

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* em
Direito Administrativo

THIAGO ALVES DE FIGUEIREDO

**O Princípio Constitucional da Segurança
Jurídica e o Limite da Retroação dos
Efeitos da Declaração de
Inconstitucionalidade em Sede de Ação
Direta de Inconstitucionalidade**

**Brasília – DF
2012**

THIAGO ALVES DE FIGUEIREDO

O Princípio Constitucional da Segurança Jurídica e o Limite da Retroação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade

**Brasília – DF
2012**

THIAGO ALVES DE FIGUEIREDO

O Princípio Constitucional da Segurança Jurídica e o Limite da Retroação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Marilda da Silveira

**BRASÍLIA- DF
2012**

THIAGO ALVES DE FIGUEIREDO

O Princípio Constitucional da Segurança Jurídica e o Limite da Retroação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Marilda da Silveira

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a retroação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei em controle concentrado e suas implicações relativamente à anulação dos atos administrativos praticados. A abordagem proposta visa evidenciar a incoerência da fulminação indiscriminada dos atos administrativos praticados com fulcro em leis que venham a ser declaradas inconstitucionais pelo STF, levando em consideração o fator tempo, e à necessária segurança que o ordenamento jurídico deve assegurar ao administrado. Através de uma análise da doutrina constitucional e da jurisprudência pátria envida-se esforços hermenêuticos com o escopo de identificar situações em que a modulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade não é suficiente para garantir segurança jurídica aos administrados. Aponta-se, ao final, pela aplicação analógica do limite temporal de 5 anos, instituído na Lei nº 9.784-99, para que os atos administrativos que ampliem direitos sejam anulados, ainda que seja reconhecida a inconstitucionalidade da lei que os fundamenta, com esteio no princípio da segurança jurídica.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the feedback effects of the decision declaring the unconstitutionality of the law in concentrated control and its implications for the annulment of administrative acts charged. The proposed approach aims to highlight the inconsistency of indiscriminate fulmination of administrative acts committed with the fulcrum in laws that may be declared unconstitutional by the Supreme Court, taking into account the time factor, and the necessary security that the legal system must ensure the citizens. Through an analysis of constitutional doctrine and jurisprudence hermeneutic efforts has been taken, aiming to identify situations where modulation of the effects of the decision on constitutionality control is not enough to guarantee legal security to citizens. It is pointed out in the end, the analogous application of 5-year time limit established in Law n°9.784/99, for the administrative acts that expand rights to be canceled by the Administration, although it is recognized the unconstitutionality of the law that is based, with mainstay on the principle of legal certainty.

SUMÁRIO

	PÁGINA
1. INTRODUÇÃO.....	07
2. SEGURANÇA JURÍDICA.....	10
2.1. A segurança jurídica e o problema proposto.....	10
2.2. Proteção da confiança, boa-fé objetiva e expectativas legítimas.....	14
3. A DOGMÁTICA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	19
3.1. Nulidade X Anulabilidade.....	19
3.2. Os problemas da aplicação pura da teoria da nulidade da norma no controle de constitucionalidade.....	21
4. O ART. 54 DA LEI N°9.784/99 COMO SOLUÇÃO AO PROBLEMA PROPOSTO.....	27
4.1. A teoria da nulidade dos atos administrativos no direito brasileiro.....	27
4.2. O art. 54 da Lei n°9.784/99 como limite à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado.....	36
5. CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo estudar a relação entre o exercício constitucional do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e seus efeitos sobre os atos emanados da Administração Pública.

A lei enquanto vigora é substrato para o atuar da Administração, tendo em vista sua vinculação à legalidade estrita, sendo comum a produção de um grande número de atos administrativos, cujo fundamento de validade é extraído de leis que, por sua vez, posteriormente podem vir a ser declaradas inconstitucionais pelo STF.

Neste passo, a delimitação precisa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis constitui necessidade de primeira grandeza, tendo em vista que é exatamente pelos atos administrativos que a lei abstrata se faz sentir concretamente por toda a sociedade.

A certeza quanto ao alcance da declaração de inconstitucionalidade das leis sobre os atos da Administração se torna ainda mais premente, levando-se em conta o atual estágio do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que o princípio da segurança jurídica é, indubitavelmente, uma de suas vigas-mestras.

No decorrer do trabalho, se procederá à análise bibliográfica no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica e suas constantes releituras à luz da evolução dos paradigmas constitucionais, bem como do sistema de nulidades dos atos administrativos e da doutrina constitucional clássica, no intuito de identificar pontos

problemáticos relativamente à retroação ilimitada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis sobre os atos administrativos.

O presente trabalho, ainda, trará análise jurisprudencial da evolução da aplicação do princípio da segurança jurídica, com o escopo de identificar soluções já adotadas em hipóteses semelhantes ao problema proposto, para ao final, apontar possível solução hermenêutica que supra a aparente lacuna no ordenamento jurídico detectada.

2. SEGURANÇA JURÍDICA

2.1. A SEGURANÇA JURÍDICA E O PROBLEMA PROPOSTO

A segurança se apresenta como um dos sentimentos mais primários do homem, de tal forma que constitui elemento do bem comum, viabilizador da vida em sociedade. Assim, a necessidade de ordenar as relações interpessoais, pela criação de um sistema de regras sob as quais determinada sociedade irá se desenvolver, afastando-a do caos, tem como fim último propiciar segurança, surgindo a idéia de segurança jurídica. Nota-se, então, que um dos valores primordiais que informa o Direito é a segurança¹.

É bem verdade que a justiça também se apresenta como um valor a ser perseguido pelo Direito, havendo, nas palavras de RADBRUCH², *“...uma nítida tensão entre esses dois valores [segurança e justiça], porque a segurança exige a positividade e o direito positivo aspira impor-se com uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente da sua justiça”*.

Esta tensão existente entre a justiça e a previsibilidade que tem de ser assegurada pelo Direito dá a tônica das discussões na esfera jurídica. A ordem jurídica é conclamada a apresentar parâmetros que conciliem a segurança jurídica com a motricidade do desenvolvimento social, nunca perdendo de vista a justiça como norte.

¹SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica in Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPULVEDA PERTENCE. Coordenada por Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2009. p. 15.

² RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 201

Equacionando esta intrincada relação entre justiça e segurança no Direito RECASENS SICHES³ bem assevera que:

se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representem o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificado senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social.

Como se vê, a idéia de direito está finalística e intrinsecamente vinculada à idéia de segurança. É por propiciar segurança – estabilizando as relações sociais qualificadas como juridicamente relevantes – que o direito se faz imprescindível na vida do homem em sociedade.

O ordenamento jurídico comunica ao cidadão o valor da segurança na estabilidade das relações sociais, velando pela própria preservação do sistema. Assim, a segurança das relações sociais é um metavalor que toda ordem jurídica, em qualquer momento histórico, sempre teve por escopo atingir. O sistema jurídico busca comunicar certeza às relações jurídicas, postulado imprescindível à convivência social.

Nesse sentido são os ensinamentos de J. FLÓSCOLO DA NÓBREGA⁴, em sua clássica obra, valendo a citação do seguinte trecho:

A segurança significa, de uma parte, a estabilidade, a permanência das relações sociais e, de outra, a certeza, a garantia de que essas relações serão em qualquer caso mantidas, respeitadas por todos. A vida social não seria possível se as normas que a disciplinam pudessem ser alteradas a cada momento, ou não fossem observadas, acatadas por todos; se assim fosse, ninguém teria garantias, todos estariam desamparados, inseguros, sem a confiança de poder viver em paz e tranqüilidade. A segurança é, assim, praticamente, a base da Justiça. Um regime social em que haja segurança, em que haja ordem, estabilidade nessa ordem e certeza de que será respeitada e

³ SICHES, Luis Recasens. Vida Humana Sociedad y Derecho: Fundamentación de La Filosofía Del Derecho. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, Capítulo VI. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho--0/html/>> Acesso em 21 de agosto de 2011. Tradução livre.

