

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL
ano 10 · n. 40 · abril/junho 2010 · Publicação trimestral - ISSN 1516-3210

A&C

REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

Angela Cassia Costaldello • Augusto Durán Martínez • Carlos E. Delpiazzi • Celso Antônio Bandeira de Mello • Clèmerson Merlin Clève • Jaime Rodríguez-Arana • Javier Parquet Villagra • José Luis Meilán Gil • Juan Carlos Cassagne • Juarez Freitas • Pablo Angel Gutiérrez Colantuono • Paulo Roberto Ferreira Motta • Regina Maria Macedo Nery Ferrari • Romeu Felipe Bacellar Filho • Valmir Pontes Filho

40

Edição Especial

10 anos

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 40	p. 1-336	abr./jun. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

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

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

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

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

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

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

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

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

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

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

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

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

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

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

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé

Romeu Felipe Bacellar Filho

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Administrativo na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Titular de Direito Administrativo na Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor Visitante do Instituto Nacional de Administração Pública da Espanha, da Universidade Notarial de Buenos Aires, da Universidade de Belgrano e da Universidade Católica de Salta, na Argentina. Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Associação Argentina de Direito Administrativo, da Associação Peruana de Direito Administrativo, do Instituto Chileno de Direito Administrativo e do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Diretor-Geral da A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado militante.

Resumo: Sob o influxo da constitucionalização do Direito Administrativo, pretende-se neste artigo sustentar que os atos administrativos criadores de direitos aos cidadãos, ainda que maculados de vícios de legalidade, podem estar protegidos por uma estabilidade jurídica que lhes atribui uma blindagem contra a anulação, conferida pelos princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da boa-fé.

Palavras-chave: Estabilidade do ato administrativo. Princípio da moralidade administrativa. Princípio da segurança jurídica. Princípio da boa-fé.

Sumário: 1 A constitucionalização do Direito Administrativo e a incidência dos princípios constitucionais na atividade administrativa – 2 Os princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé como fundamentos da estabilidade do ato administrativo garantidor de direitos – 3 Ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada: escudos protetores contra a ação da lei nova – Referências

1 A constitucionalização do Direito Administrativo e a incidência dos princípios constitucionais na atividade administrativa

A análise do importante tema impõe o assentamento de algumas notas introdutórias para demonstrar a importância de seu estudo e mais significativamente de uma interpretação que leve a uma resposta decisivamente afirmativa: o ato administrativo criador de direito é munido de estabilidade.

Bem pondera Diogo Freitas do Amaral que a existência de uma Constituição já não é, necessariamente, sinônimo de limitação do poder. Ao contrário, pode constituir-se em forma de legitimação do arbítrio estatal, sendo comum proclamar-se o princípio da legalidade, mas não imunizá-lo frente às razões do Estado. Falar em Estado Constitucional é, portanto, “maneira de abarcar todas as modalidades ou variantes do Estado do nosso tempo.”¹

Desde muito tempo sustentamos que a atual Constituição Brasileira, diferentemente das sete Constituições anteriores, é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Mesmo admitindo-se que possa estar impregnada por determinados vícios, ostenta a virtude de ter como referencial a pessoa humana, não sendo, por outra razão, alcunhada de “Constituição cidadã”. A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito:² o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões.³

Diga-se, todavia, que, embora precursora de significativas alterações, a Carta sempre esteve longe de alcançar a sua total concretização. É certo, porém, que a disciplina constitucional administrativa, tal como estabelecida pela Lei Fundamental, trouxe, por certo, novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um “direito administrativo autoritário”,⁴ marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias, integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Parece ser inquestionável, também, que, afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador Público brasileiro atuou, por muito tempo, coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público.⁵

Não se trata de inovação propriamente dita, mas sim de recepção dos reclames da doutrina a qual construiu, desde cedo, vias alternativas

¹ AMARAL. Curso de direito administrativo, v. 1, p. 79-80.

² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

³ As dimensões são: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Nesse sentido, a lição de José Joaquim Gomes Canotilho sobre esta “triade mágica” na Constituição Portuguesa de 1976, podendo ser aplicada também no direito brasileiro (CANOTILHO. Direito constitucional, p. 347).

⁴ Dissertando sobre a cidadania, Clèmerson Merlin Clève deduz que sua implementação depende, em primeiro lugar, de uma mudança na concepção quanto à administração pública, já que “o direito administrativo brasileiro é autoritário” (CLÈVE. Temas de direito constitucional: e de teoria do direito, p. 29).

⁵ Sobre o papel legitimador do interesse público na Administração Pública, ver, sobretudo, MEDAUAR. O direito administrativo em evolução, p. 179-180.

para elidir a aplicação mecânica da legalidade. Francisco Campos, ao enfocar esta problemática, já asseverava que o poder público não é um poder irresponsável e arbitrário que somente se limita e se vincula pelos seus próprios atos. Acima de tudo, não pode arrogar-se o privilégio de surpreender a boa-fé em seu relacionamento com os particulares.⁶

Haveria de implementar-se, assim, o princípio da finalidade pública segundo o qual, na estipulação pela lei, de competências ao Administrador Público, tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser protegido ou suprido. É por isso que o sentido e o limite da competência são balizados pelo fim consubstanciado na lei. Na apreciação da legalidade de um ato administrativo, é imperioso o exame da observância do escopo legal originário. Caio Tácito e Rui Cirne Lima, notáveis administrativistas brasileiros, desenvolveram importante contribuição no que tange ao estudo da finalidade pública como parâmetro para a avaliação da legalidade.⁷ Advirta-se que não se está a defender a concepção ampla do princípio da legalidade, mas tão somente a inteligência desse princípio em operação de concordância prática com os demais princípios, inclusive o da finalidade pública.

