beneplácito do Tribunal de Contas estadual e o transcurso do referido prazo decadencial consolidaram uma singular situação fática que produziu conseqüências jurídicas inarredáveis, a impor a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre outro valor também em ponderação, a legalidade. Assim, assegura-se o direito de a recorrente preservar sua aposentadoria no cargo de professora nível IV”. (RMS 24.339-TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 30/10/2008).

A oscilação jurisprudencial reafirma nossa consideração - para o ato inexistente (violador da CRFB), apenas o casuísmo pragmático a sopesar os interesses envolvidos poderá definir a orientação. Evidente não haver solução apriorística para a incidência do art. 54 a todas espécies de insanidade dos atos administrativos. Como impõe a leitura sistemática, harmônica e teleológica da CRFB, será concretamente que se ponderarão os interesses em disputa para a justiça material da celeuma, na hipóteses de atos inexistentes. Nestes, a solução eleita, além da impossibilidade da retirada absoluta do ato, poderá ser a otimização da legalidade anulatória com a restrição dos efeitos invalidantes (*ex tunc transformados em ex nunc*) de sua retroatividade, ou mesmo fixando um prazo razoável para que outro ato substitutivo advenha, analogamente ao estipulado no

art. 28 da Lei 9.868/98. A racionalidade destas decisões, mesmo não se sufragando pela regra positiva, trata, para todos efeitos, da decadência da potestade invalidante do ato administrativo.

Concluindo e com a vênia de alguns doutrinadores, defendemos a aplicação do art. 54 aos atos nulos e aos anuláveis - por razões de hierarquia normativa, são todos interesses tutelados infraconstitucionalmente. Para os inexistentes, a manutenção do ato defeituoso é casuísta, dinâmico e conforme os auspícios constitucionais identificáveis no caso concreto.

Em relação aos parágrafos do art. 54 da LPA: no primeiro, apenas se precaveu o termo *a quo* do lapso decadencial nas relações de trato sucessivo (eventualmente permanentes) - o interstício começa a fluir da percepção do primeiro pagamento; no segundo, reputa-se ‘exercício do direito de anular’, ou seja, manifestação interruptiva da decadência, a menção/medida da autoridade administrativa questionadora da validade do ato administrativo. Esta ‘impugnação’, pelo vetor da publicidade que garante eficácia aos atos administrativos, é de ser externada ao sujeito interessado (*extraneous*), por notificação, edital, etc. Simples movimentações *interna corporis* da Administração não são suficientes à interrupção do prazo (inclusive, utilizando-se da analogia ao Direito Tributário, pelo caráter interruptivo da notificação do lançamento).

5.1 Fundamentos Jurídico-dogmáticos da Concepção de Boa-fé no Direito Administrativo Brasileiro

Apresentam-se diversos fundamentos à limitação da potestade (pura) invalidante do ato administrativo. Se inexistente mesmo na denominação do princípio (segurança, boa-fé, confiança, prospectividade) tampouco surpreende a variação da racionalidade genealógica.

Há vertente que extrai dos direitos fundamentais e da natureza social do Estado do bem-estar a concepção da segurança e da boa-fé, por suposto da Teoria Geral do Direito. Toda limitação às prerrogativas basilares do ser humano é de ser interpretada restritivamente (trata-se da máxima ‘*exceptiora*

non sunt amplianda’). Como o Poder Público, agora, subordina-se à sistemática do ordenamento vigente (*Gesetzsmässigkeit der Verwaltung*), inviável a retirada sumária de atos administrativos, mesmo os nulos, sem obséquio do vetor segurança. O princípio da moralidade (art. 37 da CRFB) emprestaria subsídio ao vetor confiança e a toda sorte de consectários inerentes ao dever ético administrativo, inicialmente plasmado na teoria do desvio de finalidade germinada na França.

