ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AMONG THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF LEGAL CERTAINTY AND GOOD FAITH

Francisco das Chagas Araújo de Lima Júnior*
Sérvulo Nogueira Neto*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo mostrar como o princípio da legalidade pode ser restringido em face de outros princípios constitucionais, principalmente o da segurança jurídica e da boa-fé, expressamente assentado no Art. 54 da Lei nº 9.784/99, mostrando, assim, de que forma deve a Administração comportar-se, sob a ótica constitucional, diante de eventuais conflitos decorrentes de tal natureza.
Palavras-chave: Processo Constitucional. Princípio da Legalidade. Segurança Jurídica. Aplicação da Razoabilidade.

ABSTRACT: This article aims to show how the principle of legality may be restricted when in conflict with other constitutional principles, especially the legal certainty and the good faith expressly settled in the article 54 of the Law No. 9.784/99, thus showing, how the Administration should behave under the constitutional perspective in case it faces possible conflicts of such nature.
Keywords: Constitutional process. Principle of Legality. Legal Security. Application of Reasonableness.

* Acadêmicos regularmente matriculados no 7º Período do Curso de Direito da Universidade Potiguar – UnP.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre a sociedade e o direito nasce com a própria noção do significado de cada uma dessas palavras, pois sabemos que a mera junção de indivíduos diferentes (em sua natureza, valores e cultura) em um mesmo local gera conflitos, devendo, portanto, ser regrada essa convivência grupal, o que é feito pelo direito, principalmente após a aceitação do contrato social largamente defendido por Rosseau. É por isso que não se discute a afirmação clássica e repetitiva de que, onde houver sociedade, haverá direito (*ubi societas ibi ius*).

A revolução francesa de 1789 trazia a luta pela liberdade, igualdade e fraternidade em seu lema, o que fora parcialmente conquistado, visto que, até os dias atuais, luta-se cotidianamente para tentar manter e garantir esses direitos. Logo após a revolução, ficou constatada a obsessão de garantir esses direitos, o que acarretou a criação das Constituições, para os Estados, como forma de criação e proteção jurídica-estatal, chegando até mesmo alguns doutrinadores a afirmar que o país que não trazia em si uma Constituição não deveria ser chamado de Estado.

O exagero na codificação dos direitos fazia com que a sociedade cobrasse, cada vez mais, a atitude estatal de criar leis afirmando o conquistado e repugnando o que fora combatido, ou seja, era exigência da grande massa popular que o Governo positivasse os direitos conquistados e se afastasse, cada vez mais, dos arbítrios cometidos em tempos pretéritos.

Isso trouxe o movimento liberalista, que visava à não-intervenção estatal nas relações particulares, ou seja, o Estado a não deveria influir na vida privada da população, tornando-a cada vez mais livre.

Diferentemente do esperado, o que se verificou foi a criação de um abismo entre o Estado e a sociedade, aumentando a desigualdade social, pois os que detinham o poder, principalmente econômico, passaram a explorar os mais desfavorecidos ou pobres, já que não existia mais a intervenção estatal nos casos concretos. Desse modo, apesar de o Estado positivar os direitos para todos, não tinha autonomia para aplicá-los.

Assim, nasceu mais uma vez a necessidade popular de positivar

o direito e, ainda mais, torná-lo efetivo, ou seja, garanti-lo. Dessa premissa, nasceu o chamado neopositivismo, que visava à intervenção do Estado-nação para garantir a aplicação dos direitos dos indivíduos de forma mais igualitária, o que deu origem aos direitos de 2º geração (direito de igualdade).

Saltou, aí, o modelo do Estado de Liberal para Estado Social, representado principalmente pelo Estado Democrático de Direito, onde o que se percebe é um ordenamento jurídico maior que outorga a opinião e participação popular na atividade de manutenção estatal (Estado Democrático), sempre observado o disposto no ordenamento (Leis), do que decorre a idéia de estado de Direito.

Nesse modelo estatal, não bastou apenas o surgimento de leis, pois estas não acompanhavam a rapidez da evolução social, sendo, então, necessária a obediência aos costumes, analogia e princípios gerais do direito, que são utilizados no caso de omissão legal, conforme se depreende do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Como já dito, com o avanço do Estado houve conseqüentemente o aperfeiçoamento das normas de direito que iriam reger a sociedade. Assim os juristas modernos passaram a fixar preceitos fundamentais que deram forma e caráter aos sistemas legais, os quais hoje em dia são denominados de princípios. Estes por sua vez obtiveram, com o passar dos anos, uma extraordinária relevância no mundo jurídico, principalmente pela sua defesa constitucional.