⁴ NOBREGA, J. Flóscolo da. Introdução ao Direito, 6ª Edição rev. atual. São Paulo: Sugestões Literárias. *apud* "Antônio Souza Prudente in: Medida Provisória e Segurança Jurídica", Revista de Informação Legislativa, ano 35, 138, p.246 a 247.

mantida, será por isso só um regime justo. O fim do Direito é realizar esse regime, conseguir o máximo possível de segurança, eliminando o máximo possível de arbitrariedade, de anarquia, de incerteza e instabilidade.

Se é certo que a segurança é um valor fundante de todo ordenamento jurídico, é na relação da Administração Pública com seus súditos que se deve curar com mais cuidado de sua observância, na medida em que o sistema em si já garante um desequilíbrio relativamente a estes dois sujeitos, consubstanciado no grande número de prerrogativas do Poder Público.

A respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵ expressa o relevo do princípio da segurança jurídica, ao ensinar:

Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e a estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

A despeito do caráter estabilizador do direito, o sistema jurídico se apresenta como algo dinâmico, na medida em que suas normas são constantemente alteradas, seja pela constante atividade legislativa típica, pela edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, ou ainda pelo exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Esta dinamicidade do sistema jurídico é inevitável, uma vez que a sociedade está em constante evolução, devendo haver um compasso entre o grau de evolução apresentado pela sociedade e o sistema de normas que a rege.

Todavia, essa inevitável necessidade de mudança, acaba por gerar certo grau de instabilidade nas relações jurídicas travadas no seio da sociedade, sobretudo, naquelas estabelecidas entre o cidadão e o Poder Público. Novamente o próprio direito é conclamado a apresentar parâmetros e soluções, com o escopo de amenizar a

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 6ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores. 1995. p. 295

instabilidade surgida da inexorável e contínua evolução a que todo o sistema jurídico está sujeito, pela motricidade do desenvolvimento social.

Nessa perspectiva, o tempo é, senão o mais importante, um elemento de grande valia na estabilização das relações, encontrando na prescrição sua institucionalização como ferramenta jurídica apta a garantir um mínimo de segurança às relações travadas na sociedade, frente à instabilidade gerada pela constante mutação do sistema. Confira-se os ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁶ a respeito do tempo e seus efeitos no ordenamento jurídico:

Agora cuidamos dos efeitos do tempo nas relações jurídicas, sob tríplice ângulo de visão. De um lado, e seguido de outros fatores, é causa da aquisição de direitos, quando torna inatacável e inabalável a situação que o titular vem exercendo continuamente (prescrição aquisitiva). De outro lado, conduz à extinção da relação jurídica, que se não exercita por certo período, em razão da inércia do titular (prescrição extintiva). E finalmente, institui o requisito de validade de alguns direitos, que somente podem ser exercidos dentro em certo prazo, sob pena de perecerem (decadência ou caducidade).

Com efeito, o tempo, por excelência, se insere no direito como um fato jurídico apto a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Todavia, há que se vislumbrar mais uma função a esse importante fato jurídico, atrelado à segurança que o ordenamento jurídico deve atribuir às relações sociais, como sendo o de estabilizar determinadas situações jurídicas, ainda que o rigor doutrinário aponte para o desfazimento de tais situações.

Neste ponto, já se torna possível introduzir o problema que nos dedicamos a estudar no presente trabalho, qual seja, como conciliar a insegurança gerada pela declaração de inconstitucionalidade de leis que, apesar de ter vigorado por longo tempo e ter sido fundamento de validade de atos administrativos que repercutem na esfera jurídica de determinado grupo de cidadãos e o próprio princípio da segurança jurídica, numa perspectiva de proteção da confiança.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 433

O exercício da competência do STF por meio do controle concentrado de constitucionalidade de leis que integram o ordenamento jurídico brasileiro traz o problema dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, relativamente aos atos praticados pela Administração Pública, com base em leis inconstitucionais.

Dentro da teoria constitucional é clássica a idéia de que lei declarada inconstitucional é uma espécie de ente natimorto, conquanto não se reconheça a ela a produção de qualquer efeito jurídico.

Todavia, a lei enquanto vigora é substrato para o atuar da Administração, tendo em vista sua vinculação à legalidade estrita, sendo comum a produção de um grande número de atos administrativos, cujo fundamento de validade é extraído de leis que, posteriormente, podem vir a ser declaradas inconstitucionais pelo STF.

Instaura-se, destarte, uma discussão acerca da necessidade de se reconhecer segurança jurídica às relações da Administração com os administrados, em contraponto com a impossibilidade de se reconhecer efeitos à lei declarada inconstitucional, tendo em vista que os efeitos de tal declaração retroagem ao nascedouro da norma.

Modernamente, tem se desenvolvido na doutrina e na jurisprudência o princípio da segurança jurídica, sobretudo na relação entre o Estado e a sociedade, num viés de proteção da confiança do administrado, elemento de grande valia para a compreensão do problema apresentado.

2.2. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, BOA-FÉ OBJETIVA E EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

A confiança é de tal sorte essencial para o florescimento de determinada sociedade que ÉDERSON GARIN PORTO⁷, lembrando os ensinamentos de Nicklas Luhman, assenta que “[a confiança] desempenha um papel de tradutor da complexidade social, afastando certos receios e reduzindo o fator ‘tempo’ no desenvolvimento da sociedade, através da criação de uma atmosfera de confiabilidade, propícia para a evolução social.”

O princípio da proteção da confiança, bem como da boa-fé emanam do próprio princípio da segurança jurídica e se inserem num contexto de Estado de Direito, como bem observa ALMIRO DO COUTO E SILVA⁸, ao assentar que:

Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (checks and balances); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé e da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado quanto à sua correção e conformidade com as leis.

Com efeito, existe uma proximidade conceitual entre as expressões “segurança jurídica”, “proteção da confiança” e “boa-fé”, sem, contudo, que se confundam tais conteúdos⁹, valendo tecer uma breve diferenciação entre os dois últimos.

A boa-fé se desenvolveu no direito privado, tendo como origem a regra contida no § 242 do BGB - Bürgerliches Gesetzbuch, o Código Civil Alemão de 1900¹⁰, se

⁷ PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. Revista da AJURIS, n. 102, jun. 2006, p.130.

⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. Revista de Direito Público, n° 84, p. 46.

⁹ Cf. COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 237, jul./set. 2004, p. 276.

¹⁰ PORTO, Éderson Garin. *Op.Cit.*, p.131.

dividindo em boa-fé subjetiva que diz respeito ao campo das intenções qualificado pelo sentimento pessoal do sujeito de que sua conduta é conforme o direito, e em boa-fé objetiva, que exige um comportamento leal, que não agrida nem frustrar as expectativas legitimamente criadas¹¹. Nesta última acepção a boa-fé se aproxima sobremaneira do conteúdo do princípio da proteção da confiança, o qual visa, segundo RAFAEL MAFFINI¹², “(...) *ultima ratio*, a estabelecer um estado de tutela jurídica – direta ou indireta, positiva ou negativa – das expectativas legitimamente depositadas pelos administrados em relação às condutas, procedimentos, promessas, atos perpetrados pelo Estado em sua atividade administrativa.”

A diferença desses dois princípios, apesar de tênue, parece residir, nas palavras de RAFAEL MAFFINI¹³, citando Humberto Ávila, em que:

Sendo a boa-fé objetiva um princípio que almeja um estado de coisas qualificado pela busca a condutas leais e, em relações bilaterais, pela busca de comportamentos reciprocamente leais, tal imposição se apresenta nas relações de Direito Administrativo numa via de duas mãos, tanto impondo um comportamento franco da Administração Pública para com o administrado, como impondo a reciprocidade de tal dever de lealdade, ou seja, uma conduta reta do administrado em relação à Administração Pública.