Demais disso, se a confiança está contida na boa-fé, diz José Guilherme Giacomuzzi⁵⁴, há quem lhe confira abrangência ainda maior que a esta, vinculando-a na idéia da Democracia, em conta da sobrevivência da representatividade estruturada na fidúcia sinalgmática súdito-governante. A estes signos imbricam-se análogas significações, todos veiculados expressamente no art. 37 da CRFB, pela moralidade. Se no âmbito privado adquiriu especial atenção, na órbita pública merece redobrada, arremata o autor.

Para Hartmut Maurer⁵⁵, inclusive o ato administrativo inválido dispõe da presunção de legitimidade, atributo natural e decorrente do regime jurídico administrativo. Logo, seus efeitos se protraem tal qual a coisa julgada, extremada por uma situacional retirada em excepcionais casos. Não apenas a legalidade é de ser observada, mas a proteção da confiança em todos aspectos, como funcionalizadora da atitude saneadora.

Uma corrente jusracionalista indica que a noção de Justiça transcende o Direito e pertence a uma realidade metajurídica⁵⁶. De uma valoração do caso concreto, a segurança jurídica poderá dominar a justiça ou, noutro sentido, predominar a justiça valorada internamente pela noção da confiança⁵⁷, complementando-se sucessivamente.

⁵⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública (o conteúdo dogmático da moralidade administrativa)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 266.

⁵⁵ Apud LIMA, Ruy Cirne. Op. Cit. P. 263.

⁵⁶ Achterberg apud LIMA, Ruy Cirne. Op. Cit. 45.

⁵⁷ Ver RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: University Cambridge Press, 1971.

Simpatizamos pela verossimilhança da normatização da segurança jurídica extraída da Teoria Geral do Direito. Ela se espargiu a todo ordenamento ricocheteada pelos valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, axiologicamente basilares, já que se repugna a incoerência em toda história universal, desde o classicismo greco-romano, afirma Mariana Pretel⁵⁸. Isso pressupõe e antecede o próprio ordenamento normativo e, por sua decorrência, veda o comportamento contraditório pela vertente do *ne venire contra factum proprium*, caractere da boa-fé e verdadeiro Princípio Geral de Direito (natural), cujos requisitos são: a) *factum proprium* (a produção inicial do ato jurídico); b) legítima confiança (inerente à presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo); c) prática de ato posterior e contraditório (realização de novo comportamento que frustre as expectativas alavancadas pela inicial conduta, à míngua do caráter (i)lícito da nova demanda); d) dano efetivo ou potencial à esfera jurídica que aguardava conduta diversa.

Define o Prof. Jorge Cesa Ferreira da Silva, “mudar de opinião ou de modo de atuar, no espaço da licitude, é atitude amplamente possível e lastreada nos direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, quando essa atuação passa a servir de base para a atuação alheia, de sorte que esta se conduz conforme a previsibilidade dos rotineiros atos do ‘alter’, então mudar repentinamente o agir, desnaturando a confiança legítima gerada na outra parte, é objeto de vedação”⁵⁹.

Em termos de relação público-privado, não apenas nos moldes formais como intrínseca e internamente atinente à conduta da Administração, inviável supor pelo retrocesso de sua conduta. Praticado determinado ato, natural e jurídico que se aguarde a manutenção dessa linearidade co-expectada. Vale

⁵⁸ PRETEL, Mariana. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 143.

⁵⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 118.

dizer, inaceitável (por maquiavélico) que num primeiro momento um ato administrativo conceda algum benefício ao súdito e, bem após, mesmo por questão de legalidade, mas ao arrepio da confiança depositada à presunção de legitimidade, retire-lhe o patrimônio jurídico. Nesse particular, a teoria dos atos próprios (*ne venire contra factum proprium*), de ampla aceitação no direito privado, sustenta a manutenção do ato originariamente nulo/anulável, mas circunstancialmente ‘sanado’ pela boa-fé inerente ao Direito. A relação jurídico-administrativa decorre do contato social⁶⁰ e implica, em todas as acepções, critérios éticos e de cooperação recíproca para satisfação dos interesses de todos e de cada qual. Em contrário, o Poder Público valer-se-ia da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