Surge aqui, a noção de um princípio que albergue guarida aos pilares do modelo democrático de direito, digo, princípio que expresse o próprio comando daquele modelo. Decorre, assim, um dos mais relevantes princípios constitucionais, qual seja, o princípio da legalidade.

A observância desse princípio deverá ser rigorosa, não obstante em alguns casos, excepcionalmente, gerem conflitos frente a outros princípios constitucionais, principalmente o da segurança jurídica e o da boa-fé. Essa problemática, apesar de ter de ser solucionada em cada caso concreto, tem como generalidade a utilização de um ou outro princípio constitucional como veremos.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este princípio nasceu com o Estado de Direito e com a doutrina da separação dos poderes, e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que o define, estabelece os limites de atuação administrativa cujo objeto seja a restrição ao exercício de tais direitos, em benefício da coletividade.

Nas relações particulares, o que se vê é a prevalência do princípio da autonomia da vontade, mas poderá ser este restringido pela legislação vigente, que dá mais nítida característica ao princípio da legalidade, ou seja, é lícito aos particulares fazerem tudo (princípio da autonomia das vontades), desde que a lei não os proíba (princípio da legalidade), conforme se estabelece no art. 5º, II, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, o qual reza: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

A observância do referido preceito constitucional é garantida por outro direito assegurado pelo art. 5º, XXXV, ainda da Carta Magna, e que preza pelo princípio da inafastabilidade, ou indeclinabilidade, segundo o qual a "*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Vale salientar que a legitimidade, para restringir a soberania da vontade do indivíduo, pertence à lei, não aquela em sentido estrito, mas sim a que decorre do poder legislativo, ou mesmo dos outros poderes, em sua atividade atípica. Ocorre que se deve sempre atender à hierarquia existente entre essas normas.

Ainda, não poderíamos deixar de frisar que, com a evolução social, e conseqüentemente jurídica, são hoje os princípios constitucionais atendidos de forma pretérita à própria lei, devendo também entrar no princípio da legalidade, já que as leis são interpretadas de forma sistemática, observando-se e devendo obediência aos princípios e costumes.

Alguns doutrinadores, ao tratarem do princípio da legalidade, especificamente, o dividem em mais outra subespécie, gerando, assim, o princípio da legalidade em si e o princípio da reserva legal. O primeiro relaciona a legitimidade de somente a lei (sentido amplo) poder obrigar o indivíduo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, como já foi dito, ou seja, de mitigar a autonomia da vontade. Já quanto ao princípio da reserva legal, deve-se ter

em mente que a constituição reservou, previamente, matéria específica para ser disciplinada por lei infraconstitucional.

3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A norma é elaborada para imediata e futura aplicação, pelo que não se deve falar em regra, na utilização destas, em casos pretéritos. Com isso, se institui a segurança jurídica, que deve ser obedecida, a fim de trazer força e efetividade à aplicação da lei nos casos concretos.

Ora, imaginemos que, não fosse esse princípio obedecido, e que as leis ou interpretações pudessem ser modificadas de acordo com o novo entendimento, com efeito presente e passado, e não se podendo falar em futuro, pois ficaria passível de novas interpretações, qual seria, então, a eficácia que os julgamentos iriam trazer?

Não haveria que falar em eficácia das normas, pois a sociedade estaria constantemente atenta a novas interpretações do mesmo caso. Observe-se, ainda, a sensação de injustiça que a lei traria com a aplicação diferenciada a casos semelhantes, em virtude de interpretações diferentes, em um interregno temporal curto, ou mesmo por motivo espacial.

O princípio da segurança jurídica visa justamente a assegurar, aos indivíduos, o respeito à aplicação das normas, nos casos concretos, ou mesmo a não-aplicação, visto que ela iria ferir direitos ou obrigações previamente estabelecidos.