A expressão “poder”, estigmatizada durante o período ditatorial no Brasil, encontra-se, portanto, melhor entendida como prerrogativa. Caso o Administrador Público utilize seu poder além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, ter-se-á o abuso de poder por excesso do mesmo ou o abuso de poder por desvio de finalidade, respectivamente.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes assenta que “a ideia do poder é extraída do contexto social e efetiva-se pela capacidade que alguns dispõem de emitir comandos que traçam regras de conduta e que são obedecidos, obtendo-se, assim, uma submissão ao teor da ordem.”⁸ Todo o exercício de poder implica dose de sujeição, de coerção exercida pelo

⁶ “O poder público não é um poder irresponsável e arbitrário, ele se vincula e se limita pelos seus próprios atos. Não se pode reservar o privilégio, que se resume na mais cínica das prerrogativas que se arrogava o poder absoluto, de surpreender a boa-fé dos que confiam na sua palavra ou nas suas promessas violando aquela ou anulando essas, depois de haver conseguido, por causa de uma ou de outras, as prestações cuja execução havia sido feita na boa fé, fundamental não só ao seu comércio jurídico, como à convivência moral, de que a ninguém é lícito retirar a palavra empenhada ou desfazer a promessa mediante a qual obteve vantagem de outrem ou lhe causou ou infligiu sacrifício” (CAMPOS. Direito administrativo, v. 1, p. 70-71).

⁷ Para Rui Cirne Lima, “é o fim e não a vontade que domina todas as formas de administração [...] Preside, destarte, ao desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo — não o arbítrio que se funda na força — mas a necessidade que decorre da natural persecução de um fim” (LIMA. Princípios de direito administrativo, p. 21-22). Nesse sentido, também Caio Tácito: “a regra de competência não é um cheque em branco” (TÁCITO. Direito administrativo, p. 5).

⁸ LOPES. Poder constituinte reformador, p. 16-17.

detentor sobre os destinatários à medida que pressupõe determinação de atitudes destes últimos. Contudo, o poder não se autorrealiza, configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas. Não houvesse destinatário — o povo — inexistiria razão para existência do poder. Logo, se a existência do poder pressupõe relação de hierarquia, esta somente se justifica quando o poder direciona-se em função dos legítimos anseios do povo.⁹

Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública: aparato constituído pelo Estado para satisfação do bem comum. “O bem comum não foge ao direito. De certa maneira é condição da justiça, como princípio e fim ao mesmo tempo, justificando, no sistema político, o equilíbrio entre os poderes, e contendo o estado nas suas atividades, em razão da lei e das garantias que ele mesmo assegura”,¹⁰ conforme lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.

Com efeito, o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum.¹¹ Este não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O Administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição referiu-se expressamente ao bem comum, o qual constitui objetivo fundamental de toda sua atividade.¹²

⁹ “O domínio político — o domínio de homens sobre homens — não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem — legitimação. A legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância ‘fora’ do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática)” (CANOTILHO, op. cit., p. 418).

¹⁰ FRANCO SOBRINHO. Os direitos administrativos e os direitos processuais. Revista de Direito Administrativo, p. 33.

¹¹ “La justicia, así, está llamada a volver a ser la clave de bóveda de esta nueva arquitectura jurídica, evitando que se destruyan mutuamente derechos individuales (derechos-abstención) y sociales (derechos-prestación). El Estado de nuestros días, que ha superado el rol de gendarme de las libertades, que le atribuyera el liberalismo clásico, necesita reencontrarse con aquel otro que le señalaron los pensadores clásicos: ser gerente del bien común. *Ius suum cuique tribuendi* debiera ser el leit motiv del nuevo Estado de Derecho” (GARCÍA et al. Estudios de Derecho Administrativo, p. 283). Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica o bem comum como interesse público originário atribuído constitucionalmente ao Estado com os poderes necessários para realizá-lo. O bem comum é atendido imediatamente pelo legislador e mediamente pela Administração Pública (MOREIRA NETO. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, p. 18).

¹² O bem de todos a que alude o art. 3º, IV, da Constituição brasileira é o bem comum: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Administração Pública, considerada um aparelhamento regularmente constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum na realização de seus serviços, deve zelar para que seja realçada, em sua atuação, a compreensão de que o Estado é uma síntese de todos. Não se admite, portanto, tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários de seus atos. A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.¹³

As Emendas Constitucionais editadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, respondendo em parte por alguns anseios, cuidaram de alterar significativamente diversos dispositivos da Carta de 1988, sendo certo que um dos objetivos deste trabalho é o de confrontar o conteúdo das reformas encetadas com a segurança jurídica que deve pairar no relacionamento do cidadão com a Administração Pública.