A segurança jurídica, a boa-fé, a confiança ou prospectividade, seja a denominação que assumir, em nosso entender, advém de todos os argumentos retro exemplificados. São oriundos da Teoria Geral do Direito, iluminados axiologicamente pelos valores fundantes previstos na CRFB. Essa a razão da aplicação metajurídica da boa-fé a todas as searas do Direito (instrumentaliza um ‘corte’ horizontal na totalidade dos institutos jurídicos). Mesmo em se argumentando a falta de expressa posituação (implícita art. 37 da CRFB), seria juridicamente tutelável - retira fundamento do Direito como produto do convívio social. O ordenamento não se sustentaria, sequer internamente, caso houvesse instabilidade total em suas disposições. Com essa normatividade, abalizam-se os eventuais retrocessos simbolicamente saneadores a condições limítrofes, ponderados aos princípios interativos do sistema, independente da posituação ora expressada em algumas disposições.

⁶⁰ MARTINS, Raphael Manhães. Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato. **In Revista da Emerj** 11/225.

5.2 Incoerência Endonormativa⁶¹ . Contra-eficiente Desproporcionalidade em Sentido Estrito

O art. 54 da Lei 9.784/99 estabeleceu o prazo decadencial de 5 anos para o exercício da potestade anulatória dos atos administrativos. Mais generosa com o INSS, o legislador fixou, no art. 103A da Lei 8.213/91, o dobro deste prazo para uma análoga finalidade: “O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Repercute incoerência nesta hialina distinção.

A descentralização administrativa, técnica que possibilita a outorga (ou delegação) de parcela do serviço público à pessoa jurídica diversa da entidade central (no caso do INSS, outorgam-se atribuições à autarquia), subentende um aperfeiçoamento das tarefas nos respectivos corpos burocráticos funcionais. A lei criadora do INSS, salienta Di Pietro⁶², destaca com precisão suas finalidades das quais

⁶¹ Recentemente, nos autos do HC92525, veiculado no informativo 500, o STF reconheceu a incongruência entre os parágrafos do art. 180 do CP, equiparando-os para efeitos de cominação da pena, ilegitimamente distintas. Vale referir trecho do voto do relator, Min. Marco Aurélio: “Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo. A essência do “substantive due process of law” reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, como parece ocorrer na espécie ora em exame. Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.”

⁶² Op. Cit. P. 72.

não se pode afastar por mera deliberação de seus administradores, pena de violação do princípio da especialidade.

Em seu art. 5º., I, o Decreto-Lei 200/67 define Autarquia: “serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. De há muito, no plano infraconstitucional, o planejamento burocrático almejava observar os padrões gestores da eficiência (hoje constitucionalizado no art. 37 da Carta, por influência ianque), como medida otimizada de uma ideal estruturada para alcançar melhores resultados possíveis através dos meios efetivos e menos onerosos disponíveis. Trata-se de programa institucional otimizador.

Agora, como entender que a entidade especificamente criada para desempenho de atividades delimitadas, com aparelhamento técnico, estrutura e corpo funcional treinado, disponha de um prazo duas vezes maior para anulação de seus próprios atos administrativos, tal qual o INSS?! Não deveria acontecer justamente o contrário? Já que a Administração Central está mais ‘distante’ de suas realizações (a amplitude de suas incontáveis demandas não permite uma especialização e treinamento ideal multifacetado de seus agentes), não há uma perplexa inversão de prazos caducificantes?