A proteção da confiança, por seu turno, afigura-se uma feição mais ampla, deduzida, imediatamente, da imposição de segurança jurídica e, mediadamente, do Estado de Direito, que visa à obtenção de um estado de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais. Ocorre que nem sempre tal proteção estará diretamente condicionada à boa-fé do administrado. Não se trata, portanto, de uma relação necessária.

Nessa perspectiva, a confiança que o cidadão deve ter na legalidade da atuação estatal funda-se na própria idéia de a Administração Pública se submeter ao ordenamento jurídico, superando a anacrônica idéia de “irresponsabilidade dos governantes”, cunhada com as revoluções burguesas do final do século XVIII. Lembrese, ainda, que é princípio consagrado no art. 37 da Constituição da República

¹¹ MAFFINI, Rafael. Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2006. p. 57 e ss.

¹² Idem. p.59.

¹³ Idem. p.61.

Federativa do Brasil, de 1988, a moralidade, de sorte a afastar comportamentos levianos da Administração Pública. Nessa esteira de raciocínio, o cidadão pressupõe, em seu agir, a confiança de que a Administração irá atuar de acordo com a lei e a Constituição, que por sua vez, são os elementos ensejadores de toda a segurança do sistema.

Nessa perspectiva, a expectativa de que o enquadramento de situações de fato nos preceitos de determinada lei e em ato administrativo praticado com base nesta lei seja firme, é amparada pelo princípio da proteção da confiança. Segundo os ensinamentos de HUMBERTO ÁVILA¹⁴, citando Stefan Muckel, tais expectativas surgem de duas formas: em razão de ato jurídico de cunho geral, impessoal e abstrato, o que se dá quando o Poder Público edita atos normativos, como as leis e os regulamentos, ou em razão de ato jurídico de cunho individual, pessoal e concreto, o que se dá por meio de atos administrativos que instituem uma relação concreta de confiança entre administrado e Administração.

No primeiro caso, quando um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da proteção da confiança¹⁵.

Na segunda hipótese, tratando-se de ato administrativo que cria uma relação concreta e direta entre o administrado e a Administração, tem lugar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Nota-se, então, que a segurança jurídica plasma seus efeitos no caso concreto, ora pela aplicação do princípio da proteção da confiança, ora pelo da boa-fé objetiva,

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 08 de agosto de 2011.

¹⁵ MUCKEL, Stefan. Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauen bei Gesetzesänderungen. Berlin: Duncker und Humblot, 1989. p 59 e ss *apud* ÁVILA, Humberto. Op. cit.

havendo uma diferença no que diz respeito à dimensão normativa desses dois princípios, como bem observa ÉDERSON GARIN PORTO¹⁶:

A proteção da confiança possui dimensão normativa nitidamente principiológica, haja vista que remete para um estado de coisas idealizado pela Constituição Federal. Há um mandado de otimização, como diria Robert Alexy, ao intérprete solicitando-lhe promover ao máximo a confiança despertada pelo Estado no cidadão.

(...)

A boa-fé objetiva, por seu turno, goza de normatividade mais próxima às regras, onde não se admite meios termos, ou a boa-fé foi observada ou não foi. Não há como realizar a boa-fé em vários graus. Aproxima-se da teoria dworkiniana do All or nothing.

(...)

Diante dessas ponderações, pode-se extrair que a proteção da confiança difere da boa-fé quanto à dimensão normativa, importando, por decorrência lógica, em diferentes normas de utilização e aplicação. A proteção da confiança atua de forma melhor na tutela de situações abstratas e gerais, enquanto que a boa-fé amolda-se com maior precisão a situações concretas (...).

Como se viu, a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva no direito público está condicionada à existência de expectativas legítimas geradas pela Administração Pública frente ao cidadão. Nesse contexto, o tempo exerce função primordial na legitimação das expectativas geradas frente à atuação estatal, havendo, com efeito, uma relação entre o grau de legitimidade da expectativa e o período em que tal expectativa foi mantida pelo Estado. Esta foi inclusive a conclusão que chegou o já citado ÉDERSON GARIN PORTO¹⁷, analisando a jurisprudência do STF sobre o assunto, deixando assentado que:

Ao cotejar a plêiade de normas constitucionais a despertar expectativas no cidadão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível extrair a seguinte regra: configura-se uma expectativa legítima quando o particular encontra-se em determinada situação de fato tutelada pela ordem constitucional com anuência do Estado por considerável período de tempo.

A expectativa será tanto mais legítima, quanto maior o transcurso do tempo.

¹⁶ PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. Revista da AJURIS, n. 102, jun. 2006, p.137-138.

¹⁷ Idem, ibidem, p.136.

Cotejando a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva às expectativas legítimas com o problema da fulminação total dos atos administrativos, praticados com base em leis inconstitucionais, passamos a analisar os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade realizada pelo STF, tendo como parâmetro, sobretudo o tempo de vigência da lei.

3. A DOGMÁTICA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.1. NULIDADE X ANULABILIDADE

Uma vez traçados os contornos do princípio da segurança jurídica, torna-se premente proceder uma análise da matriz constitucional brasileira, particularmente no que toca os efeitos reconhecidos à decisão que declara inconstitucional uma norma dentro do ordenamento jurídico. Isso na medida em que é exatamente a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma incondicional que parece desconsiderar valores trazidos na Constituição, nomeadamente o da segurança jurídica.

Objetiva-se, destarte, estudar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma sob o prisma da doutrina constitucional clássica, num esforço de identificar os problemas surgidos de seu cotejo com o princípio da segurança jurídica, para então vislumbrar possibilidades de argumentação jurídica que conciliem o arcabouço jus-filosófico impregnado no sistema constitucional brasileiro, consubstanciado na teoria da nulidade, com o princípio da segurança jurídica.

Relativamente aos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade pode-se dizer que existem dois grandes sistemas – o norte-americano, calcado na teoria da nulidade e o sistema austríaco, que contempla a teoria da anulabilidade.

A teoria da nulidade, em seu postulado mais geral, reconhece que a decisão das cortes encarregadas de fazer o controle de constitucionalidade das normas tem

eficácia declaratória, baseando-se no pressuposto de que uma norma já nasce inconstitucional, não produzindo qualquer efeito sobre o ordenamento jurídico.

A doutrina constitucional brasileira adotou, de forma majoritária, o sistema norte-americano, tendo vasta aplicação na experiência constitucional pátria a teoria da nulidade da norma, valendo a citação do renomado constitucionalista PEDRO LENZA¹⁸, que assim ensina:

Trata-se [a decisão em ação direta de inconstitucionalidade], nesse sentido, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o 'vício congênito', de 'nascimento' do ato normativo.

A idéia de a lei ter 'nascido morta' (natimorta). Já que existe enquanto ato estatal, mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de bloco de constitucionalidade (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade.

Assim, o ato legislativo, por regra, uma vez declarado inconstitucional, deve ser declarado, nos termos da doutrina brasileira majoritária, como '... nulo, írrito e, portanto, desprovido de força vinculativa'.

O STF já se posicionou de acordo com a aplicação da teoria da nulidade relativamente a seus julgados em ADI em inúmeras oportunidades, valendo trazer à colação o seguinte trecho do que foi afirmado em questão de ordem levantada no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade¹⁹ do Estado do Maranhão, *in verbis*:

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva. 2008, p. 118.

¹⁹ STF - Pleno, Ac. un. ADIn 652-5-MA - Questão de Ordem - Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 02.04.93, p. 5.615.

Em contraponto à idéia central trazida pela teoria da nulidade, dentro da teoria da anulabilidade da norma constitucional, defendida por KELSEN²⁰, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, não havendo, portanto, retroação dos efeitos de tal decisão, como regra. A norma cessa a produção de efeitos no mundo jurídico a partir da decisão de inconstitucionalidade, apesar de se reconhecer, em alguns ordenamentos que adotam este sistema, a possibilidade de se fazer retroagir os efeitos de tal declaração de inconstitucionalidade em determinadas situações.