Ao elencar os princípios básicos aos quais se subordina a Administração Pública, a Constituição Federal Brasileira coloca-se em sintonia com a comunidade destinatária de seus comandos, fazendo antever uma Administração Pública comprometida com a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

Os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do sistema constitucional. Sistema é mais do que conjunto de normas, é conjunto qualificado pelo inter-relacionamento e ordenação. Através dos princípios, as normas constitucionais são costuradas umas às outras para formar o ordenamento constitucional.¹⁴

Embora possuam marca distintiva, os princípios atuam conjuntamente, complementando-se, condicionando-se, modificando-se, harmonizando-se em termos recíprocos. Tudo porque assentam-se numa base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana.

Em sua interação recíproca, ocorrem deslocções compreensivas, ou seja, modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro. Tais relações explicam

¹³ Para Yves Poirmeur, o direito administrativo é um direito à procura do equilíbrio entre as necessidades e a satisfação do interesse geral, as prerrogativas do Poder Público e a proteção dos particulares contra o arbítrio (POIRMEUR; FAYET. *La Doctrine Administrative et le Juge Administratif: la Crise d'un Modèle de Production du Droit*. In: CHEVALLIER et al. *Le Droit Administratif en Mutation*, p. 97).

¹⁴ Nesta linha, ROCHA. *Princípios constitucionais da Administração Pública*, p. 28.

a necessidade de estabelecer operações de concordância prática: não se admite sacrifícios unilaterais de um princípio em relação ao outro, antes, reclama-se a harmonização.¹⁵

A doutrina tradicional nega aos princípios — normas constitucionais abertas — o status normativo. Considera-os lembretes, recados para o legislador. Esta postura, como visto, é incompatível com uma teoria constitucional comprometida com a supremacia material e formal da Constituição sobre o direito ordinário e defendida, por exemplo, nas obras de Canotilho e Jorge Miranda. No Brasil, muito embora algumas especificidades de ordem terminológica, Celso Antônio Bandeira de Mello, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Clèmerson Clève, Luis Roberto Barroso, Carlos Ari Sundfeld, Cármen Lúcia Rocha, entre outros, defendem a normatividade dos princípios.

Assim, qualquer análise a ser desenvolvida, haverá de partir do pressuposto (i) de que os princípios são normas; (ii) de que não há, entre os mesmos, nenhuma hierarquia; (iii) que o princípio da legalidade deve ser entendido em sua concepção restrita.

Perceba-se que a Administração Pública, no exercício de suas atividades, subordina-se a uma gama de princípios explícitos e implícitos que compõem regime jurídico administrativo. Dentre eles, encontram-se os princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da boa-fé, cujo conteúdo jurídico incide com força vinculante sobre toda e qualquer conduta da Administração Pública. Impõe-se, dessa sorte, observar em que medida a aplicação de tais princípios confere estabilidade aos atos administrativos criadores de direitos.

2 Os princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé como fundamentos da estabilidade do ato administrativo garantidor de direitos

Assentadas as premissas de que o Direito Administrativo brasileiro submete-se à conformação jurídica que foi delineada pela Constituição Federal de 1988, com a dimensão axiológica que lhe é peculiar, e que, por conseguinte, o agir administrativo encontra-se absolutamente afivelado aos princípios e regras constitucionais, importa examinar a inserção dos princípios da segurança das relações jurídicas, da moralidade

¹⁵ CANOTILHO; MOREIRA. Fundamentos da Constituição, p. 74-75.

administrativa e da boa-fé no universo do Estado Democrático de Direito e as suas consequências para a temática em apreço.

Princípios, para José Joaquim Gomes Canotilho, “são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios”.¹⁶ Entre as funções mais importantes dos princípios destaca-se a orientação ao legislador na elaboração de leis adequadas, e necessário indicativo para a correta interpretação do ordenamento jurídico.

É sob o influxo dessas ideias que o assunto em epígrafe deve ser tratado. No direito brasileiro, a Constituição Federal previu no art. 37, caput, princípios explícitos que informam a atuação da Administração Pública: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. Além desses, extrai-se do tecido constitucional outros princípios implícitos, que se apresentam em consonância com o regime democrático adotado pela Lei Fundamental, tais como a boa-fé e a segurança das relações jurídicas.

A afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa.¹⁷ Introduce o conceito de boa administração,¹⁸ da moral administrativa especializada em face da moral comum. A partir dele, pode-se exigir da Administração uma atuação pautada pela estrita observância aos ditames impostos pela ética pública. Mas como conceber as exigências que se podem depreender do princípio constitucional da moralidade? Uma delas, talvez a mais importante, revela-se na imposição de que

¹⁶ CANOTILHO; MOREIRA. Fundamentos da Constituição, p. 49.

¹⁷ O art. 5º, inc. LXXIII, erigiu a moralidade administrativa em causa autônoma da ação popular. Comentando o dispositivo constitucional, Rodolfo de Camargo Mancuso: “De ressaltar-se, outrossim, que um ato administrativo, ou decisão político-administrativa, pode até vir ao encontro dos interesses fiscais, financeiros ou orçamentários do Estado, e, no entanto, ser insustentável sob o prisma da moralidade, o que vem demonstrar, mais uma vez, que ‘interesse público’ não se confunde com ‘interesse da Fazenda’. Lembremos o patético episódio do bloqueio dos ativos financeiros ocorridos no Governo Collor, a pretexto de ‘controle’ das finanças públicas e do crescimento inflacionário. Ou, ainda, os exemplos, deveras sugestivos, trazidos por Clóvis Beznos: a criação de ‘tributos absolutamente inconstitucionais’, tais o ISOF, em 1980; os ‘empréstimos compulsórios sobre aquisição de veículos, combustível e viagens ao exterior’; e, mesmo, lembra o articulista, ‘declarações de autoridades monetárias em determinado sentido, seguidas de decisão político-administrativa em sentido contrário, confundindo a opinião pública, e causando distúrbios de toda sorte a vários segmentos da economia do país’ (MANCUSO. Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, p. 104).