Exemplificando-se, o contra-senso⁶³ transparece: a) concede-se a aposentadoria a um servidor público federal; ultrapassados 6 anos,

⁶³ A despeito destas considerações, o TRF4 vem aplicando a literalidade positiva da norma questionada: “A MP 138 (de 19/11/03, publicada no DOU de 20/11/03, quando entrou em vigor), instituiu o art. 103-A da Lei 8.213/91, estabelecendo prazo decadencial de dez anos para a Previdência Social anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários. Como quando a Medida Provisória 138 entrou em vigor não haviam decorrido cinco anos a contar do advento da Lei 9.784/99, os prazos que tiveram início sob a égide desta Lei foram acrescidos, a partir de novembro de 2003, quando entrou em vigor a MP 138/03, de tanto tempo quanto necessário para atingir o total de dez anos. Assim, na prática todos os casos subsumidos inicialmente à regência da Lei 9.784/99, passaram a observar o prazo decadencial de dez, anos aproveitando-se, todavia, o tempo já decorrido sob a égide da norma revogada”. (TRF4, AC 2000.72.04.003296-1, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 27/06/2008).

verifica-se que lhe fora incluída uma vantagem indevida (contrária à lei, nulidade absoluta/relativa); preenchidos os requisitos do art. 54 da Lei 9.874/99, fica impossibilitada a revisão, como diuturnamente estipulado pelo STJ: “Não pode a Administração Pública, após o lapso temporal de cinco anos, anular ato administrativo que considera viciado, se o mesmo gerou efeitos no campo de interesse individual de servidor público ou administrado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico. Precedentes. Recurso não conhecido”. (REsp nº 515225, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 20-10-2003); b) de outro lado, concede-se aposentadoria a um trabalhador ‘celetista’ e, ultrapassados os mesmo 6 anos, verifica-se que lhe fora incluída uma vantagem indevida; não preenchidos os requisitos do art. 103A da Lei 8.213/91, quem mais lhe deveria proteger (o INSS), aproveita um extenso lapso (duplicado ao da União) e revisa uma situação já consolidada há longínquo período.

À míngua das análogas situações jurídicas, somente em se modificando a categoria⁶⁴ funcional (!) do aposentado, tributa-se gigantesca diferença no prazo decadencial! Pior: o mais necessitado cidadão (violação do *in dubio pro misero*⁶⁵) dispõe contra si de um lapso protetivo dobrado! Além da violação implícita dos princípios da especialidade e da eficiência, fulminou-se o postulado da proporcionalidade em seu terceiro momento estrutural: a proporcionalidade em sentido estrito. Este vetor, refere Humberto Ávila, imprescindível da “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁶⁶. O

⁶⁴ Noutra similar ocasião, os Tribunais refutaram distinção injustificada à vista da mera consideração do sujeito afetado, quando da definição do conceito de ‘infração de menor potencial ofensivo’ em vista do advento da Lei 10.259/01: “Juizado especial estadual. Este Superior Tribunal vem entendendo que a Lei n. 10.259/2001, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, fixou o limite de dois anos para a pena máxima cominada, quer seja no âmbito de Juizado Especial Federal, quer seja no Juizado Especial Estadual. Assim, o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995”. (RHC 14.141-SP, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 13/5/2003).

⁶⁵ É princípio geral da Constituição cidadão, não mera acepção interpretativa a casos concretos. Ou seja, também impinge diretrizes ao legislador.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116.

interesse pela promoção da finalidade almejada deve justificar o sacrifício recíproco ocasionado. Logo, duplicar o prazo decadencial num contra-senso antitético à especialidade/eficiência técnico-burocrática significa, descriteriosamente, macular o indigitado postulado aplicativo normativo em seu derradeiro momento.

A medida positivada, mesmo adequada, necessária e sem atingir o núcleo essencial de algum direito fundamental, violou a proporcionalidade em sentido estrito. Os motivos que fundamentam sua opção não obtiveram peso suficiente para justificar a restrição à prerrogativa pública atingida, salienta Luís Virgílio Afonso da Silva⁶⁷. Com efeito, acrescido o tecnicismo à gestão pública descentralizada do INSS, subentende-se uma crescente possibilidade de autotutela dos próprios atos, bem mais eficaz em relação àquela até então instrumentalizada pela União, pena da subversão autofágica e total das autonomias personificadas que não corresponderem à expectativa da eficiência.

