

# Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos

Convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal

MÁRCIO NUNES ARANHA

## SUMÁRIO

1. Enquadramento e delimitação do objeto de análise. 2. Ponderações prévias. 2.1. Evolução e involução do direito segundo Del Vecchio. 2.2. A complexidade do sistema de decisões em Niklas Luhmann. 2.3. Síntese. 3. Justificação da validade especial do ato pelo transcurso de tempo. 3.1. Abordagens doutrinárias. 3.1.1. A prescrição social e a continuidade histórica de Burke. 3.1.2. Espírito objetivante e ineditismo da liberdade de Reale. 3.1.3. Proteção da confiança: boa-fé e lapso de tempo. 3.2. Análise jurisprudencial e concreta. 4. Conclusão.

## 1. Enquadramento e delimitação do objeto de análise

O tema da segurança jurídica revela-se, indubitavelmente, como um dos temas de maior persistência na preocupação dos juristas, pois está intimamente ligado à própria justificação da existência do ordenamento jurídico<sup>1</sup> e afirma-se como um dos pólos da discussão infundável entre jusnaturalismo<sup>2</sup> e juspositivismo<sup>3</sup>, ou, em uma sua conformação mais elaborada, entre o pluralismo<sup>4</sup> e o estatualismo das fontes do direito. A determinação ou indeterminação do direito, a previsibilidade ou imprevisibilidade das decisões judiciais<sup>5</sup>, a mutabilidade ou imutabilidade do conteúdo jurídico, enfim, a identificação ou não de uma conformação delimitadora e diretiva da evolução do direito, dizem respeito diretamente à questão que une os homens na máxima de implicação recíproca entre o direito e a própria sociedade no intento de se institucionalizar seu *sentimento de conservação, ínsito a sua natureza*<sup>6</sup>.

Notas ao final do texto.

O fator último provocador do embate das teorias jurídicas mais recentes está na tentativa de orientação dos sistemas jurídicos vigentes a uma compatibilização entre uma segurança jurídica necessária e uma maleabilidade suficiente do sistema que possibilite o acompanhamento da evolução social. *O esforço está em estabelecer-se um sistema jurídico que, embora harmonicamente diretivo, não encerre em si um tûmulo valorativo imutável.* Eis a constante das tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

A segurança jurídica desponta assim, em sua dimensão mais abrangente, como o *efeito delimitador na evolução jurídica*<sup>7</sup>. Afigura-se ideal que conforma um dos temas mais relevantes do pensamento jurídico contemporâneo, a começar pela polêmica dos conceitos de constituição real e de força normativa, em Lassale e Hesse<sup>8</sup>, na preocupação constante em realçar a dimensão normativa da constituição para salvaguardá-la de *arbitrariedades*, além de toda a tendência evolutiva da conceituação do direito constitucional como algo mais abrangente que a constituição escrita, dando margem ao chamado *sistema constitucional*<sup>9</sup>, que revela sempre a preocupação em ampliar-se o campo de análise do jurídico, de conformidade com o real, mas sem perder de vista uma diretiva de segurança.

O ideal da segurança jurídica, contudo, não se resume à sua enunciação mais estendida de elemento fundador da discussão sobre a natureza do direito em si, mas, pelo contrário, somente revela estar apto à contribuição concreta na experiência palpável quando da análise de seus corolários, que mais se aproximam da realidade do convívio.

Não se configura, pois, como intento deste estudo o esmiuçar todas as dimensões, ou mesmo, a dimensão mais alargada da segurança jurídica, já que isso significaria, no mínimo, uma síntese de toda a história recente do direito. O propósito deste trabalho é muito mais humilde: a elucidação de um aspecto da segurança jurídica que se vê, ainda hoje, um pouco obscurecido pela luminosidade dos temas, seus semelhantes, que haurem significação no mesmo postulado geral daquela dimensão mais ampla do ideal de segurança jurídica. Assim, o aparente esquecimento do aspecto da segurança jurídica ora examinado justifica-se pelo mesmo fator causador de seu obscurantismo, o que nada mais faz que sobrelevar sua importância.