¹⁸ SUNDFELD. Procedimentos administrativos de competência. Revista de Direito Público, p. 114.

os atos emanados da Administração Pública respeitem um mínimo de previsibilidade.

O cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da moralidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos, mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico posto.

Em se tratando de Administração Pública, mostra-se inconcebível o desacolhimento a um pleito devidamente amparado em regra legal, não só pela frustração desse vínculo de confiança no império da lei estabelecida, mas, sobretudo, porque ao Estado não se permite inobservar o conjunto de regras por ele mesmo estabelecido. Por essa razão, o princípio da moralidade administrativa incide justamente na esfera do anseio de certeza e segurança jurídica, mediante a garantia da lealdade e boa-fé da Administração Pública. Daí por que tratar-se conjuntamente dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé, eis que, embora sejam dotados de autonomia e caracterizem-se por conteúdos próprios, seus fundamentos e efeitos jurídicos ostentam inequívoca aproximação.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.¹⁹ E complementa:

a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.²⁰

¹⁹ MELLO. Curso de direito administrativo, p. 118. Em sentido contrário, José Roberto Vieira entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no caput do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. (VIEIRA. Princípios constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário, p. 98).

²⁰ MELLO. Curso de direito administrativo, p. 119.

Como princípio, a confiança é proclamada por diversos ramos do conhecimento, posto que reduz a chamada insegurança estratégica, essa entendida como a “condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas consequências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos”.²¹ Judith Martins-Costa menciona que a proteção jurídica da confiança foi inicialmente apontada pela sociologia como fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, cabendo ao sistema normativo a garantia das expectativas geradas nas interações sociais.²²

Por sua vez, Marcelo Ribeiro Losso destaca que, no âmbito do Direito, pode-se dizer que a confiança é um valor jurídico como a ordem, o bem comum, o interesse social e a segurança, dentre outros, que o ordenamento jurídico busca preservar. Ressalta o jovem autor a dificuldade de delimitar confiança, para efeitos jurídicos, o que já foi apontado por Manuel Frada:

a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação de seu âmbito, já de si problemática. Não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica.²³

E remata: “o valor — confiança — deve ser protegido nas relações em geral. Dentre os vários princípios vinculados a essa proteção pode-se citar o da proteção à confiança, da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade, etc.”²⁴

Judith Martins-Costa já anteriormente sustentava que o princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com a proteção das expectativas; e, ainda, como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos, advertindo que essa confiança é uma confiança adjetivada, a confiança legítima, também chamada expectativa legítima.²⁵

²¹ MARTINS-COSTA. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva: termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida: princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”: adimplemento contratual. Revista dos Tribunais, p. 96.

²² MARTINS-COSTA, *idem*, *ibidem*.

²³ FRADA. Teoria da confiança e responsabilidade civil, p. 17.

²⁴ LOSSO. O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado.

²⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 96-97.

A inobjetable relação entre os princípios da segurança jurídica e o da proteção é atestada por José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.²⁶

Para o alcance do desiderato colimado pelo mestre lusitano, não se pode olvidar a ideia de previsibilidade, que consiste no prévio conhecimento pelos interessados das intenções da Administração. A atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma “administração de surpresas”. Submissa ao princípio da legalidade, conformadora da segurança jurídica, haverá de ser prestigiada a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a previsão de regras de transição, a coisa julgada, a preclusão, a decadência, a usucapião, o direito adquirido e a vedação de aplicação retroativa de nova interpretação.²⁷

Não é raro na seara administrativista a segurança jurídica, a proteção à confiança e a boa-fé serem tratados como institutos análogos. O tema é aclarado por Jesús González Pérez:

Realmente no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y de la buena fe. A veces se considera este una implicación de aquél y, por lo general, se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. En el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a la que ha otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima y sí el de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de este, pero sí el de aquél.²⁸

Também se ocupando do assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ressalta ao tratar do princípio da segurança jurídica:

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou

²⁶ CANOTILHO. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 256.

²⁷ Previsão constante do art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784/99.

²⁸ GONZÁLEZ PÉREZ. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, p. 68-69.

a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos fluando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.²⁹

É nessa linha que Ana Cláudia Finger, em excelente estudo monográfico sobre o princípio da boa-fé no direito administrativo, ressalta que “a boa-fé atua como um elemento norteador da hermenêutica das relações de administração, fundada na proteção da confiança, ante o dever de lealdade, de correção e de respeito mútuos que deve imperar nessas relações”.³⁰ Boa-fé, segurança jurídica, moralidade e proteção à confiança são ideias que pertencem à mesma constelação de valores, na feliz expressão de Almiro do Couto e Silva.³¹ Em geral, a boa-fé admite duas acepções: uma em sentido objetivo e a outra em sentido subjetivo. É Judith Martins-Costa quem, de modo admirável, esclarece:

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência”, ou convencimento individual a cobrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law — modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.³²

²⁹ DI PIETRO. Direito administrativo, p. 85.