Para argumentar, vale referir análogo raciocínio jurisprudencial atinente à competência dos Juizados Especiais Criminais Federais-Estaduais: o STF decidiu pela aplicabilidade indistinta (aos JECs Federais/Estaduais) do prazo de 2 anos para caracterização da infração de menor potencial ofensivo, quando do advento da Lei 10.259/01, face a derrogação implícita do art. 61 da Lei 9.099/95. Naquela oportunidade, vislumbrou-se iníqua a norma que considerasse os benefícios da lei especial ao desacato proferido contra um policial federal, mas o reputasse crime afeto ao procedimento comum se a ofensa atacasse policial estadual. Seria insustentável que, pela mera categoria funcional (!) da vítima (virtualmente definidora da competência federal/estadual, art. 109 da CRFB), fosse obviada tamanha distinção violadora de direitos subjetivos fundamentais (prerrogativa da transação, etc.). Vale insistir: condutas idênticas axio-deontologicamente, à míngua da diferenciação subjetiva passiva material, não sustentariam tratamento paradoxal.

Tal constatação é similar à ora analisada, por se utilizar do postulado metódico da proporcionalidade em sua racionalidade. Iníqua a manutenção de dois prazos tamanho distintos para regrad análogos pressupostos de fato.

⁶⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **In Revista dos Tribunais** n. 798. p. 41.

5.3 Aplicação Metajurídica do Princípio da Boa-fé: reflexão pragmática à guisa da ‘exigibilidade de conduta diversa’

Comentou-se a incidência da boa-fé tanto às relações privadas quanto públicas, em virtude de sua genealogia proveniente da Teoria Geral do Direito. Guasp refere: “Todos campos do Direito estatal são clima propício, como qualquer outro, ao desenvolvimento desta patologia do jurídico. E é mais, ela se dá no seio dos principais elementos que conjuga a relação jurídica estatal: a autoridade e o súdito. Porque, com efeito, a presença dos valores de lealdade, honestidade e moralidade que sua aplicação comporta é especialmente necessária no mundo das relações da Administração com os administrados”⁶⁸.

Inclusive no Direito Penal, a boa-fé assume relevo. Ainda que desenvolvido para o trânsito, lembra André Callegari⁶⁹, o princípio da confiança é aplicável a todas atividades nas quais há concorrência de condutas perigosas, sejam recíprocas, aleatórias ou convergentes. Subsume-se aos casos em que, com a atuação infratora de um sujeito, envolvem-se outros participantes na atividade e se encontram imersos no mesmo perigo criado pela infração.

Evidentemente, o vetor confiança é basilar na sociedade do consumo e das massas. Sem as expectativas centrípetas de todos e para com todos integrantes da comunidade, inviável a administração ou sequer a sobrevivência do Estado e de seus mecanismos de controle, dentre eles, o sistema penal⁷⁰. O risco é caractere previsível em nossas ruas ou, quiçá, intramuros (v.g. violência doméstica), o que sobremaneira ressalta o privilégio da normatividade eticamente sustentável como presente nas circunstâncias (a)normais cotejadas concretamente. Por decorrência, não apenas à guisa da imputação típica

⁶⁸ Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.

⁶⁹ CALLEGARI, André Luís Callegari. **Imputação objetiva (lavagem de dinheiro e outros temas)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 170.

⁷⁰ Aqui, inserimos um sentido amplo ao sistema penal: um, institucionalizado pelos organismos estatais (polícia, MP, Judiciário, sistema penitenciário); outro, informal ou, nalguns casos, paraestatal (com ajuda financeiro-burocrática do Estado), que atuam no complexo item segurança, dentre eles, ONGs, entidades de classe e de bairros, conselhos comunitários, etc.

é de ser (re)visitada a boa-fé, mas em todas categorias jurídico-penais (tipicidade, contrariedade ao Direito, culpabilidade-responsabilidade).