Pretende-se, dessa forma, com este estudo,

esmiuçar tão-somente um aspecto do tema da segurança jurídica, qual seja, o de *implicação de validade jurídica às situações concretas* frente à constatação de uma certa persistência temporal destas.

## 2. Ponderações prévias

Tema de relevo, que se preordena à análise específica da segurança jurídica frente aos fatos impregnados de valor temporal, diz respeito à consideração da própria *evolução* do direito, pelas sucessivas transformações, diga-se de passagem, necessárias<sup>10</sup>, operadas diretamente pela via legislativa. Tal importância é indicada pela análise da relação que possa existir entre as modificações dos textos legais, incessantemente visualizadas, e a pertinência destas com uma expectativa de melhoramento do sistema jurídico como um todo, de valorização dos postulados morais básicos de uma sociedade, ou, ainda, de real correspondência entre um impulso legislativo democraticamente sustentado e a modificação legal concretamente implementada. Por outras palavras, devem ser estabelecidas as verdadeiras relações entre as constantes transformações dos diplomas legais e os dogmas de perfectibilidade crescente do direito e de correspondência de tais transformações com o ideal democrático. Obviamente, não se está a pôr de lado o fator de mutabilidade do direito por força das transformações sociais e de decisões institucionais, mas somente a salientar e delimitar ainda mais o objeto de pesquisa, direcionando-o àquelas ingerências nomogenéticas do sistema jurídico.

### 2.1. Evolução e involução do direito segundo Del Vecchio

Abordando os conceitos de evolução e involução do direito, Del Vecchio, em uma obra primorosa de título sugestivo sobre o tema<sup>11</sup>, revela a impropriedade da idéia de avanço para expressar as modificações pontuais do direito. Em princípio, não se pode afirmar a correlação entre as transformações do sistema jurídico e uma sua evolução, a não ser que esta última seja tomada no seu significado mais amplo de continuidade de um processo ou de mera transformação. Tais significados, contudo, não denotam qualquer utilidade para o signo questionado da evolução<sup>12</sup>. Esta condiz melhor com a idéia de progresso, atingida por uma derivação detalhadora de sentido, que Del

Vecchio retira de Rickert<sup>13</sup>. Mas se este é o verdadeiro sentido do termo, deve-se inserir no vocabulário jurídico a questão do *retrocesso* ou *involução*<sup>14</sup> do sistema. Se o desenvolvimento do direito, sob todas as suas matizes, pode refletir, por um lado, *uma fase de harmoniosa e elevada cultura*, por outro, às vezes revela uma *de cega e violenta barbárie*<sup>15</sup>. Disso extrai-se que a comumente aceita perfectibilidade crescente do direito não é isenta de incursões menos nobres, muito pelo contrário, é um fato de sua própria existência<sup>16</sup>. Para a distinção dos momentos de avanços e recuos na transformação do direito, é imprescindível a referência a critérios de valores<sup>17</sup>, como forma de traduzir o *sentimento de justiça* que sobrevive no ser humano a despeito dessas constatações. O valor da segurança jurídica<sup>18</sup>, no sentido em que ora é analisado, refere-se a um tal aspecto externo ao jogo dos progressos e retrocessos pontuais do direito e, portanto, revela algo que transcende a tal determinismo da natureza das coisas. É, por assim dizer, um qualificativo diferencial do homem na correnteza natural unificadora dos seres; é algo de essencial que o destaca do rumo natural das coisas e coloca-o em posição diferenciada em seu meio. Revela, enfim, a virtude de atenuar os contrastes da natureza, que faz do homem único, a ela fazendo frente para amenizar e conformar a realidade. Pensa sobre a natureza cíclica do sistema de avanços e retrocessos e, entendendo-a, esforça-se por criar mecanismos idôneos a enfraquecer seus efeitos perniciosos e aptos a catalisar suas contribuições positivas, pois mesmo os progressos, se não forem tolhidos de seus excessos, ocasionam, não poucas vezes, uma maior violência no seu fatal retrocesso. A segurança jurídica, assim, traduz a superação das contingências de momento. O respeito às situações constituídas insere-se nesse contexto, ou, ainda, é uma manifestação concreta e palpável do comportamento próprio do homem, até aqui narrado.