Nota-se que a idéia de lei inconstitucional em KELSEN²¹ difere daquela adotada no sistema norte-americano, na medida em que a afirmação da inconstitucionalidade de uma lei, dentro de sua linha de raciocínio, significa que a lei será revogada pela própria Constituição, havendo de ser considerada válida enquanto tal não ocorrer, valendo a citação de passagem de sua célebre obra, a saber:

Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Como visto, o Brasil adotou a teoria da nulidade da norma, sendo que a regra na experiência constitucional brasileira é o reconhecimento de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, forte no pressuposto de que uma norma nasce inconstitucional, cabendo ao Judiciário tão-somente declarar a mácula.

3.2. OS PROBLEMAS DA APLICAÇÃO PURA DA TEORIA DA NULIDADE DA NORMA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, tradução João Baptista Machado. 7ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 306-308.

²¹ Idem, ibidem, p. 300.

A teoria da nulidade no controle de constitucionalidade traz um grande problema relativamente aos atos administrativos praticados com base em leis que, por terem sido declaradas inconstitucionais, nunca produziram qualquer efeito no ordenamento jurídico. A aplicação pura e simples dessa teoria nessa seara levaria ao reconhecimento da nulidade de todos os atos administrativos praticados com base na lei declarada inconstitucional, o que traria imensa instabilidade social.

Lembre-se que, apesar de haver atos administrativos que tem seus efeitos prolongados no tempo, cujo reconhecimento da nulidade da lei subjacente pode afetar, há também aqueles que se exaurem com sua edição, produzindo seus efeitos de forma irreversível no ordenamento jurídico. Relativamente a estes últimos, não há como sustentar que a lei declarada inconstitucional não tenha produzido efeitos, de modo que urge reconhecer certo distanciamento da realidade no que concerne a idéia central da teoria da nulidade.

A teoria da nulidade, adotada largamente no Brasil, parece não permitir a sobrevida de efeitos aos atos administrativos praticados com base na lei que foi declarada inconstitucional, isso na medida em que tais atos administrativos restariam desconectados de seu fundamento de validade, falecendo-lhes a estrita e imediata vinculação à lei, imperiosa no regime administrativo, que tem como um dos princípios basilares justamente o da legalidade estrita. Todavia, tal rigorismo traz grande problema de ordem social, prejudicando a aplicação do princípio da segurança jurídica.

Nesta esteira de raciocínio, fulminar todos os atos praticados no período em que a lei esteve em vigor acarretaria em grande instabilidade nas relações da Administração Pública com a sociedade, o que é de todo indesejável, sobretudo se se considerar o vasto interregno temporal necessário para que as leis, que carregam a pecha da inconstitucionalidade, sejam efetivamente declaradas inconstitucionais,

levando em conta inclusive o fato de que muitas das vezes levam anos para serem até mesmo contestadas perante o STF.

É verdade que a doutrina brasileira e o próprio STF, seguindo tal tendência, vislumbravam a necessidade de mitigar a rigidez dogmática da teoria da nulidade, para reconhecer hipóteses em que seria necessária a fixação de um marco, que não a edição da norma declarada inconstitucional, para que a decisão de inconstitucionalidade começasse a produzir seus efeitos. Surge, então, a idéia de modulação dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade, também sendo conhecida como técnica da decisão de calibragem.

Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES²² já afirmava em sua notável obra, cuja primeira edição foi publicada em 1998, que em algumas hipóteses, seria necessário admitir a aplicação provisória da lei que teve sua inconstitucionalidade declarada, tendo em vista, sobretudo, o princípio da segurança jurídica. Eis as palavras do constitucionalista, invocando o direito alemão:

O Bundesverfassungsgericht reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.

No campo jurisprudencial, alertando para o problema da aplicação irrestrita da teoria da nulidade no controle de constitucionalidade, o então Ministro do STF, SEPÚLVEDA PERTENCE²³, em acórdão de sua relatoria, assim preconizava:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia ex tunc; ou

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 56

²³ RE 147.776, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU. 19.06.1998

ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição. Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica (sic) que a viabilizem.

Posteriormente, a própria legislação brasileira veio reconhecer tal possibilidade, quando, ao tratar do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, na Lei 9.868/99²⁴, estatuiu, em seu art. 27, o seguinte:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A partir de então, o direito brasileiro, reconhecendo o problema da aplicação da teoria da nulidade em sua inteireza ao controle de constitucionalidade, introduziu elemento mitigador, como forma de atenuar os efeitos indesejáveis do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma do ordenamento jurídico, sobretudo relativamente aos atos praticados pelo Poder Público.

É de se sublinhar, entretanto, que o problema da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei não restou sepultado por obra da atenuante legislativa acima citada – possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade – persistindo situações individuais em que o simples reconhecimento da produção de efeitos por uma norma declarada inconstitucional por determinado período parece não ser suficiente para trazer essas situações para o campo da juridicidade.

²⁴ BRASIL. Lei nº9.784, de 29 de janeiro de 1999.

A seguinte questão se coloca: ainda que não haja relevante motivo para modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, é razoável considerar fulminados todos os atos administrativos editados com base em lei declarada inconstitucional, independente do tempo que haja decorrido desde sua edição?

Vale lembrar, neste ponto, que a possibilidade legal de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, criada pelo art. 27, da Lei 9.868/99, exige um consenso de pelo menos dois terços dos ministros do STF, além da existência de excepcional interesse público em torno da questão. Constata-se, então, que a modulação legal visa arrefecer os efeitos da decisão de inconstitucionalidade apenas naqueles casos de maior repercussão no seio da sociedade, em que se vislumbre o dito “excepcional interesse público”, expressão cunhada com grande fluidez, diga-se de passagem.

Contudo, a declaração de inconstitucionalidade de leis, cujo alcance não atinja um calibre tal que mereça o reconhecimento do excepcional interesse público preconizado na lei, pode acabar desconstituindo situações individuais que, considerando a segurança jurídica e a estabilidade que um estado de direito deve assegurar às relações, deveria já haver se imunizado juridicamente de revezes.

Toma-se como exemplo a seguinte situação hipotética. Um servidor tem a aposentadoria reconhecida por ato da Administração, baseado em uma lei qualquer que lhe reconheça a possibilidade de aposentação com um decréscimo do tempo mínimo geral, em decorrência de uma característica própria da função que exercia. Esta mesma lei vem a ter sua constitucionalidade contestada perante o STF 10 (dez) anos após a perfectibilização do ato de aposentadoria, sendo declarada inconstitucional 15 (quinze) anos após este marco. Sublinha-se que o âmbito de aplicação da norma é restrito, de forma que dificilmente se reconheceria a existência do requisito do excepcional interesse público para efeitos de lograr uma calibragem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A aposentadoria do servidor em questão seria revista, considerando a aplicação da teoria da nulidade e o fato de não ter havido modulação

dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a norma que serviu de fundamento de validade para o ato de sua aposentação.

Haveria coerência nessa situação com a idéia de juridicidade, no sentido de conformidade com o ordenamento jurídico, sistematicamente considerado?

A resposta há de ser negativa, a menos que se menospreze a necessidade de se garantir materialmente o postulado da segurança jurídica.

Cabe trazer à colação a advertência feita por JUAREZ FREITAS²⁵ quanto a complexidade do fenômeno jurídico, em suas brilhantes palavras:

Pensar o Direito como um conjunto de normas é subestimar a complexidade do fenômeno jurídico, pois, mesmo diante das mais rígidas disposições, a interpretação haverá de ser vista em novos e profícuos termos, assumida a dimensão hierarquizadora e finalística. Aqui se vê, com nitidez, a relevância de formular o conceito de sistema jurídico, tanto em significado como em extensão, dado que seu conteúdo, por força da natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente positivado.