Nos autos do Processo N. 037/2060000772-9, em que a Justiça Pública denunciou L.R.D.O. pelo porte ilegal de arma (art. 14 da Lei 10.684/06), tivemos oportunidade de arrazoar a boa-fé para exclusão da exigibilidade de conduta diversa. Tratava-se do seguinte caso: o réu era um sujeito que sempre trabalhou com segurança privada; inclusive, já tivera sido sócio-administrador de uma empresa de custódia patrimonial; em virtude de um notório assaltante de carros-fortes do Rio Grande do Sul, foragido, ter se refugiado pelos esconderijos da fronteira oeste, de onde contrabandeava armamento pesado para suas empreitadas, alguns oficiais da inteligência da Brigada Militar contataram o acusado para que ele auxiliasse na perseguição do criminoso procurado; L.R.D.O. prestou-se, por liberalidade, a ajudar a polícia, utilizando de seu próprio carro particular; ao ser abordado, numa blitz, por outros policiais militares que não tinham conhecimento deste 'auxílio' solicitado pelos oficiais superiores, revistaram seu automóvel e localizaram uma pistola cujo porte estava vencido; ao cabo, o suspeito fora denunciado pelo porte ilegal (art. 14 do Estatuto do Desarmamento). Moral da estória: um braço oficial do Estado pediu ajuda operacional ao réu - especialista em segurança privada; desavisado, outro grupo de policiais enquadrou-o pelo porte ilegal de arma de fogo. Vale referir trecho da sentença absolutória:

Será que vivemos num hipócrita Estado de Polícia que solicita auxílio a um especialista em vigilância e o surpreende com uma demanda criminal? Será que se imaginou que um trabalhador da iniciativa privada iria atrás do perigosíssimo 'Fulano de Tal' sem portar uma arma de fogo sequer? De fato, se o acusado perseguisse o foragido sem um instrumento de fogo, deveria parar num hospício e não no banco dos réus... Qualquer homem médio (seja lá o que isso for) agiria da mesma forma.

A situação é que o Poder Público locupletou-se com o auxílio do réu. Agora vem cobrá-lo, sem lhe remunerar e ainda solapando-lhe um processo penal às costas. A conduta estatal anterior despertou legítima expectativa ao réu, forte no vetor 'ne venire contra factum proprium' da boa-fé objetiva.

O 'venire contra factum proprium' significa a proibição de ir contra o próprio fato. Expressa a idéia de que, à parte (Estado), não é permitido agir em contradição a um comportamento assumido anteriormente. A conduta antecedente de pedir um auxílio gerou uma expectativa no outro interessado num atuar em determinado sentido. Desse modo, o contratante/Estado, ao portar-se em linha adversa, ainda que aparentemente no exercício de um direito, quebra a lealdade e confiança. Ou seja, maltrata a boa-fé, de molde que resta delineado um quadro de abuso de direito.

Esse desdobramento se traduz nas hipóteses em que se age de determinada forma, criando para o outro interessado a expectativa de um comportamento padrão ou comum e, posteriormente, posiciona-se contra seu próprio agir. Sob pena de quebra da boa-fé, não é permitido a ninguém criar a confiança em seu contratante de que lhe concederá determinado direito e, posteriormente, comportar-se contrariamente à expectativa gerada.

(...) A boa-fé é aplicada no Direito Privado sem ressalvas. Inviável que, na contração de prerrogativas fundamentais de maior relevância (liberdade), não se interprete a mesma postulação. Pelo contrário, a analogia se exerce em sua plena amplitude pro réu no Estado Democrático do Direito, face à intervenção mínima, a subsidiariedade e a fragmentariedade da seara criminal.

No caso, a boa-fé do sujeito afasta quaisquer outras possibilidades de conduta expectada. Era-lhe inexigível outro agir, prestando-se o 'ne venire contra factum proprium' como causa supralegal da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra ação. Ao perseguir o 'Fulano de Tal', a pedido do próprio Estado, não se esperava que o réu fosse desarmado.

As circunstâncias concomitantes não eram normais. Daí, ausente a culpabilidade à condenação.