“Il regresso, o l' involuzione, non sarà mai l' ultima parola, fino a che esisterà uno spirito umano, capace per sua natura dell' infinito”<sup>19</sup>.

## 2.2. A complexidade do sistema de decisões em Niklas Luhmann

Um segundo tópico diz respeito à correspondência entre as decisões políticas e o respeito ao ideal democrático, como base do

Estado de Direito. Niklas Luhmann trata do tema realçando a questão do *processo parlamentar*, que se não pode identificar com o *órgão de decisão*, nem tampouco com um *conjunto de normas*, mas sim com um *sistema especial de comportamento*, cujo escopo direciona-se à elaboração de uma lei e ao alcance de sua vigência, e que é direcionado por um *método especial de legislação*<sup>20</sup>. Isso aponta para a constatação de que o processo legislativo encerra, em si, um *sistema*<sup>21</sup>, e é a diferenciação do *sistema global* em exercício constante dos *sistemas isolados* de processo, que justificam a possibilidade de *normalização dos conflitos*. Nesse âmbito, entra em cena o princípio da maioria, que, incorporado ao sistema global, traduz-se no princípio da *constância de repetição do poder* e qualifica o poder pela sua *distribuição no sistema* a despeito de sua mensuração. Desta posição central do princípio da constância de repetição do poder no processo legislativo, o *processo de eleição política* desponta como artifício que promove a diferença entre a medida do poder e sua constância<sup>22</sup>: é a base estrutural do sistema. Há uma reconstrução constante do poder. Dessa forma, o ponto sensível de interesse descansa sobre as vicissitudes da correlação entre a representatividade e o poder político real. A incongruência entre os princípios da constância de repetição do poder e da maioria existe por força da *grande complexidade* do material em jogo. Essa complexidade faz dos processos legislativos algo diverso dos processos jurídicos, pois lhes afasta a característica inerente a estes últimos, qual seja, a de tratarem de *decisões programadas*. A diferença induz a uma análise direcionada aos sistemas isolados, aos problemas específicos do sistema político, os quais são pautados por decisões *não-programadas* mas *programáveis*. As balizas do sistema são constantemente reconstruídas pela própria dinâmica de sistemas, em meio a uma complexidade muito elevada, que obriga o processo legislativo a compadecer-se de *estruturas simplificativas*<sup>23</sup>. Tais *estruturas simplificativas* ou *meios de redução de complexidade do sistema* trazem consigo, além da possibilidade de *orientação* do sistema legislativo, mediante a limitação do universo relacional<sup>24</sup>, também o *afastamento do caminho do ideal*. Dito afastamento melhor é visualizado quando se faz menção a outro mecanismo simplificador, qual seja, o de *confiança na informação, já adaptada*