Nesse sentido, podemos exemplificar com a aplicação do princípio da segurança jurídica por interpretação diferenciada, em uma mesma norma, ou na elaboração de normas novas. No primeiro caso, veja-se o que ocorre na declaração de inconstitucionalidade de uma lei que já foi largamente utilizada. Observando que a atitude de aplicar-lhe efeito *ex tunc* geraria imenso prejuízo à Administração Pública, poderá o STF, para confirmar a segurança jurídica, conceder efeito *ex nunc* a esse entendimento – de inconstitucionalidade da norma –, validando os casos pretéritos em que esta foi utilizada.

No caso de modificação na própria lei que tratava do tema, ou seja, no caso de revogação da lei, nasce aí a impossibilidade (salvo casos excepcionais) de aplicar-se a nova lei nos casos pretéritos, pois reza a própria

Constituição Federal, em seu art. 5º inc. XXXVI, que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*".

4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Este princípio, apesar de hoje em dia ter caráter de princípio geral do direito, ou seja, aplicado a todo o ramo jurídico, vê-se principalmente relacionado com o direito civil, mais especificamente no campo dos contratos, de modo que o saudoso Orlando Gomes diz que: "*o direito moderno não admite os contratos que os romanos chamavam de direito escrito, cuja interpretação deveria ser feita literalmente. Tais contratos somente poderiam existir num sistema dominado pelo principio do formalismo*"[1].

A intenção de se mostrar como a boa-fé é tratada nos contratos foi a de mostrar-lhe a essência, explicando que ela, apesar de relacionada com outros ramos do direito, converge para o mesmo ponto, o da exteriorização do que se quer, ou se espera daquela relação jurídica.

Em outras palavras, poderíamos dizer que a boa-fé está presente, hodiernamente, em toda a aplicação do direito, pois se verificou necessário, com a evolução social, que não só fosse mais previsto, no ordenamento, o "dever ser" do indivíduo como ação, mas também como intenção. Desse modo, leva-se em conta tanto o que está explicitamente sendo requerido naquela relação, como também a intenção dos efeitos desta, que, logicamente, devem ser benéficos.

A subjetividade desse princípio, enfático na sua aplicação, encontra apoio na lógica jurídica de que a boa-fé se presume, devendo, portanto, ser comprovada a má-fé nos casos específicos em que esta se apresente.

O Código Civil vigente insere cláusulas abertas que impõem, como função da boa-fé objetiva a função integrativa do art. 421, interpretativa do art. 113, e restritiva do art. 187, que se presume em convergência para a função social.

Importante se faz a menção à boa-fé subjetiva, que, mesmo não sendo instrumento decisivo dos casos concretos, não lhe será nunca de bom alvitre a dispensa, como bem ensina o mestre Silvio de Salvo Venosa, quando expõe: "*em qualquer situação, porém, não deve ser desprezada a boa-fé subjetiva, dependendo seu exame sempre da sensibilidade do juiz*".

1 GOMES, p. 42.

Como já mencionado, esse princípio deve ser sempre lembrado e aplicado não só no âmbito contratual como em toda aplicação de regras jurídicas, quer em relações privadas, quer públicas.

5 APLICAÇÃO E CONFLITOS DOS PRINCÍPIOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, antes de reportarmo-nos à aplicação e restrição lógica dos princípios constitucionais fundamentais no caso concreto, os quais constituem núcleo do presente trabalho, imperiosa se faz a análise de métodos que tentam explicar e solucionar conflitos de princípios de âmbito constitucional.

A colisão de direitos fundamentais, através de princípios ou não, pode ser percebida de duas maneiras: a) colisão entre direitos fundamentais, na medida em que o exercício de um direito fundamental atenta contra o livre exercício de outro direito fundamental e b) colisão entre direitos fundamentais e valores constitucionais, visível quando o exercício de um direito fundamental colidir diretamente contra comandos da Administração Pública.

Sendo assim, percebe-se que tanto pode haver conflitos na aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas como em relações públicas, do que nasce a divergência entre o direito do indivíduo e o direito da Administração Pública.

Ocorre que, nesses casos, não podemos falar em Supremacia da Administração, pois há um conflito entre direito fundamental do particular ante a uma necessidade da Administração Pública de atuar dentro dos parâmetros que lhe são impostos.

É de lembrar que o princípio da legalidade, na administração pública, fixa que esta, obrigatoriamente, deverá observar os limites que a lei permite, ou vincula, sendo irrelevante a vontade do agente. Podemos verificar esse princípio, expressamente, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que diz:

> **A administração púbica** direta e indireta de qualquer dos Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios da legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também, ao seguinte: (grifo para destaque).