Aguardávamos a reflexão do Tribunal acerca do tema mas, com feliz perplexidade, o Ministério Público não recorreu. Isso reforça o juízo da culpabilidade pesquisado com Berthold

Freudenthal, monografia originariamente publicada em 1919: “En un juicio de culpabilidad está encajado todavía un fragmento de la antigua tragedia del destino. ¿No es, acaso, el Derecho el minimum ético? Resulta a la larga difícilmente soportable que afirmemos el reproche de la culpabilidad e inflijamos graves, incluso las más graves injerencias de índole criminal, contra aquel a quien, según las circunstancias del hecho, no podemos formular éticamente reproche alguno por su ejecución”⁷¹ .

Não por mera coincidência que, de há muito, tais reflexões clássicas invocavam, subliminarmente, a boa-fé como princípio geral das circunstâncias normais concomitantes para aferição da culpabilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS ARTICULADAS

Partilha-se de uma visão pessimista do poder. Trata-se de necessário (ou indispensável) assegurador/regulador do tráfego social. Não obstante, mormente nos regimes Democráticos incipientes (como o nosso), tende-se ao abuso. À vista da instrumental proteção dos direitos fundamentais basilares, impende refletir-se acerca da legalidade/juridicidade e da co-respectiva segurança jurídica, evitando-se o retrocesso sócio-normativo que a exclusão de uma prerrogativa humana representaria sobre o núcleo essencial da outra.

1. A genealogia do Direito Administrativo funde-se à evolução do princípio da legalidade e, por conseguinte, do próprio Estado Moderno. A partir da Revolução Francesa e das movimentações jusfilosóficas do século XVIII, sufragou-se o poder absoluto real em privilégio duma legalidade formal burguesa duplamente caracterizada: ao mesmo tempo em que limitava o poder estatal, vinculava todas ações da Administração às reservas normativas. Caracterizava-se o Estado de Direito pela submissão dos poderes instituídos à ordem vigente.

A movimentação pendular da ciência juspublicista indicou um sobressalto paradigmático - do extremismo psicológico do monarca

⁷¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 99.

ao juspositivismo estrito/fechado dum sistêmico aparato de 'regras' legais.

2. Movimentos totalitários de diversas ordens legitimaram suas arbitrariedades pela via legislada. Aparentemente, transubjetivou-se o absolutismo: da cabeça do rei à então simbólica democracia representativa. Necessária a consolidação do Estado de Direito não apenas matizado pela negatização dos excessos (1ª. dimensão dos direitos fundamentais), sequer evitados pela manutenção do poder de legislar; mas sim pela configuração de um Estado Social/Providência, com preocupação pró-ativa interventiva na ordem socioeconômica e política, funcionalmente imbricada à realização efetiva dos direitos fundamentais.

A modificação da ordem estática vigente assume relevo na segunda metade do século XX. Atacando os exageros do 'purismo' legalista, o Estado contemporâneo delineou a proteção dos direitos fundamentais, consolidando-se um (neo)constitucionalismo de valores, regras e princípios. A partir daí, legalidade refletiu os caracteres substanciais principiológicos e valorativos supremos do Estado.

No sentido neoconstitucionalista, legalidade é um princípio fundante e transforma-se na juridicidade, de concepção amplificadora. Reflete uma movimentação pendular provisória em constante dialética ponderável intersubjetivamente às demais normas do sistema - em especial a segurança jurídica, que passa a integrar o bloco de juridicidade/legalidade.

Por decorrência, o Direito Administrativo e sua feição externa mais notória - o ato administrativo - são repensados: de uma acepção estrutural, orgânica e formal, assumem contornos e conteúdos substanciais, funcionalizados à edificação efetiva e concreta dos valores e princípios constitucionais. Devido à complexidade e, por vezes, contraditórias indicações dos poderes público ao atingimento dos fins (não raro insuficientes a todos interesses), natural que os atos estatais sejam objeto de ponderações constantes, sopesadas dinamicamente pelas ideologias e interesses fundantes imutáveis bem como aos momentaneamente presentes e compatíveis com aqueles.

3. Invalidação é a retirada potestativa do ato administrativo por razões de (anti)juridicidade. Consiste num gênero do qual são espécies a inexistência, a nulidade e a anulação.