Desta feita, a leitura demandada pelo texto constitucional nunca deve ser estanque, levando-se em consideração suas disposições como valores absolutos, haja vista a existência, mesmo dentro da estrutura normativa constitucional, de interesses que podem se chocar. O que se observa é o permanente embate entre vários interesses alçados ao *status* de bens jurídicos merecedores da proteção constitucional, frente à necessidade de suplantar uma gama enorme de demandas apresentadas pela sociedade, que se torna cada vez mais complexa.

O vão legislativo em que caem situações como a exemplificada, aliado a uma gritante inadequação da teoria da nulidade aplicada sem temperamentos na seara do controle de constitucionalidade, evidencia a necessidade de se construir uma argumentação que traga à discussão o princípio da segurança jurídica.

²⁵ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 19.

Uma saída que tem sido apontada diz respeito à aplicação do art. 54, da Lei 9.784/99, como forma de justificar a permanência de atos administrativos praticados com base em leis declaradas inconstitucionais. Passamos, então, a analisar os aspectos jurídicos dessa solução.

4. O ART. 54 DA LEI 9.784/99 COMO SOLUÇÃO AO PROBLEMA PROPOSTO

4.1. A TEORIA DA NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente, cabe tecer algumas considerações a respeito da teoria da nulidade dos atos administrativos na experiência jurídica brasileira, tendo em vista que a solução apontada neste capítulo guarda grande pertinência com o tema.

Há no Brasil, assim como na França²⁶, matriz de nosso direito administrativo, uma escassez de disposições jurídicas relativamente às nulidades dos atos administrativos, restando relegada à jurisprudência a construção de um sistema de nulidades nesta seara. Essa construção jurisprudencial teve início com o julgamento no STF da Ap. 7.704²⁷, ocorrido em janeiro de 1943, cuja tese cristalizou-se com a edição da Súmula 473 deste tribunal, restando assentada nos seguintes termos:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Muito embora o verbete acima transcrito date de 1969, constata-se que até hoje o regime de nulidades do ato administrativo na experiência jurisprudencial brasileira se

²⁶ HORBACH, Carlos Bastide. Teoria das nulidades do ato administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 213.

²⁷ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.

assenta nestas disposições. Note-se que, o reconhecimento da possibilidade de a Administração Pública rever seus próprios atos, nos termos do enunciado acima transcrito, gerou questionamentos quanto aos limites temporais para que houvesse a anulação ex officio dos atos, uma vez que nenhum marco foi fixado. Surge aí o problema da segurança jurídica, muito semelhante ao que se enfrenta relativamente à diretriz da teoria da nulidade do direito constitucional, de que tratamos no Capítulo 2, tendo em vista que a sociedade ficaria desamparada, ao alvedrio da Administração por tempo indeterminado.

No campo da anulação dos atos administrativos pela própria Administração, muito embora a Súmula 473 do STF não tenha estabelecido um limite temporal ao poder de revisão, procurou-se, de início, aplicar o art. 1º do Decreto 20.910/32²⁸, que tratava da prescrição administrativa, lançando mão de interpretação analógica, na medida em que o texto legal tratava do tempo prescricional relativamente a “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual e municipal”. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

É de se notar que o referido dispositivo tratava da prescrição das ações contra o poder Público, não guardando, em princípio, pertinência direta com a questão do poder/dever da Administração em revogar/anular seus próprios atos. Todavia, à míngua de regramento específico relativamente à matéria, procurou-se aplicar analogicamente o dispositivo no intuito de garantir o respeito ao postulado da segurança jurídica. Sublinhe-se que a ausência de norma específica não impossibilitou o princípio constitucional da segurança jurídica de exercer seus influxos no poder de autotutela da Administração e nem poderia deixar de fazê-lo, considerando a idéia de completude²⁹

²⁸ BRASIL, Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

²⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994.

do sistema jurídico, tão cara ao momento constitucional que vivemos, consubstanciado nos ideais neoconstitucionalistas.

Nunca é demais lembrar que o neoconstitucionalismo surgiu como força oposta ao velho constitucionalismo europeu, após a Segunda Grande Guerra, justamente para combater o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações de direitos fundamentais, que se tornava profícuo num ambiente de extremo fetichismo à lei. Este novo movimento constitucional veio propagar a primazia dos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, enaltecendo a chamada força normativa da constituição, expressão cunhada por HESSE, justamente para se referir a um sistema de disposições efetivamente vinculantes.

Saliente-se que a interpretação exerce papel decisivo na concretização dos ideais do neoconstitucionalismo, permitindo que a força normativa da constituição se desenvolva satisfatoriamente, valendo a citação de trecho da obra do precitado constitucionalista alemão³⁰, a saber:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

³⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22 e 23;

Outro não é o entendimento adotado pelo STF, relativamente ao viés concretizador dos princípios constitucionais, valendo a citação de trecho do voto do Min. Celso de Mello em recente julgado³¹, *in verbis*:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

Dentro dessa perspectiva moderna do direito constitucional, fica claro que o princípio da segurança jurídica há de ser garantido efetivamente, sendo este um importante vetor que aponta para a necessidade de se aplicar o art. 54, da Lei n° 9.784/99 ao problema proposto, à míngua de disposições legislativas que garantam a estabilização das relações pelo transcurso do tempo perante o Poder Público, em hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis que fundamentem atos administrativos dos quais defluam direitos para os administrados.

Mais uma vez, trazemos à colação os ensinamentos de ALMIRO DO COUTO E SILVA³², relativamente a necessidade de se garantir o primado da segurança jurídica, evitando revezes em matéria de anulação de atos administrativos, que assim assevera:

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica da expressão alemã do início do século [século XX] de que, embora inexistente, na órbita da Administração pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e confiança (Treue und Glauben) dos administrados.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 477.554/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe 25.08.2011.

³² SILVA. Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade de administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, Revista da Procuradoria-Geral do estado do Rio Grande do Sul, porto Alegre: Instituto de informática jurídica do estado do Rio Grande do Sul, v. 18, n. 46, 1988, p. 11-29.

(...)

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (Verfassungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des bundesverwaltungsgerichts, Tübingen, 1966, 3. Auflage, vol I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.)

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia ex tunc é sempre inaceitável e o com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de justiça material.

A importância do princípio da segurança jurídica também é enaltecida pelo professor GILMAR FERREIRA MENDES³³, em seu notável Curso de Direito Constitucional, valendo-se dos ensinamentos de Miguel Reale ao asseverar que:

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale³⁴ sobre a revisão de atos administrativos:

“Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, - mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. Ed. Ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488/489.

³⁴ REALE, Miguel *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. Ed. Ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488/489.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerada requisito implícito no princípio do *due process of law*. (...)"

Nota-se, por todo o exposto, que o princípio da segurança jurídica é pedra fundamental do Estado de Direito, de sorte que a necessidade de assegurá-lo é motivo bastante a justificar a adoção de interpretação analógica dentro do ordenamento jurídico para afastar situações que, à míngua de disposições legais específicas, permanecem em um estado de completa insegurança.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de assegurar a realização do princípio da segurança jurídica em julgamento emblemático, considerando que a Administração não mais poderia rever, com fundamento na ilegalidade da admissão, a contratação de empregados da Infraero ocorrida em 1991 e 1992, tendo em vista o tempo decorrido (mais de 10 anos). Vejamos a ementa de tal julgado³⁵:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.357/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 05.11.2004.

Note-se que o problema enfrentado no Mandado de Segurança acima citado é exatamente o mesmo que se enfrenta relativamente à fulminação de todos os atos administrativos pela declaração de inconstitucionalidade de leis que lhe serviam de fundamento de validade, passado extensos períodos de tempo. O STF acabou adotando interpretação analógica do art. 54 da Lei 9.784/99 para impedir que a Administração reconhecesse a nulidade da contratação, originalmente ilegal. Aqui também se trata de atos administrativos que se tornaram ilegais, pela declaração de inconstitucionalidade da lei que lhe embasava, devendo-se adotar a mesma solução, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Como forma de validar tal afirmação, vale trazeremos trecho do voto do relator³⁶ no julgado acima referido, por ser de extrema relevância a argumentação quanto ao princípio da segurança jurídica, nos seguintes termos:

Na hipótese, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica.