e comprimida, de diversos setores<sup>25</sup>, mas principalmente da administração. Diz-se principalmente da administração pois a eventualidade de manipulação das informações por parte desta haure sua gravidade na constatação do esmagamento do princípio maior da separação harmônica dos poderes. A *dependência de processos cognitivos alheios* sujeita o ideal democrático – de correspondência da representatividade e de suas manifestações concretas – à confiabilidade das fontes, porquanto estas afiguram-se como fatores essenciais de redução de complexidade. Maior importância tem a análise da participação da administração no processo legislativo, quando se atenta para as *estratégias de minimização dos riscos* deste processo, principalmente no tocante à *restrição da variabilidade de projetos*<sup>26</sup>. E restrição de posicionamentos sobre um assunto significa, em um ambiente de complexidade elevada, delimitação prévia do próprio leque de decisões<sup>27</sup>. A alienação da fonte real de poder consiste em fator não só constatável, como também funcional, do sistema<sup>28</sup>; logo, o fosso entre a vontade democrática e a síntese institucional alarga-se por demanda interna do sistema legislativo. A legitimidade afasta-se, por força da própria complexidade do sistema, do consenso real e mesmo o princípio da maioria reflete, não uma *forma de legitimação*, mas uma *solução de compromisso*<sup>29</sup>. Com base nisso, as teorias clássicas de democracia viram-se obrigadas a direcionar sua atenção à proteção do indivíduo, ou à minoria, por meio dos direitos subjetivos<sup>30</sup>, além de medidas de proteção contra a maioria.

### 2.3. Síntese

A conclusão desta abordagem está em que se deve entender a transformação ou a novidade não necessariamente como uma evolução ou algo essencialmente bom, mas sim como um caminho, que, embora se possa dizer que, no global, implica uma melhoria do sistema, no incidental, ou seja, nas mudanças pontuais, indica somente uma fase de processo legislativo. O processo legislativo trata o direito como variável e, por isso, demanda freios de contenção dos efeitos de suas modificações. A segurança jurídica é, sem sombra de dúvida, o mais expressivo destes, na sua aceção de expressão da liberdade do ser na necessária consciência das conseqüências de seus atos<sup>31</sup>. Os *riscos do poder* devem ser temperados com a *totalidade de sentido* do ordenamento jurídico e os seus *valores transcendentés*<sup>32</sup>.

## 3. Justificação da validade especial do ato pelo transcurso de tempo

### 3.1. Abordagens doutrinárias

#### 3.1.1. A PRESCRIÇÃO SOCIAL E A CONTINUIDADE HISTÓRICA DE BURKE

Pode-se identificar em Burke<sup>33</sup> o foco moderno das preocupações relativas à segurança jurídica, sob seu aspecto de salvaguarda das situações perpetuadas no tempo, o que fez mediante a introdução dos conceitos de *prescrição social* e *continuidade histórica* em defesa do bem maior da convivência social contra as paixões momentâneas e efêmeras de políticas governamentais utilitaristas. Burke detinha, como princípio norteador de sua obra, a necessária ponderação que sempre deve estar presente nos momentos de transformação de um sistema, para que se não destrua, juntamente com o afã de progresso, valores básicos e transcendentés<sup>34</sup>. O principal valor, que luta contra a demolição pura e simples do que se institucionalizou em determinada época, é o da segurança jurídica, como, também, os seus corolários fundamentais, pois o que está por detrás da tomada de decisão de quem defende a segurança é um posicionamento não frente ao próprio valor maior, mas frente a outros valores, como o respeito às instituições e a crença de que elas detêm não só uma qualidade de essência, mas também de eficácia: são suas influências difusas que as perpetuam e que oneram sua supressão. A segurança exprime a limitação do poder, que em verdade é de cada um; a intervenção para contenção de abusos; a verdadeira democracia, que quer dizer: não se pode, mesmo com o bem da maioria, justificar ou transigir com a desgraça de núcleos essenciais de direitos de uma minoria. Há um valor que se preordena a todos os outros, e esse valor é o da dignidade humana. Deve-se alcançar a evolução sem pisotear este princípio, e uma de suas expressões concretas está exatamente na segurança que se deve dar a cada indivíduo de manter-se em uma dada situação, pois tal justa expectativa o fez incorporar um direito, que não pode ser súdito de mudanças radicais, mas antes representar a sabedoria de uma sua preservação razoável. Toda mudança deve estar enquadrada em um ambiente de salvaguarda de excessos<sup>35</sup>. O ambiente de que se fala é proporcionado pela segurança jurídica em sua dimensão fornecedora de sobrevida àquilo que se consagrou no

tempo, para que os efeitos perversos da inconstância e versatilidade do sistema jurídico, bem como a prevalência absoluta dos juízos de conveniência<sup>36</sup>, sejam suprimidos, muito embora não se intente, obviamente, atacar a versatilidade em si, mas, como já se fez ver, somente os efeitos caracterizados como perniciosos da mesma.