Portanto, o que se percebe é que o próprio regime de garantias outorgado na Constituição conduz ao obrigatório exercício da legalidade, por parte da Administração. Isso não quer dizer que a Administração, em nenhuma hipótese, poderá utilizar-se de discricionariedade para decidir o que melhor lhe convier.

Observe-se que, mesmo nos casos em que a Administração puder revogar seus atos como atuação da discricionariedade, tem-se de aplicar a legalidade, pois a discricionariedade somente atinge o mérito do ato administrativo, ou seja, apenas o motivo e o objeto são passíveis de discricionariedade, sendo a forma, a finalidade e a competência elementos previamente estabelecidos em lei, sob pena de ilegalidade do ato.

Cabe, portanto, à Administração Pública, o poder de revogar seus atos quando houver oportunidade e conveniência, ou anulá-los quando eivados de vício.

Importante discussão surgiu, recentemente, no meio doutrinário e jurisprudencial, no que toca ao conflito existente entre a possibilidade da Administração Pública de anular ou revogar os seus atos, sempre, ou sempre que conveniente, e os reflexos decorrentes dessas condutas, levando em consideração um outro princípio constitucional, o da segurança jurídica, este voltado a estender aos administrados uma proteção de caráter constitucional, e aquele, decorrência lógica da obediência, pela Administração, do princípio da legalidade.

A legalidade, com a qual deve a Administração agir com submissão, nem sempre vai caber nos casos concretos, mesmo havendo interesse público em atendê-la. Isso ocorre quando existe um ato administrativo que tenha gerado direitos para um particular, tendo este agido de boa-fé, e após um grande decurso de tempo a Administração queira anulá-lo, mesmo sob o fundamento de que o ato está viciado, e atinge direito fundamental do particular. Tende-se, então, a impedir o prolongamento, por tempo indeterminado, para que a Administração anule seus atos, o que geraria instabilidade no âmbito jurídico.

Temos, então, que impor às decisões administrativas, de um modo geral, uma confirmação, decorrente, logicamente, de dois elementos: transcurso do tempo e da boa-fé. É com bastante propriedade que o mestre José dos Santos nos informa que, ao lado da segurança jurídica, decorre outro princípio, que é o da proteção à confiança. Este, de caráter subjetivo do próprio indivíduo, e aquele de caráter objetivo decorrente de sua própria acepção jurídica.

Foi com a previsão legal, decorrente da Lei 9.784/99, art. 54 e incisos, que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança ganharam expressiva proteção. Ocorre que o art. 54 preceitua que: "o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaem em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticado, salvo comprovada a má-fé."

Percebemos, então, que o dispositivo reporta-se a tempo, caráter cronológico objetivo e a má-fé, caráter subjetivo da conduta do administrado. Dessa forma, exprimimos, do artigo citado, que os princípios da segurança jurídica, juntamente com o da proteção à confiança, vêm contrariar a incidência do exercício da legalidade, no âmbito Administrativo.

É importante que tenhamos noção de que a absurda aceitação, pelos operadores do direito, da inobservância da legalidade, em alguns casos, será imperiosa. O que ocorre é que, da própria norma, decorre a justificação para convalidar atos tidos como ilegais, e que muitas vezes são inevitáveis, para se tornarem menos gravosos ao administrado.

Exprimindo o significado do mencionado dispositivo, José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

> Decorre, portanto, da citada norma a clara intenção de sobrelevar o princípio da proteção à confiança, de modo que, após cinco anos e desde que tenha havido boa-fé, fica limitado o poder de autotutela administrativa e, em conseqüência, não mais poderá a Administração suprimir os efeitos favoráveis que o ato produziu para seu destinatário.[2]

Enfim, podemos afirmar que, comprovada a boa-fé do administrado, em alguns casos, perceberemos que a Administração, embora aja no limite da legalidade, será obrigada, sob pena de propiciar prejuízo imensurável ao administrado, à convalidação dos atos, muitas vezes tidos por ilegais.