(...)

Depois de incursionar pelo direito alemão, refere-se o mestre gaúcho ao direito francês, rememorando o clássico “affaire Dame Cachet”:

Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso affaire Dame Cachet, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos affaires Vallois e Gros de Beler, ambos também de 1923 e pelo affaire Dame Inglis, de 1935, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

HAURIOU, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: ‘Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.357/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 05.11.2004.

deixaria a Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo'. E conclui: "Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.' (La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, vol. II, p. 105/106.)" (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, nº 46, p. 11-29, 1988).

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo: em capítulo que tem por título "Nulidade e Temporalidade". Depois de salientar que "o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis à situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia", diz ele que "é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)". (op. cit., p. 82). (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do instituto de informática jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, nº 46, p. 11-29, 1988).

(...)

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los. (...)

Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

O problema aqui e lá, todavia, difere em um ponto. Relativamente ao poder/dever da Administração de rever seus atos, quando ilegais, há um limite temporal fixado pela disposição do art. 54 da Lei 9.784/99. Já no que toca o problema da retroação indiscriminada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado não existe qualquer disposição legal que a limite, afora a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, que, por sua vez, como demonstrado, não é

suficiente para garantir a necessária segurança jurídica em muitos casos. Confira-se a redação do precitado dispositivo legal³⁷:

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.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Vale sublinhar que a limitação temporal imposta pelo dispositivo legal acima transcrito à Administração em relação ao poder/dever de anular seus atos – autotutela – diz respeito exclusivamente àqueles atos ampliativos de direito e que não estejam impregnados de má-fé. Tal opção legislativa mereceu aplausos de Weida Zancaner³⁸, valendo transcrever algumas observações constantes de sua obra intitulada “Da Convalidação e da invalidação dos Atos Administrativos”, que definem os limites de aplicação do instituto trazido no art. 54 da Lei 9.784/99, a saber:

Agiu bem a Lei 9.784 ao estabelecer distinção – embora implícita – entre os atos ampliativos e restritivos de direitos.

Essa distinção é primordial para o estudo das invalidades, pois diferentes são as conseqüências jurídicas imputadas por nosso sistema jurídico aos atos restritivos de direitos e aos atos ampliativos de direitos.

Os atos restritivos de direitos são sempre passíveis de invalidação pela Administração, ao menos em relação àqueles que tiveram suas esferas jurídicas restringidas ou aviltadas pelo ato inválido. Claro está que, se o ato ilegal gerou direitos à terceiros de boa-fé, impor-se-á o acatamento da regra prescrita no art. 54 da lei mencionada.

(...)

Nos atos restritivos de direito pouco importa se decaiu, para o administrado, o direito de impugnar. O que nestas situações se impõe, pois outro princípio não pode sombreá-lo, é o princípio da estrita legalidade para a Administração, e que adquire consistência máxima ao reverberar o princípio da confiança que o administrado tem que ter na supremacia da ordem jurídica – o que implica dizer que a Administração Pública tem o dever jurídico de invalidar ato restritivo de

³⁷ BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

³⁸ ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 78.

direito por ela editado ao arripio da ordem jurídica e que restringe um direito do administrado assegurado legal ou constitucionalmente.

Importante frisar que o âmbito de aplicação do art. 54 da lei 9.784/99 não abrange todo e qualquer ato administrativo, de modo que o limite temporal de cinco anos para revogar/anular o ato refere-se tão-somente àqueles dos quais decorram efeitos favoráveis para seus respectivos destinatários, ou seja, que ampliem direitos, e que não tenham sido praticados em decorrência de um estado de má-fé. Vale aqui o alerta de que uma possível interpretação analógica para limitar a fulminação de atos administrativos, pela declaração de inconstitucionalidade da norma subjacente, há de respeitar estes exatos termos.

Como se viu, o problema da segurança jurídica no que toca o poder de autotutela da Administração foi equacionado lançando-se mão de interpretação analógica na definição de um marco temporal para que a prerrogativa fosse exercida, até a sobrevinda do art. 54 da lei 9.784/99. A questão que se coloca é: poderia haver uma interpretação analógica de tal dispositivo, como forma de limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado?

4.2. O ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99 COMO LIMITE À RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE CONCENTRADO

Como vimos no capítulo anterior, a doutrina constitucional clássica brasileira adota a teoria da nulidade no que tange os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis. Esta opção implica, a rigor, no reconhecimento da nulidade de todos os atos administrativos praticados com base em leis declaradas inconstitucionais em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a fulminação de todos os atos administrativos praticados com base em lei declarada inconstitucional, de forma peremptória e indiscriminada, acaba por criar um enorme grau de instabilidade nas relações travadas entre a sociedade e a Administração Pública, de sorte que o valor constitucional da segurança jurídica resta prejudicado.

O problema acima referido torna-se claro na seguinte situação hipotética. Um servidor tem a aposentadoria reconhecida por ato da Administração, baseado em uma lei qualquer que lhe reconheça a possibilidade de aposentação com um decréscimo do tempo mínimo geral, em decorrência de uma característica própria da função que exercia. Esta mesma lei vem a ter sua constitucionalidade contestada perante o STF 10 (dez) anos após a perfectibilização do ato de aposentadoria, sendo declarada inconstitucional 15 (quinze) anos após este marco. Sublinha-se que o âmbito de aplicação da norma é restrito, de forma que dificilmente se reconheceria a existência do requisito do excepcional interesse público para efeitos de lograr uma calibragem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A aposentadoria do servidor em questão seria revista, considerando a aplicação da teoria da nulidade e o fato de não ter havido modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a norma que serviu de fundamento de validade para o ato de sua aposentação.

No exemplo acima torna-se óbvia a falta de coerência com a idéia de juridicidade, no sentido de conformidade com o ordenamento jurídico, sistematicamente considerado, justamente por restar veementemente alijado da equação jurídica o valor da segurança jurídica, atentando, via de conseqüência, contra a própria dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se ainda, que a preocupação com a segurança jurídica nestes casos sempre existiu, seja na Jurisprudência do STF, seja na doutrina, o que levou o próprio Poder Legislativo brasileiro a inserir na Lei nº 9.868/99 dispositivo que

permitisse a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para que se restringisse sua retroação.

Todavia, o descompasso entre o purismo da teoria da nulidade nesta seara e o princípio da segurança jurídica não restou sepultado, persistindo situações em que a modulação dos efeitos não é suficiente para garantir a segurança que um estado democrático de direito deve assegurar aos cidadãos, especialmente no trato com o Poder Público.

Neste ponto, é de extrema valia recordar alguns dogmas da hermenêutica constitucional, num esforço para construir um vetor interpretativo que contemple os valores constitucionais, de forma a vislumbrar a melhor solução no caso concreto.

Nesta esteira de raciocínio, é de palmar importância que se compreenda que o estabelecimento de uma ordem constitucional representa a manifestação do poder originário, que, pela promulgação de uma carta de princípios, resolve por bem delinear, sobretudo, os objetivos a serem seguidos pela sociedade através do Poder Estatal. Normas programáticas e que prevêem garantias para os súditos ditam o teor das disposições que devam constar em um diploma constitucional. A redução dos interesses perseguidos pela sociedade à normatividade de uma carta política, no entanto, nunca pode ser encarada como simples criação de um diploma compartimentado de disposições. Deve ser vista como a instauração de uma realidade básica e completa, apta a ditar as regras do jogo social, dentro dos limites originariamente estatuídos. Como já salientado, citando-se os ensinamentos de JUAREZ FREITAS³⁹, o fenômeno jurídico não deve ser ele mesmo pensado apenas como um conjunto de normas, mas sempre visto como um sistema dinâmico de regras de diferentes densidades normativas que se completam. Por este motivo é que sempre há de se fazer uma leitura sistemática da Constituição, evitando-se o olhar compartimentado, quando se depara com aparente embate entre valores constantes do ordenamento.