### 3.1.2. ESPÍRITO OBJETIVANTE E INEDITISMO DA LIBERDADE DE REALE

Miguel Reale fornece uma visão doutrinária de máximo interesse para este estudo. O autor é adepto de uma concepção que intitula de *historicismo aberto*, mitigadora da idéia *historicista fechada*, de redução de tudo às determinantes históricas, historicismo aberto aquele caracterizado pela valorização de um fator decisivo, que chama de *ineditismo da liberdade*. A partir dessa postura, Reale identifica, como elemento fundamental à análise da segurança jurídica, o fato da *objetivação histórica*. Há uma dialética de polaridade ou complementaridade, que governa a evolução histórica: de um lado, o *espírito objetivante*, de validade da *realidade jurídica*; e de outro, o *ineditismo da liberdade*, como componente de inovação criativa do homem à sua própria evolução. A toda participação ativa do homem na conformação do meio jurídico tem de estar presente a ponderação destes dois aspectos, de aquisição de validade pela realidade jurídica e abertura à participação da liberdade e síntese humanas<sup>37</sup>. Logo, a inovação está delimitada pelo peso histórico implicador de validade, o que se aproxima muito das idéias expostas do pensamento de Burke, mas a delimitação disputa lugar, claramente, com o seu contrapeso histórico de liberdade humana, e nisso Reale esclarece o *caráter dialético da realidade histórica*<sup>38</sup> dos avanços e retrocessos do direito, pois tão pernicioso quanto a consideração absoluta do poder de reforma é a de uma segurança imutável, já que esta afigura-se, por si mesma, um fator de insegurança.

Esclarece o autor a possibilidade de convalidação de atos administrativos evadidos de vício de nulidade que não firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado, quando da inexistência de dolo. A essa convalidação, Reale atribui a nomenclatura de *sanatória excepcional do nulo*, a transparecer a possibilidade de que o restabelecimento da ordem legal estrita ceda, em certos casos, a uma exigência do

interesse público<sup>39</sup>, que traz a questão da nulidade dos atos administrativos para uma seara menos rígida de apreciação<sup>40</sup>. Segue o autor diferenciando a *sanatória* legal daquela exigida pelo ordenamento como um todo e indicando a maior amplitude de aplicação daquele instrumento ao direito público, que carece das limitações precisas próprias do direito privado<sup>41</sup>, mas antes as tem mitigadas por força da *preeminência do interesse público*<sup>42</sup>. A contribuição inovadora de Reale, contudo, refere-se a ter o autor divisado duas hipóteses de incidência das considerações até aqui apontadas. São elas: a *convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável*; e a *perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)*. A *sanatória* do inválido decorre da consideração de que a perpetuação de um fato no tempo, desde que se exclua a existência de dolo, ou quando aflorem valores éticos a serem protegidos<sup>43</sup>, gera uma *confiança legítima no espírito dos particulares*, que justifica sua proteção jurídica<sup>44</sup>. A limitação do poder da Administração em agir, por força própria, declarando unilateralmente a nulidade de um certo ato, por sua vez, diz respeito à necessidade da participação, ou não, do Judiciário para que a modificação da situação constituída possa ser operada. O ato deve ser preservado de *decisões imprevistas e tardias*<sup>45</sup>, e, para tanto, Frederico Marques, citado por Reale, encontra no princípio do *due process of law* sua justificativa. A invalidade original do ato desfigura-se, preenchida a condição de boa-fé, com o transcorrer do tempo<sup>46</sup>.