Apesar de estarmos demonstrando uma possibilidade de solução do conflito entre interesse público diante do prejuízo do administrado, sem a incidência da Supremacia Pública, através de norma positivada, percebemos

2 CARVALHO FILHO, 2006, p. 28.

ainda, e principalmente, que a decorrência normativa mencionada se fundou no princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, confirma-se que existe sim uma problematização ao se confrontarem dois princípios constitucionais, como o princípio da garantia judicial e o da Supremacia do interesse Público, e que este deve ser solucionado com a incidência de um terceiro princípio, qual seja, o da proporcionalidade.

Interessante frisar que cabe também à própria Administração Pública aplicar o dito princípio nos casos em que seja necessário. Sobre o tema, diz o já citado doutrinador José dos Santos:

> O princípio, que grassou no Direito Constitucional, hoje incide também no Direito Administrativo como forma de controle da Administração Pública. É necessário, contudo, advertir que, embora o aludido princípio possa servir como instrumento de controle da atividade administrativa, sua aplicação leva em conta, repita-se, o excesso de poder. Não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver á sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública. Em conseqüência, sua aplicação exige equilíbrio e comedimento por parte do julgador, que deverá considerar com acuidade todos os elementos da hipótese sob apreciação; se não o fizer, ele mesmo será o agente violador do princípio que pretende aplicar.[3]

Percebe-se, portanto, que a proporcionalidade deve ser observada como princípio, o que torna óbvio que, já que este é aplicável na Administração Pública, a obediência não incide somente quando existe uma norma que implicitamente o comenta, como o art. 54 da Lei 9.784/99, mas também quando haja necessidade concreta de se observar um conflito entre um direito do particular que agiu de boa-fé e a aplicação da legalidade estrita à Administração Pública em anular seus atos eivados de vício.

O que se tenta mostrar é que nem sempre a Administração Pública poderá anular seus atos, mesmo que viciados, de forma suprema, ou seja, atropelando os direitos dos particulares.

3 CARVALHO FILHO, 2006, p. 30.

Aclaremos a situação com um simples exemplo: A Administração Pública publica e homologa uma lista de aprovados em um concurso público. Estes assumem os respectivos cargos e, com o decurso do tempo, adquirem efetividade.

Ocorre que a administração pública percebe que, na lista, mesmo devidamente homologada, constara o nome de alguns candidatos que não atingiram a pontuação necessária. Frise-se que os funcionários, ao assumirem o cargo, estavam agindo de boa-fé.

Ante o acontecimento, a Administração, em cumprimento do princípio da legalidade, anula o ato viciado, destituindo aqueles indivíduos dos seus cargos.

Vejamos, portanto, que, no caso concreto, são os interesses individuais fundamentais daqueles que estão confrontando com o interesse administrativo, devendo, portanto, ser observado o princípio da proporcionalidade, para construir uma solução que não afronte os direitos fundamentais dos administrados, e que, ao mesmo tampo, não mitigue a Supremacia do interesse público.

5 CONCLUSÃO

O atendimento ao principio da legalidade deve ser observado não só nas relações jurídicas individuais como também, e talvez até com mais força, no campo da Administração Pública; pois, neste caso, o poder público está obrigado a fazer tudo o que a lei determina.

A força do princípio da legalidade, no âmbito administrativo, é indiscutível, pois sempre que possível aquele deve ser observado. O que se indaga é justamente quando esse princípio não deve ser atendido de forma plena, ou seja, quando não lhe é possível a incidência, se até mesmo nos casos de atos discricionários esse princípio é observado.

Apesar de interessante o questionamento, não é esta a principal dificuldade deste tema, mas sim, como resolver uma questão em que possa ser afastado o princípio da legalidade pela própria Administração Pública.

Vejamos que a incidência da legalidade, nos atos administrativos, deve sempre ser observada, desde que não implique total supressão dos direitos fundamentais do administrado, o que iria de encontro, justamente, à fundamentação de existência da Administração Pública.

Com isso, podemos dizer que, em alguns casos, existirá um confronto entre o interesse público e o direito fundamental do particular, mas não existe uma norma jurídica para cada caso concreto, especificando qual deverá prevalecer: o direito do particular ou o interesse da Administração.

É neste momento, então, que surge a necessidade de obedecer, em cada caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, convergindo, assim, para uma decisão que não retire o direito fundamental do particular, mas que, ao mesmo tempo, atenda ao interesse administrativo, minimizando os prejuízos causados pelo conflito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARINELA, Fernanda de Sousa Santos. **Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podium, 2005. v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.