³⁹ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 19

É justamente no choque entre os interesses sociais que a aplicação dos princípios constitucionais, que gravitam o ordenamento jurídico, se impõe, como meio de solução das antinomias porventura surgidas. Esses princípios devem servir como elementos de valoração e sopesamento⁴⁰ na aplicação das disposições constitucionais, legais e até mesmo infralegais, uma vez que se depare com situações de aparente contradição, levando-se em conta a letra fria das disposições da norma. Em relação aos princípios gerais do direito, o filósofo do Direito MIGUEL REALE⁴¹, conclui que:

Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo de saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se uma ciência de seus princípios e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes.

Dentro deste panorama surge a necessidade de se criar construções jurídicas que conciliem os dois valores em confronto, despontando como uma solução possível a aplicação do art. 54, da Lei nº 9.784/99, como limite à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o escopo de preservar atos administrativos praticados com base na lei inquinada de inconstitucionalidade, garantindo-se segurança às relações jurídicas travadas com a Administração.

O raciocínio que se faz é o de que passado o lapso temporal de cinco anos em que se admite que a Administração reveja seus atos, nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade superveniente de uma norma teria o condão de desconstituir tal ato.

Com efeito, trata-se de aplicação de instituto que homenageia a segurança jurídica. Entretanto, sua aplicação no caso não pode se dar de maneira mansa, desprovida de problemas, sobretudo, se contraposta à dogmática da teoria da nulidade.

⁴⁰ à respeito conferir ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais, balanceamento e racionalidade. In: Ratio juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131 a 140.

⁴¹ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1975. v.1, p.56.

Um argumento que vem sendo levantado como forma de atenuar o problema da convivência dos efeitos de atos administrativos, cuja lei que fundamentou tenha sido declarada inconstitucional, com o preceito central da teoria da nulidade da norma, diz respeito à própria criação da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, já tratada no subitem 2.2. Nesse sentido são as palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁴², que, analisando o art. 27 da Lei 9.868/99, salientou:

Deste texto [art. 27 da Lei 9.868/99] devem-se destacar alguns pontos de grande alcance.

O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito.

É contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos “a partir do... trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

(...)

O segundo, patente, registra que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos.

Segundo o entendimento externado, teria havido, por força da lei, uma mudança na natureza da decisão que considera uma lei inconstitucional no controle concentrado, de modo que também seus efeitos seriam diversos. Desta feita, a possibilidade de considerar válidos os efeitos de um ato, ainda que temporariamente, frente ao reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que lhe deu fundamento, acabaria por desnaturar o caráter declaratório da decisão. Tratar-se-ia, na verdade, de decisão que desconstitui os efeitos do ato.

Assumindo-se tal posição, torna-se menos tormentosa a aplicação analógica do limite previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 à retroação dos efeitos da decisão de

⁴² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n° 9.869, de 10 de novembro e n° 9.982/82, de 3 de dezembro de 1999). Revista de Direito Administrativo, n° 220, a bril/junho 2000. 1-17.

inconstitucionalidade, uma vez que não seria de sua própria essência a produção de efeitos *ex tunc*.

Por outro lado, a dificuldade em se admitir a permanência de efeitos de um ato administrativo nulo, por lhe faltar o fundamento legal, o que se dá nos casos em que a lei em que se baseou vem a ser declarada inconstitucional, parece se originar da idéia de nulidade própria do direito civil. A idéia de que atos nulos de pleno direito são insanáveis, com efeito, é muito cara às nulidades no campo do direito privado, no entanto, no campo do direito público o fenômeno da nulidade parece ser mais complexo, tendo em vista princípios próprios do regime jurídico administrativo. Neste sentido são os ensinamentos de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS⁴³:

(...) se, no campo do direito privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera do direito público a questão segue com menor rigorismo formal, em face da proeminência do interesse público.

(...)

Assim, focaremos a estabilidade das relações do direito público, mesmo que o ato administrativo tenha nascido de maneira irregular, que se convalida no transcurso do tempo, sempre com o intuito de preservar o interesse público e a segurança nas relações dos administrados com a administração pública.

Isto porque a desconstituição dos efeitos de atos administrativos já realizados há vários anos (mais de cinco), iria ferir a razoabilidade que cristalizou a realização dos atos.

Os argumentos acima transcritos constituem o pressuposto de validade da chamada teoria do fato consumado, utilizada justamente como forma de conferir segurança jurídica aos administrados no trato com a Administração, reconhecendo como imunizados de revezes os atos administrativos que permaneceram produzindo efeitos por períodos longos de tempo, sem que tenham sido anulados, ainda que eivados de algum vício. Tal teoria foi muito bem resumida pelo grande expoente do Direito Administrativo português MARCELO CAETANO⁴⁴, valendo a citação de seus ensinamentos:

⁴³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, nº220, abril/junho 2000. 1 95-208.

⁴⁴ CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais de Direito Administrativo. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2010. p. 187.

O ato doente cura-se com o decurso do tempo, e isso se dá porque o legislador pensa que a ilegalidade cometida não é tão grave que deva sobrepor-se ao interesse de pôr termo à insegurança dos direitos. Aos interessados, incluindo os representantes do interesse público, é facultado a anulação do ato; mas se não usarem oportunamente dessa faculdade, o interesse geral impõe que não fique indefinidamente a pesar sobre este ato a ameaça de anulação.

A teoria do fato consumado tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros, tendo o Min. Cernicchiaro no julgamento do REsp nº 136.204/RS⁴⁵, reconhecido que “*na vida social, importa que não se eternize o estado de incerteza e de luta quanto aos direitos das pessoas; por isso, consolida-se a situação criada pelo ato nascido, embora com pecado original.*”

Nota-se que a aplicação da teoria do fato consumado tem como fundamento o transcurso do tempo, como fator de imutabilização das relações jurídicas, contemplando o princípio da segurança jurídica para considerar sanados os vícios que um ato carregue, seja lá qual for sua gravidade. O que se observa é que, segundo os preceitos de tal teoria, a gravidade da mácula do ato é capaz de atrair ou não a atenção da Administração, para que haja seu desfazimento. O fato de o vício do ato não ter merecido a atenção da Administração, que o tolera por prolongados lapsos temporais, demonstra seu baixo potencial lesivo, ganhando relevo a necessidade de se garantir segurança às relações jurídicas adjacentes.

Com efeito, a teoria do fato consumado pode ser invocada como fundamento da aplicação do art. 54, da Lei 9.784/99, como baliza ao desfazimento de atos administrativos, cuja lei que fundamenta tenha sido considerada inconstitucional pelo STF, em controle concentrado. É fato que o STF e o STJ tem sido criterioso com a aplicação da teoria do fato consumado, especialmente a rejeitando quando é manejada para garantir direitos que nunca existiram, mas que foram tolerados pela Administração Pública, como no seguinte caso⁴⁶:

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 136.204/RS, Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU. de 16.02.1998.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 609.748/RJ, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe. 12.09.2011.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. A competência do IBAMA para fiscalizar eventuais infrações ambientais está disciplinada em lei infraconstitucional (Lei 9.605/98), eventual violação à Constituição é indireta, o que não desafia o apelo extremo. Precedentes: AI 662.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23/11/2010, e o RE 567.681-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 08/05/2009. 2. In casu, o Tribunal de origem asseverou não ter a recorrente trazido prova pré-constituída da desnecessidade de licenciamento ambiental; para dissentir-se desse entendimento seria necessário o reexame fatos e provas, providência vedada nesta instância mercê o óbice da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” 3. A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 11.10.2001; RMS 23.593-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 02/02/01; e RMS 23.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 21.6.2002. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

É de se notar, todavia, que a situação que se cuida no presente trabalho é diversa, na medida em que o direito existiu e foi amparado por ato administrativo praticado com amparo legal por extenso período de tempo, tendo, posteriormente, lido sido retirado o fundamento de validade, pela declaração de inconstitucionalidade que o embasou.