### 3.1.3. Proteção da confiança: boa-fé e lapso de tempo

Almiro do Couto e Silva introduz elementos novos na discussão principalmente ao identificar, na dimensão formal do Estado de Direito, a *proteção da boa-fé ou da confiança (Vertrauensschutz)*, que traz, em si, a imperiosa necessidade de se resguardarem os particulares dos rumos tomados pelo Poder Público, a produzirem perturbações no estado de coisas sedimentado em face de um direcionamento persistente do mesmo Poder<sup>47</sup>. Os princípios da legalidade e da segurança jurídica podem, muitas vezes, indicar uma duplicidade de soluções contraditórias, mas tal contradição é mera aparência, porquanto a aplicação do último está perfeitamente inserida na conformação sistêmica da legalidade, como princípio<sup>48</sup>. Há um perigo interno do sistema

jurídico no respeito absoluto de seus princípios, que, no tocante à aplicação desmedida do princípio da legalidade, geraria o desprezo por outro valor básico do ordenamento, qual seja, o da confiança dos particulares na possibilidade de o Estado proporcionar-lhes um ambiente de estabilidade. Aqui está uma passagem do autor de claridade solar:

“A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – *sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.*

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que *o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis.*” – grifos nossos.<sup>49</sup>

Desse modo, os limites de modificação do ato administrativo encontram-se não só nos direitos subjetivos que eventualmente dele derivem, como também no *interesse público em se proteger a boa-fé e a confiança (Treu und Glaube)* dos administrados, princípios traduzidos na crença de que o Poder Público prima por emanar *atos regulares*. Tal entendimento já é encontrado em autores alemães do início deste século, como Fritz Fleiner e Walter Jellinek, além de outros mais recentes, como Otto Bachof, segundo o qual o respeito à boa-fé e à segurança jurídica determinam a incontestável validade do ato ilegal qualificado pela prolongada e complacente inação do Poder Público<sup>50</sup>. Almiro do Couto e Silva ainda revela que o entendimento do tema na Alemanha desce

já a níveis mais específicos de sofisticação, por exemplo, no que se refere aos atos administrativos expressados em prestações em dinheiro, “que se exauram de uma só vez ou que apresentam caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria”<sup>51</sup>, tidos por absolutamente protegidos de anulação.

Mas não é somente no direito alemão que são encontradas expressões desses entendimentos de respeito ao ato consagrado pelo tempo. Na França, explica aquele autor, desde 1923, com o *affaire Dame Cachet*, depois reafirmado por outros casos, entende-se de estipular um prazo, de dois meses, dentro do qual há a possibilidade de anulação do ato administrativo, quando de tais atos não surgissem direitos subjetivos, caso em que a revogação não caberia em absoluto. Em termos gerais, assim também é visto no sistema jurídico da Grécia, com a inclusão dos requisitos do *razoável lapso de tempo* e da *boa-fé*, e mesmo na Itália, embora de forma menos segura, tem-se o posicionamento da doutrina orientada no sentido até aqui exposto<sup>52</sup>.

A aplicação dessas idéias ao panorama jurídico brasileiro aponta para a declaração peremptória de que “os atos administrativos inválidos, nulos ou anuláveis sanam sempre que sobre eles cair uma camada razoável de tempo, com a tolerância da Administração Pública”, ou ainda, sob outras palavras, “os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa-fé, convalidam, convalidam ou sanam”<sup>53</sup>. Expressão concreta desse entendimento pode ser visualizada na intensa preocupação com o chamado *funcionário de fato*<sup>54</sup>. Se assim o é no campo estritamente da relação da administração pública com o seu administrado, pelas mesmas razões o princípio deve ser aplicado na eventualidade de tolerância pelos demais poderes do Estado, frente ao ordenamento jurídico como um todo. Constatada a orientação constante dos poderes constituídos para a consideração da legalidade de um ato administrativo, e ocorrida a mudança de entendimento sobre ele, necessariamente, preenchidas as condições de lapso temporal e boa-fé, é inegável a perpetuação dos efeitos atribuídos ao tempo decorrido e conseqüente encouraçamento daquele ato enobrecido por sua perpetuação. Sua validade acresce-se de um *plus*, que lhe dá uma proteção qualificada.

