

31. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: revisitando o instituto sob os influxos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo

Luciana Gaspar Melquiades Duarte
Icaro Cesar Moreira Motta

Palavras-chave: pós-positivismo, neoconstitucionalismo, regime jurídico publicístico, autotutela administrativa, inovação

A presente pesquisa teve por escopo a adequação epistemológica do conteúdo jurídico da autotutela administrativa aos influxos teóricos e normativos trazidos pelo Pós-positivismo jurídico e pelo Neoconstitucionalismo. A primeira corrente mencionada refletiu, no mundo do Direito, a perplexidade advinda dos horrores ocorridos sob a égide do Positivismo nos palcos nazifascistas. Face a um esquema formalista de identificação da juridicidade, vazio de conteúdo ético, foi de ensejo promover-se a reconciliação das fórmulas de estruturação jurídica com conteúdos mínimos de Moral, condensados nos valores da comunidade política. Ademais, a referida escola trouxe novas declinações para a teoria da norma e para a argumentação jurídica, aprimorando o espectro metodológico da Ciência do Direito. O Neoconstitucionalismo, de seu turno, trouxe à lume a plena normatividade do texto constitucional e, mais além, a sua aplicabilidade imediata nas situações da vida, passando a vigorar uma reserva vertical de constituição, em lugar da anterior reserva vertical de lei, que consubstanciava, até então, a organização teórica da submissão do Estado-administração ao Direito.

Tendo em consideração esses pressupostos teóricos e positivos, o caminho percorrido foi de, justamente, promover a releitura da construção discursiva da autotutela administrativa, sob essa ótica. Tal não se fez, porém, sem que antes houvesse um comprometido rastreamento do patrimônio de literatura jurídica incidente. Nesse sentido, foram identificadas, na definição da autotutela, uma corrente mais abrangente – (ENTERRIA, 2015); (SIERRA, 2006) –, uma intermédia (CRETELLA JÚNIOR, 1972) e uma mais restritiva – (ALEXANDRINO, 2006); (JUSTEN FILHO, 2012); (MELLO, 2009); (CARVALHO FILHO, 2013); (OLIVEIRA, 2015). A primeira consiste na tratativa da autotutela como uma marca posicional da administração em relação aos tribunais, fazendo parte de seu plexo todas as possibilidades de iniciativa do Estado-administração fora da tutela dos juízes, notadamente aquelas de caráter executivo, estando encartado nessa esfera o conteúdo também da chamada autoexecutoriedade; a segunda, de seu turno, limita a autotutela à possibilidade de anulação e revogação dos atos administrativos e à polícia administrativa sobre os bens públicos. Já a última, restringe propriamente o conteúdo da autotutela ao poder de revogação e anulação dos atos, sponte propria, pela Administração, sendo essa a que mais goza do apreço dos doutrinadores nacionais e a que se assumiu, no presente trabalho, para identificar o conteúdo tradicional da autotutela.

Feito esse mapeamento, constatou-se, já na perspectiva mais restritiva, a apresentação da autotutela pela dicção de uma faculdade em aberto confiada à Administração, inclusive com amparo em entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal. Verificou-se uma ausência de articulação metodológica de operação dessas faculdades, sem o conseqüente aporte de controle racional e discursivo desses movimentos.

Assim, de início, debruçou-se sobre a figura da autotutela na modalidade de revogação dos atos administrativos, tradicionalmente jungida a mero juízo de conveniência e oportunidade por parte do Estado-administração. Verificou-se a necessária incidência de um plano argumentativo para delinear essas variáveis de acordo com razões públicas claras, ainda que remanesça uma reserva de teor político marcadamente. Nesse sentir, com suporte apenas em Dworkin (2002), ter-se-ia pouco espaço de conformação política para decisões desse tipo, uma

vez que o autor prima pelo alcance de uma única resposta correta decorrente da articulação do discurso jurídico aos valores da comunidade política. Em Alexy (2008), no entanto, está disposta a construção teórica que ruma no sentido de um plano metodológico mínimo para a argumentação, garante da higidez do controle racional do discurso jurídico, mas ainda possibilitando a ocorrência de mais de uma resposta abalizada e verificada, velando por um espaço de conformação política remanescente.

Dessa sorte, propõe-se que a revogação dos atos administrativos tenha um conteúdo jurídico mínimo, ainda que se esteja a cuidar de atos discricionários, constante da necessidade de observância da segurança jurídica nesse tipo de juízo feito pela Administração. Ao lado disso, dada a reconstrução teórica da noção tradicional de interesse público, coincidente com o conteúdo dos direitos fundamentais promovidos em estado ótimo, haverá que se delinear uma trajetória discursiva clara e apta a demonstrar que esses são mais bem atendidos em concreto com a supressão do ato pela revogação, desde que, in casu, o gravame à segurança jurídica não se constitua em óbice propriamente ao veredicto revocatório.