³⁰ FINGER. O princípio da boa-fé no direito administrativo, f. 49.

³¹ SILVA. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2007.

³² MARTINS-COSTA. A boa-fé no direito privado, p. 411.

A boa-fé e a lealdade, como instrumentos garantidores da moralidade administrativa, substanciam elementos objetivos capazes de definir métodos e formas práticas de comportamento administrativo. A boa-fé como contraponto da má-fé revela comportamento do agente isento de reprovabilidade, isto é, com a crença de que está agindo conforme o direito ou, pelo menos, na mais pura ignorância e, portanto, com a confiança de que a atitude possa ser contrária ao ordenamento jurídico.

Como dimensão do princípio da moralidade administrativa, a boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Retrata a integração do ordenamento a regras ético-materiais de fidelidade, crença e confiança.³³ Neste passo, imprescindível lembrar com Jesús González Pérez:

Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concedible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos.³⁴

Na esteira desse pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os princípios da lealdade e boa-fé — considerados princípios fundamentais do procedimento administrativo — estão compreendidos no âmbito do princípio da moralidade da Administração Pública.³⁵

A boa-fé e a lealdade têm um fértil campo de atuação no direito administrativo, podendo manifestar-se: (a) no exercício de poderes e faculdades com relação ao tempo, exigindo-se a fixação de prazos adequados para cumprimento da prestação, vedando a imposição de obstáculo resultante de um comportamento desleal;³⁶ (b) no estabelecimento de uma atuação procedimental leal em que a Administração e o cidadão

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 45-46.

³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, idem, p. 59.

³⁵ MELLO, op. cit., p. 73 e 323. Para Juarez Freitas, o princípio da confiança ou da boa-fé resulta da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas (FREITAS. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, p. 73).

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 102. A fixação de prazo adequado para o cumprimento do atos administrativos processuais recebeu proteção no §2º do art. 26 da Lei nº 9.784/99 que, embora não tenha caráter principiológico, pode ser aplicado subsidiariamente no processo administrativo disciplinar, na hipótese de ausência de regra específica: "A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento".

relacionem-se de forma clara, a partir de capítulos e pontos numerados que não revelem uma pauta imprevisível; (c) no dimensionamento do procedimento a partir de um formalismo moderado a fim de evitar a sucessiva e interminável possibilidade de oposições; (d) na convalidação das nulidades sanáveis: os erros de procedimento devem ser corrigidos imediatamente.³⁷

Tais princípios humanizam a relação entre Administração e o destinatário de seus atos sem que isto implique “quebra do princípio da impessoalidade”.³⁸ Assim, se um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado nos princípios antes arrolados.

A supremacia da Constituição sobre todas as normas impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais. Segundo Clèmerson Merlin Clève:

a compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.³⁹

Já há algum tempo, abandonou-se a ideia de que as garantias fundamentais concretizadoras da igualdade e do respeito à pessoa humana encerram concepções abstratas de conteúdo programático, a exemplo de um manual de aspirações ou mesmo de um protocolo de intenções.

Nunca é demais insistir: a interpretação das leis não pode descurar de submeter-se ao princípio vetor de nossa ordem constitucional — a dignidade da pessoa humana — nem da existência de um núcleo mínimo dele emanado, que se revela na plena submissão a princípios éticos e morais, a garantir, entre outros, a sobranceira existência de um Estado Democrático de Direito.

³⁷ Com razão, Juarez Freitas sublinha a íntima relação do princípio da confiança ou boa-fé para solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não decretação de nulidade dos atos administrativos, ambos em correlação temática, com o intuito de fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários (FREITAS. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, p. 75).

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 150.

³⁹ CLÈVE. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 27.

Por todos os motivos anteriormente elencados, o ato administrativo que outorga direitos ao cidadão não pode ficar desprotegido diante do poder-dever da Administração Pública de anular os atos maculados por vícios em sua formação. É necessário, em tais situações, observar as circunstâncias que peculiarizam o caso concreto antes de se tomar qualquer decisão no sentido de anular o ato administrativo. Emergem, assim, questões relativas à boa-fé do cidadão beneficiado pelos efeitos do ato, a necessidade de segurança jurídica nas relações travadas com o Poder Público e a proteção à confiança legítima daquele que sofrerá consequências em sua esfera jurídica individual com o desfazimento do ato administrativo.

Sobre o tema, aduz Ana Cláudia Finger:

Mesmo se tratando de atos administrativos eivados de vícios, segundo a mais abalizada doutrina, a supressão de tais decisões e determinações do mundo jurídico não é automática, pois vezes há em que, em nome do princípio da segurança das relações jurídicas e da boa-fé dos administrados, levados a confiar na presunção de legalidade dos atos da Administração Pública, a manutenção do ato inválido se impõe.⁴⁰

Nessa senda, deve-se tratar com muita cautela os casos em que o ato administrativo encontra-se inquinado de nulidade, por inobservância dos preceitos legais que disciplinavam a liturgia da sua expedição, não se podendo proceder à sua anulação de forma imediata e irrefletida. Isso porque, como bem sustenta Weida Zancaner, o princípio da legalidade não pode ser encarado em termos absolutos, uma vez que o regime jurídico ao qual se submete a Administração Pública está orientado por diversos outros princípios — entre eles, os já citados princípios da segurança jurídica, da moralidade e da boa-fé — que impõem um necessário sopesamento quando houver transcorrido um significativo decurso de tempo ou quando estiverem em jogo direitos de terceiros de boa-fé.⁴¹

A Administração Pública, quando deparar-se com ato administrativo passível de convalidação — isto é, ato cuja nulidade possa ser suprida por

⁴⁰ FINGER, op. cit., f. 116.