Esta classificação sistematiza-se de acordo com as respectivas hierarquias das normas violadas, sejam de ordem constitucional, legal impositiva ou legal flexível (sujeita a integração homogênea/heterogênea).

4. A boa-fé extrai fundamento jurídico da Teoria Geral do Direito. Imanente às expectativas sociais a vedação: do retrocesso, da conduta contra os próprios atos, falta de transparência e a incoerência. Demais disso, positivou-se a moralidade no art. 37 da CRFB, espargindo a virtude confiança objetiva a todo ordenamento ricocheteada pelos valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, axiologicamente basilares.

A segurança jurídica tornou-se obséquo externo e funcionalizador da legalidade/juridicidade, restringindo-a desde a origem - passa a integrar dinamicamente o bloco de juridicidade/legalidade. Logo, *ab ovo* se ressalva a nota protetiva da legalidade contra abusos estatais. A mesma vontade geral que lhe embasa, por vezes, corrige seus próprios excessos intransigentes, pena de as situações já conformadas no tempo deixar intranqüilos e atônitos os súditos que confiaram na legitimidade das anteriores diretrizes administrativas.

A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades pública (juridicidade *versus* segurança jurídica) implica o dever de ponderação cuja medida e satisfação somente é obtida mediante a proporcionalidade. À vista dos auspícios legitimamente perseguidos (proteção em grande ou maior parte dos bens jurídicos envolvidos preservando-se o núcleo essencial de cada qual) bem como estabelecendo uma relação de meio-fim objetivamente controlável, condiciona-se a existência de ambas as indigitadas normas.

Corolário desta dinamização principiológica é a positivação do art. 54 da LPA. O interesse público conglobante reservou-se, justamente, na conservação do ato geneticamente viciado, mas que, por omissão da Administração e decurso prolongado do tempo cotejados à boa-fé dos beneficiários, consolidou-se-lhes a crença da legitimidade.

5. O prazo caducificante de 5 anos é proporcional em sentido estrito e sistemático em relação aos demais regramentos atinentes ao Poder Público.

O art. 103A da Lei 8.213/91, que previu o lapso de 10 anos ao INSS para anular seus próprios atos é canhestro por flagelar os princípios da eficiência, da especialidade e o postulado da proporcionalidade.

6. A confiança e seus consectários vetorizados são normas metajurídicas. Operam um corte epistemológico em todos ramos jurídicos, aplicando-se-lhes interdisciplinarmente, por ocasião de suas genealogias extraídas da Teoria Geral do Direito e da própria pretensão de eficácia espargida da CRFB. Inclusive as categorias do crime hão de serem revisitadas pelos requisitos do princípio da boa-fé.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **In RDA** n. 217.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **In Revista dos Tribunais** n. 300.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **In RDP** n. 24.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **In RDA** n. 215.

_____. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tribunal Regional Federal da Quarta Região**.

BUSSARELLO, Raulino. **Dicionário básico latino-português**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.

CALLEGARI, André Luís Callegari. **Imputação objetiva (lavagem de dinheiro e outros temas)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In:

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Revogação e anulamento do ato administrativo. In RDA n. 02.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Gráficas Uguina, 1958.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006.

DIÓGENES, Gasparini. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In **Revista da Ajuris** n. 107.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise paradigmática do direito das obrigações: boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato. **In Revista da Emerj** n. 44.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo (princípios constitucionais e a lei 9.784/99)**. São Paulo: Malheiros: 2007.

NETO, Jayme Weingartner. O estado democrático de direito, apontamentos Histórico-Críticos. **In Revista da Ajuris** n. 109.

NOBRE JR., Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **In Revista da Ajuris** n. 109.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, IV. Campinas: Bookseller, 1999.

PRETEL, Mariana Pretel. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, Almiro do Souto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. **In RDA** n. 204.

_____. Princípio da legalidade da administração e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **In RDP** n. 84.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **In Revista dos Tribunais** n. 798.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.