No tocante à figura da anulação, logrou-se constatar ser tradicionalmente condicionada ao campo das nulidades do ato administrativo, construto sobejamente formalista, que leva em alta conta os aspectos de solenidade exigidos para que o ato seja expendido e, no aspecto de conteúdo propriamente, limita-se ao exame estático de adequação dos mesmos aos preceitos legais, faltando encarar a normatividade constitucional incidente, que traz para o próprio conteúdo de vinculação do ato a norma da segurança jurídica e da proteção à confiança que devem entrar como componentes do juízo de anulação.

Nesse ponto, percebeu-se a necessidade de romper, na abordagem do dever-poder de anulação dos atos pela Administração, com o estrito regime das nulidades, condicionando de forma estática, prévia e abstrata o juízo emitido pelo Estado-administração, bem como já os efeitos temporais decorrentes, e a decorrência ou não de indenização. Pela abordagem proposta, a incidência direta de normas constitucionais sobre o conteúdo dos atos, sem prejuízo da coincidência das normas legais, desde que observada a escoreta equação hierárquica, já impõe, como dito, que o conteúdo jurídico das normas da segurança jurídica e da proteção à confiança integrem efetivamente o discurso de análise do mérito de anulabilidade do ato e, a par disso, passa-se a requerer para a definição propriamente da anulabilidade, dos efeitos temporais e do dever de indenizar, a identificação dos bens jurídicos envolvidos e das normas que os protegem, estabelecendo-se, caso a caso, a proposição juridicamente acertada pelo calibre do ônus discursivo.

Em Oliveira (2015) resta bem consubstanciada a aplicação da chamada Teoria dos Atos Próprios ao Direito Administrativo, em que é vedada a adoção de medidas contraditórias pela Administração em ofensa à segurança jurídica, metodologicamente estruturada a análise segundo os caracteres complementares da ideia de expectativa legítima insuflada ao administrado, no escopo da proteção à confiança, cuja legitimidade será aferida precisamente pela boa-fé dos envolvidos. Uma vez expendido o ato, para que a Administração não incorra na fatalidade de contradição das próprias posturas jurídicas (*venire contra factum proprium*), é imperioso que sejam verificadas essas variáveis para a retirada do ato, mesmo eivado de vício de legalidade, vez que o conteúdo da segurança jurídica é, igualmente, integrante do dever de juridicidade da Administração.

Nessa esteira, do ponto de vista jurídico, o juízo de anulabilidade estruturar-se-á na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade, sendo alocada sob essa espécie normativa segundo construção mais recente. O produto final dessa ponderação oferecerá a solução em termos de manutenção ou supressão do ato, bem como dos efeitos temporais no caso da anulação, prescindindo de um esquema pré-fixado de nulidades, antes considerando as situações de fato diante das duas normas. Conforme se dê mais peso à segurança jurídica sobre a legalidade, ter-se-á em crescente nesse sentido, a possibilidade de

anulação do ato com efeitos retrospectivos – maior prevalência da legalidade; de anulação com efeitos prospectivos, quando a retroatividade mostrar-se inviável pela segurança jurídica ou quando houver efeitos concretos indefectíveis decorrentes do ato – situação intermédia - e de convalidação do ato, com ou sem saneamento – hipótese de mais peso conferido à segurança jurídica pelas exigências da situação concreta.

Ao cabo, logrou-se promover o enquadramento da possibilidade da revogação dos atos no escopo mais exíguo do dever de argumentação que restringe consideravelmente a margem de determinação política no emprego dessa faculdade, passando a ter um mínimo conteúdo regido pelo Direito e compreendido na escoreita articulação das razões públicas e no dever de observância da norma da segurança jurídica também nesse tipo de juízo supressivo dos atos administrativos, ainda que discricionários. No tocante à anulação, rompeu-se com o esquema rigidamente formal do regime de nulidades, primando-se por uma análise material, ponderando as normas da segurança jurídica, segundo as suas variáveis internas, e da legalidade, o que pode apontar diferentes soluções para casos similares, em comparado às soluções tradicionais oferecidas pelo previamente formatado juízo de anulabilidade.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo, Vicente. Direito Administrativo. 11^a ed. Editora ImpetusLtda: Rio de Janeiro, 2006

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução Zilda HutchinsonSchild Silva, 2^a ed., São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2008.

_____. ALEXY, Robert. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito.Org. .Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, AssizTuffiSaliba, Mônica Sette Lopes – 1^a ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Pp. 3 – 35.

BAPTISTA, Patrícia. Segurança jurídica e da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo.

BIAGI, Claudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO FILHO, José do Santos. Manual de Direito Administrativo. 24^a ed. rev. amp. e at. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 108, p. 47-63, out. 1972. ISSN 2238-5177. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36520/35299>>. Acesso em: 26 Abr. 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGA, Jesús Jordano. Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 1997. p 21 e ss.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição, ver. e at.

MELLO, Censo Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., rev. e at., Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro, Porto Alegre, Editora Edilson Pereira Nobre Júnior.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

ROBIN DE ANDRADE, José. A revogação dos actos administrativos. 2ª ed. Editora Coimbra editora. 1985.

SIERRA, Raúl Bocanegra. Lecciones sobre el acto administrativo. 3ª Ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006.