⁴¹ ZANCANER. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, p. 90. Nas palavras da autora: “Por outro lado, conforme já grafamos, o princípio da legalidade exige a invalidação dos atos viciados insuscetíveis de convalidação, entretanto pode sofrer intersecção de outros princípios, o que nos levará a apontar barreira ao dever de invalidar. Com efeito, foi visto que este dever pode se transmutar no dever de não invalidar, ora tão-só por força do princípio da segurança jurídica, ora deste, aliado ao da boa-fé quando em causa atos ampliativos de direito”.

novo ato administrativo — que não tiver sido impugnado pelo interessado, deverá convalidá-lo. Por outro lado, se estiver diante de um ato insuscetível de convalidação, terá o dever de anulá-lo, salvo nas hipóteses em que o ato viciado já tiver sido estabilizado pelo ordenamento jurídico.

Tal estabilidade do ato administrativo se alcançará justamente nas situações em que: (i) já houver decorrido o prazo prescricional (ou decadencial, com preferência parcela da doutrina) para a invalidação do ato por parte da Administração — o que se revela como uma exigência do princípio da segurança jurídica; (ii) ainda que não escoado o prazo, o ato tiver conferido uma ampliação aos direitos do indivíduo imbuído de boa-fé, após um período de tempo razoável, de modo que, se fosse promovida a sua anulação, haveria uma ofensa ainda maior ao interesse público.

Quanto à primeira circunstância capaz de conferir estabilidade ao ato garantidor de direitos — decurso de prazo prescricional (ou decadencial) —, está prevista no direito brasileiro no art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal e aplica-se, ao nosso ver, subsidiariamente às esferas estadual e municipal quando não houver lei específica a tratar do tema. Dispõe o precitado dispositivo: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Assim, havendo boa-fé, a Administração Pública encontra-se vedada de invalidar atos administrativos que prevejam ou ampliem direitos ao cidadão após o prazo de cinco anos.

Todavia, conforme já afirmado, nem sempre será imprescindível o escoamento do prazo prescricional (ou decadencial) para que se reconheça a estabilização do ato administrativo. Há casos em que a conjugação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa constituirão uma “barreira ao dever de invalidar”⁴² o ato viciado. São as hipóteses em que o ato administrativo amplia direitos ou concede benefícios ao cidadão, e nas quais já tiver decorrido um período de tempo capaz de consolidar situações jurídicas. Impende, portanto, a existência cumulativa de alguns requisitos, conforme propõe Weida Zancaner, quais sejam: “haver decorrido certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; existência de uma regra ou princípio

⁴² ZANCANER, op. cit., p. 62.

de Direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário”.⁴³

Diante do exposto, os princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da boa-fé constituem fundamentos jurídicos aptos a revestir de estabilidade o ato administrativo criador de direitos, formando uma barreira de proteção contra a sua anulação, nas hipóteses anteriormente delineadas.

3 Ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada: escudos protetores contra a ação da lei nova

Além da proteção conferida aos atos administrativos que asseguram ou ampliam direitos ao cidadão contra a sua invalidação pela própria Administração Pública, cumpre analisar outra questão de irrefutável importância para o estudo do assunto em tela: a estabilização do ato administrativo do qual decorram benefícios ao cidadão, em face de lei superveniente. Trata-se de analisar a dimensão proporcionada pelo princípio da segurança jurídica aos casos em que a lei promulgada posteriormente à edição do ato apresenta contrariedade em relação ao seu conteúdo jurídico.

Na ordem constitucional brasileira, o corolário do princípio da segurança jurídica encontra-se no art. 5º, XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O referido princípio, na precisa formulação de Angela Cassia Costaldello:

traduz o sentimento de justiça que deve ser preservado através da manutenção de circunstâncias consolidadas, que tenham atingido a esfera individual ou se relacionem a interesses da sociedade. Na doutrina e na jurisprudência, o termo, em regra, é utilizado para fundamentar a proteção de direitos pela imutabilidade das situações e relações jurídicas estabelecidas.⁴⁴

É exatamente essa a característica essencial do mencionado princípio, que está presente nos três institutos enunciados pelo art. 5º, XXXVI, da Lei Maior: a proteção de direitos através da imutabilidade das relações jurídicas já consolidadas, que os torna infensos ao advento da lei nova. O ato jurídico perfeito revela-se absolutamente consonante

⁴³ ZANCANER, idem, *ibidem*.

⁴⁴ COSTALDELLO. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé, f. 33.

com a lei do tempo em que se efetuou. O conceito de direito adquirido ao cuidar de uma relação jurídica concluída, cabalmente realizada, consiste no reconhecimento do direito conquistado por alguém, sob a égide da lei anterior, mas que pode ser exercido pelo seu titular, a qualquer tempo, sob o regime da nova lei, ainda que esta não o contemple. Já a coisa julgada ou caso julgado quer significar a decisão judicial não mais sujeita a recurso, seja pelo esgotamento das possibilidades de irrisignação, seja pela fluência, sem manifestação, dos prazos previstos para seu exame pela instância ad quem.