Não se trata de criar direitos que nunca existiram usando como subterfúgio o passar dos anos, mas de garantir segurança às relações jurídicas travadas regularmente com a Administração Pública.

Corroborando os argumentos até aqui expendidos, valiosos são os ensinamentos de WEIDA ZANCANER⁴⁷ relativamente aos limites à invalidação dos atos ampliativos de direito, por se aplicarem perfeitamente ao problema de segurança jurídica estudado, senão vejamos:

Os limites ao dever de invalidar os atos ampliativos de direitos surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois, como todos sabemos, coexistem com o

⁴⁷ ZANCANER, Weida. Op.Cit., p.74/75.

princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação.

(...)

Assim, em nome da segurança jurídica, simetricamente ao que referimos quanto à convalidação, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis. Isto sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará à invalidação do ato viciado. Esta é, pois, uma primeira barreira à invalidação, e se aplica aos atos ampliativos de direito cujo beneficiário não tenha agido com má-fé para a obtenção dos mesmos.

Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no direito administrativo, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos; presunção, esta, que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornam extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o Direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos ampliativos de direitos.

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois, se não gerassem, não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos – atos ampliativos de direitos - , certas situações terão sido instauradas e, na dinâmica da realidade, podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão obrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé.

Interessante notar que, conforme os ensinamentos acima transcritos, o limite para a invalidação dos atos administrativos, nomeadamente aqueles que ampliam direitos, é apresentado pelo próprio ordenamento jurídico, ainda que normas específicas neste sentido não houvesse. Veja-se que as palavras acima colacionadas vão além da simples resolução da invalidação dos atos administrativos pela própria Administração, na medida em que verdadeiramente cuidam da aplicação da segurança jurídica, mote do presente estudo.

Como se pode notar vários são os argumentos para se extrair do ordenamento jurídico um limite à retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei,

preservando atos administrativos ampliativos de direitos com base nela praticados, despontando o limite do art. 54 da Lei 9.784/99, como uma solução possível e desejável.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho representa uma homenagem ao princípio da segurança jurídica, numa tentativa científica de avaliar a efetiva observação de seus influxos, especificamente na situação jurídica gerada pela tradição dogmática de nosso sistema constitucional no que tange a retroação ilimitada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de Ação Direta, sobretudo em relação aos atos administrativos.

A análise apresentada, contudo, não se pretende exauriente e definitiva, tendo como escopo primeiro a identificação de pontos problemáticos no que diz respeito à abordagem dogmática constitucional clássica da retroação ilimitada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei e a conseqüente fulminação dos atos administrativos praticados com base na lei inquinada, para apresentar interpretação jurídica possível, que traga o princípio da segurança jurídica efetivamente para tais situações.

De início, envidou-se esforços para delimitar, de forma clara e precisa, o conceito e os limites do princípio da segurança jurídica, fazendo o cotejo da tensão existente entre segurança e justiça, equacionando, ainda, o dinamismo do ordenamento jurídico com a necessidade de se garantir segurança.

Tratou-se do princípio da segurança jurídica numa perspectiva de proteção da confiança e boa-fé objetiva, diferenciando-se tais conceitos e traçando o modo como se inter-relacionam, para garantir as expectativas legítimas dos administrados no trato com a Administração Pública.

Evidenciados os contornos do princípio da segurança jurídica, passou-se a análise da dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil,

apontando-se as incoerências existentes, sobretudo quanto à idéia central trazida na teoria da nulidade da norma e o problema dos atos administrativos praticados com fulcro em leis posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, passados largos interregnos temporais. Concluiu-se que, mesmo a criação da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, por meio do art. 27 da Lei n° 9.868/99, não foi suficiente para trazer efetividade ao princípio da segurança jurídica em todos os casos, sobretudo por seu limitado âmbito de aplicação.

Identificou-se situações em que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não seria suficiente para assegurar segurança às relações do administrado com o Poder Público, sendo ilustrativo o exemplo do servidor aposentado com base em lei que tenha sido declarada inconstitucional após mais de 15 anos da publicação do ato, em que não se tenha modulado os efeitos da decisão de inconstitucionalidade por ser restrito o âmbito de aplicação da lei, evidenciando a necessidade de se construir interpretações jurídicas que abarquem tais situações.

Deitando os olhos no ato administrativo, passou-se a analisar o sistema de nulidades a que está submetido no direito pátrio, identificando os desafios enfrentados pela comunidade jurídica brasileira e as soluções adotadas ao longo do tempo na harmonização das nulidades com o princípio da segurança jurídica. Neste ponto, identificou-se o julgamento do Mandado de Segurança n° 22.357/DF pelo STF como importantíssimo *leading case*, onde se reconheceu a possibilidade de flexibilização do regime de nulidades a que se submetem os atos administrativos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, extraído-se deste julgamento a legitimação jurisprudencial para que se construa interpretação que limite os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, considerando o fator tempo.

Com base na solução adotada no *leading case* acima descrito, passou-se, então, a testar cientificamente a aplicação analógica do art. 54 da Lei n° 9.784/99 como limite temporal de retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo

STF sobre os atos administrativos, no intuito de definir um parâmetro legal que garanta a segurança jurídica nessa seara.

Alertou-se para a necessidade de se apresentar solução jurídica para a questão proposta, enfatizando a completude do sistema, evitando-se o olhar compartimentado do ordenamento jurídico, ganhando grande relevo a aplicação dos princípios na solução de lacunas aparentes, como a havida no problema proposto.

Inventariou-se, por fim, argumentos que corroboram a aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/99, ganhando destaque o fato de a criação da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade de lei acabar por desnaturar seu caráter declaratório, o que torna menos tormentosa a questão de se considerar válidos os atos administrativos, ainda que a lei que o fundamente venha a ser fulminada em controle de constitucionalidade, bem como a aplicação da teoria do fato consumado, estabilizando as relações travadas com a Administração.

Por derradeiro, a conclusão a que se chega é de que existe uma incoerência lógica entre o princípio da segurança jurídica e a fulminação indiscriminada de todos os atos administrativos praticados, pela simples declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, os atos ampliativos de direitos dos administrados praticados regularmente pela Administração, devem ser estabilizados pelo transcurso do tempo, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Após vasta análise doutrinária e jurisprudencial, desponta como solução idônea a garantir segurança jurídica ao problema proposto, a aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/99, impondo-se como limite para o desfazimento dos atos administrativos, cuja lei subjacente tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, o limite temporal de 5 anos, marco temporal para limitar a possibilidade para que a própria Administração venha anular seus atos, sobretudo naquelas situações em que os atos administrativos ampliem direitos e gerem no cidadão expectativas legítimas, que merecem ser amparadas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Direitos Constitucionais, balanceamento e racionalidade*. In: Ratio juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, nov/de z 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 08 de agosto de 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4ª ed. Brasília: Editora UNB, 1994.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n° 9.869, de 10 de novembro e n° 9.982/82, de 3 de dezembro de 1999)*. Revista de Direito Administrativo, n° 220, abril/junho 2000.

- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1990.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva. 2008.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2006.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Princípio do fato consumado no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, nº 220, abril/junho 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 6ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores. 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauen bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1989.
- NOBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao Direito*, 6ª Edição rev. atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PORTO, Éderson Garin. *O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público*. Revista da AJURIS, n. 102, jun. 2006.

- PRUDENTE, Antônio Souza. *Medida Provisória e Segurança Jurídica*. Revista de Informação Legislativa, ano 35, nº 138, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1975. v.1.
- SICHES, Luis Recasens. *Vida Humana Sociedad y Derecho: Fundamentación de La Filosofía Del Derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, Capítulo VI. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho--0/html/>> Acesso em 21 de agosto de 2011.
- SILVA, Almiro do Couto e. *Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público, nº 84.

- 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 os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 237, jul./set. 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica in Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPULVEDA PERTENCE*. Coordenada por Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2009.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.