Some-se ao que foi alinhado a previsão constitucional quanto à prescrição. O instituto da prescrição está destinado a tutelar a segurança jurídica e, por essa razão, encontra-se intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito.⁴⁵ Como salienta Eduardo Rocha Dias, a prescrição administrativa, causa extintiva do poder punitivo da Administração Pública, “funda-se no princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, ao qual repugna a possibilidade de se poder eternamente aplicar uma sanção ao administrado”.⁴⁶

A Constituição Federal de 1988 contém norma sobre o assunto e trata das únicas hipóteses de imprescritibilidade.⁴⁷ Na seara do direito administrativo, prevê, no art. 37, §5º que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A Lei Fundamental elevou, portanto, à garantia constitucional, a prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública, admitindo a imprescritibilidade na excepcional situação da ação de ressarcimento. A prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública configura, portanto, princípio constitucional expresso. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “se o princípio é a prescritibilidade, é a imprescritibilidade que depende de norma expressa, e não o inverso”.⁴⁸

⁴⁵ Afinal, como sustenta José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado Democrático de Direito está estruturado sob dois vetores: a proteção da confiança dos cidadãos e a segurança jurídica (CANOTILHO. Direito constitucional, p. 380).

⁴⁶ DIAS. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados, p. 107.

⁴⁷ A Constituição admite hipóteses excepcionais de imprescritibilidade, previstas nos seguintes casos: (i) crime de racismo (art. 5º, XLII); (ii) crime de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV) e (iii) direitos sobre as terras indígenas (art. 231, §4º).

⁴⁸ BARROSO. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. In: BARROSO. Temas de direito constitucional, p. 501.

Aí está, entre outros, uma significativa mostra do respeito que a Constituição dedica ao princípio da segurança das relações jurídicas. É óbvio que os institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI, Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, não podem ser suprimidos mediante o exercício do poder de emenda constitucional. Como direitos fundamentais, são limites materiais ao poder de reforma constitucional, consoante prevê o art. 60, §4º, IV, da Constituição: “Art. 60. (...) §4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”.

Inserido no texto original, vale dizer, pelo constituinte originário, a existência dessas garantias é imune ao poder de emenda, ao poder reconstituente. Isto parece pacificado. A grande questão, todavia, consiste em confrontar uma situação concreta de direito adquirido com a ordem instalada a partir da Emenda Constitucional.

Surgem nessa ordem de ideias, pelo menos duas correntes: (a) a primeira, sustentando que o poder de reforma está condicionado a respeitar todo e qualquer direito adquirido; (b) a segunda, sob o genérico argumento de que não há direito adquirido contra a Constituição, defende a tese de que o poder de reforma não encontra qualquer limitação. É certo que não há quem desafie o dogma da supremacia da Constituição, posto que sua inserção no ápice do sistema a faz ter como base as normas individuais. O legislador ordinário — em termos materiais — submete-se a uma limitação à Constituição. O poder de reforma constitucional, ao seu turno, enfrenta como barreira aos seus desideratos, as chamadas cláusulas pétreas, cujo conteúdo explícito ou implícito é salvaguardado de eventuais afrontas.

Averbe-se que alguns autores, não admitindo que a garantia do direito adquirido possa retratar limite ao poder de reforma, sustentam que a expressão “lei”, inserida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, deve ser entendida em sua concepção restrita, não abrangendo o poder de reforma constitucional. Ainda que o Supremo Tribunal Federal, de algum modo, respalde esse entendimento, submetendo ao seu império tão somente o legislador infraconstitucional, é forçoso pronunciar alguns alertamentos.

Sabe-se que a doutrina considera a Constituição lei em sentido material. Que, em sentido formal, é superior às leis ordinárias,

desfrutando de eficácia inaugural não se lhe impondo limites anteriores ou posteriores aos constantes dos seus próprios comandos. Esses rápidos alinhamentos são averbados, tendo como pano de fundo a Constituição originária, editada por um poder constituinte legítimo mantenedor ou inovador da ordem jurídica. Já é difícil aceitar que uma nova Carta Constitucional alterando toda a ordem jurídica desprestigie direitos e interesses conquistados por quem acreditou na ordem jurídica anterior (igualmente legítima).⁴⁹ Isto equivaleria a, de modo simplista, aceitar que cada Constituição editada no País (e no Brasil já foram várias) fizesse nascer um País novo descompromissado e livre de quaisquer amarras com o passado. É imperioso contermos os impulsos reformadores e, com o devido respeito, defender que não é razoável, diante de nossa história, aceitar um poder de reforma absoluto.

Diz o Supremo Tribunal Federal, apoiado por significativa parcela da doutrina que, contra a Constituição inexistente o princípio do direito adquirido⁵⁰ e, tampouco, o princípio da irretroatividade.⁵¹ Todavia, quando a Constituição assim o deseja, as necessárias ressalvas são expressamente incluídas em seu texto. Como exemplo em que Constituição Federal expressamente impede o manejo da garantia do direito adquirido, cite-se o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, verbis: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

Não há como deixar de reconhecer que as normas constitucionais, quando não disponham em sentido contrário, gozam de imediata eficácia. Do mesmo modo, podem retroceder ao passado, alcançando fatos que, a rigor, submetiam-se ao império da Constituição anterior. Por óbvio, esta alternativa depende de expressa ressalva. A grande questão

⁴⁹ Isto geraria uma discussão interminável a propósito de estabelecer que ordem seria mais legítima, a vigente ou a anterior.

⁵⁰ “Magistrado. Incidência imediata da proibição contida no artigo 114, I, da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional nº 7/77. – Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF. Recurso Extraordinário nº 94.414-SP. Rel. Min. Moreira Alves. RTJ, 114/237, RDA 160/144, j. em 13.02.1985).

⁵¹ “(...) A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência” (STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248-RJ, Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. RTJ, 152/341, j. em 18.11.1993).

que se põe diz respeito à possibilidade de eventual desconsideração aos institutos antes elencados.

A legislação infraconstitucional permanece válida apenas se não confronta com o estatuto constitucional (princípio da recepção). Se a legislação conflita, prevalece a Constituição, norma hierárquica superior do sistema jurídico (princípio da supremacia). Por isso a eficácia da Constituição é imediata, e se presume tal, salvo disposição expressa em contrário constante da própria Constituição (princípio da eficácia imediata da Constituição).

Essas noções não nos devem conduzir, porém, a confundir a garantia do direito adquirido com o princípio da irretroatividade da lei. Retroagir (retro agere) é incidir sobre o passado, é atribuir nova valoração jurídica a fatos resolvidos no tempo, regredindo ao pretérito. É verdade que, no Brasil, a Constituição não proíbe de forma absoluta e genérica a retroeficácia da lei.

A Constituição brasileira proíbe a retroatividade da lei penal incriminadora (art. 5º, XL) e prescreve que a lei não poderá retroagir para ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Não impede a retroação feita para beneficiar, mas, ao contrário, admite-a expressamente (“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – art. 5º, XL) e implicitamente (“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III- cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou aumentou; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” – art. 150, III, “a” e “b”). Tampouco repele a retroação de lei quando não estiver em causa dano a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.

Ressalte-se, ainda, que a Constituição expressamente autoriza a retroação, quando se tratar de inovação jurídica promovida por medida provisória não convertida em lei, pois neste caso a alteração promovida com força de lei perde a eficácia, desde a edição da medida provisória, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (art. 62, parágrafo único). E, ademais, para algumas questões, permitiu a retroação inclusive para prejudicar o beneficiário de direito (“Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de Comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas

as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1992 a 31 de dezembro de 1987” – art. 51, do ADCT).

Em contraste, há apenas uma única hipótese em que a Constituição Federal expressamente afasta a aplicação da garantia do direito adquirido contra si e contra a lei ordinária. Esta disposição encontra-se no já citado art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O que foi anteriormente expandido demonstra o equívoco de confundir o tema dos direitos adquiridos, que não diz respeito ao passado, mas a efeitos presentes de fatos passados, com a questão da irretroatividade da lei, que retrata a alteração no passado de efeitos realizados ou consumados. As duas questões suscitam problemas distintos que devem merecer soluções técnicas diferenciadas.

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo garantidor de direitos encontra-se blindado contra a ação da lei nova, seja lei em sentido formal, seja emenda constitucional. Tal conclusão advém da necessária compreensão de que o princípio da segurança das relações jurídicas deve presidir toda a atuação do Poder Público, servindo, através dos institutos que o consagram — ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada — como escudo protetor do cidadão frente à superveniência de lei ou emenda constitucional que frustre suas expectativas diante de situações jurídicas já consolidadas.

The Stability of the Administrative Act that Creates Rights in Light of the Principles of Morality, Legal Certainty and Good-Faith

Abstract: Under the influence of the constitutionalization of Administrative Law, this article intends to sustain that the administrative acts that creates rights to citizens, though tainted by defects of legality, may be protected by a juridical stability that gives them a shield against the annulment, granted by the principles of administrative morality, legal certainty and good faith.

Key words: Stability of the administrative act. Principle of administrative morality. Principle of legal certainty. Principle of good faith.

Referências

AMARAL, Diogo Freitas. Curso de direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- CAMPOS, Francisco. Direito administrativo. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. v. 1.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- CHEVALLIER, Jacques et al. Le Droit Administratif en Mutation. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional: e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COSTALDELLO, Angela Cassia. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. 1998. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DIAS, Eduardo Rocha. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997.
- FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé no direito administrativo. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 111, jan./mar. 1973.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GARCÍA, Sarmiento et al. Estudios de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2004.
- LIMA, Rui Cirne. Princípios de direito administrativo. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Poder constituinte reformador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LOSSO, Marcelo Ribeiro. O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado. 2008. 188 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva: termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE: critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida: princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”: adimplemento contratual. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

POIRMEUR, Yves; FAYET, Emmanuelle. La Doctrine Administrative et le Juge Administratif: la Crise d’un Modèle de Production du Droit. In: CHEVALLIER, Jacques et al. Le Droit Administratif en Mutation. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 2, p. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 83, jul./set. 1987.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975.

VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de direito. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 14, n. 54, out./dez. 1990.

ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

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

Recebido em: 12.02.10
Aprovado em: 25.05.10