### 3.2. Análise jurisprudencial e concreta

As considerações doutrinárias até aqui expostas não existem somente no campo das abstrações, mas, antes, vêem-se tocadas, ainda que levemente, pelo aparelho judicial, este dotado da importantíssima função de estabilização de expectativas em bases racionais<sup>55</sup>. A importância da análise detida do tema está na lenta e escassa evolução do seu tratamento doutrinário no Brasil, refletida na também lenta e não menos escassa evolução jurisprudencial na mais alta Corte do país.

O Supremo Tribunal Federal via-se, até meados da década de 60, ineficaz aos influxos do pensamento jurídico moderno de mitigação na aplicação do princípio da legalidade, como se pode notar nas súmulas 346 e 473<sup>56</sup>, das quais não se extrai qualquer exceção à anulação de atos inválidos por ilegais, ou seja, qualquer obstáculo à plena aplicação do princípio da legalidade, à exceção da clássica proteção ao direito adquirido.

Na década de 60, mais precisamente nos anos de 1965 e 1966, quatro decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>57</sup>, julgadas pelo Pleno, Primeira e Terceira Turmas daquela casa, revelaram o posicionamento, favorável à tratada convalidação do ato nulo, de nomes como os dos ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima, Victor Nunes, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Luiz Gallotti e Lafayette de Andrada. Tais processos apontaram para um início, ainda que incipiente, de considerações sobre a questão da convalidação ou manutenção do ato viciado de ilegalidade por força de sua persistência temporal, mas ainda apoiados em uma *força* ou *responsabilidade* ocasionada por medidas liminares, que serviriam de título jurídico para imprimir consistência ao tempo transcorrido<sup>58</sup>.

Contudo, foi o recurso extraordinário nº 85.179/RJ<sup>59</sup>, de lavra do então presidente do STF, Bilac Pinto<sup>60</sup>, o marco com que a Corte Constitucional se aproximou de uma maior elaboração sobre a questão do *juízo de ponderação* necessário entre os princípios da legalidade do ato administrativo e da segurança jurídica *stricto sensu*. Deixou-se de lado uma já ultrapassada autoridade da liminar e deu-se valor essencial à inércia da Administração Pública a justificar a *sanatória* do ato inquinado de vício de ilegalidade e dando-lhe precedência tal a levar ao não-conhecimento do referido recurso.

No caso de anulação pela própria administração, a questão parece não mais comportar qualquer controvérsia, havendo, inclusive, um projeto de lei, de tramitação recente, que estabeleça o prazo de decadência de cinco anos para arguição de invalidez de um ato da administração do qual decorra algum efeito favorável ao seu destinatário, findo o qual impõe-se a convalidação do ato. Erige, ainda, a segurança jurídica como princípio norteador da Administração Pública e veda a aplicação retroativa de nova interpretação<sup>61</sup>.

Quanto à anulação decretada pela via legislativa, é evidente que os mesmos princípios que se aplicam a obstaculizar a máquina administrativa também se impõem, com maior rigor, à proteção do caso concreto pela via jurisdicional. A questão que ainda pode suscitar alguma dúvida está relacionada à ilegalidade superveniente do ato, que pode ser respondida na inexistência de solução à pergunta seguinte: se o ato originariamente viciado sobrevive, por que haveria de ter um tratamento inferiorizado aquele que ainda gozou de um período, cuja persistência temporal é ainda mais qualificada pela legalidade manifesta? Foi nessa linha de raciocínio que o Tribunal de Contas da União, em súmula sua<sup>62</sup> e, mais recentemente, em decisão referente à questão da acumulação de vencimentos de cargo efetivo com proventos de aposentadoria<sup>63</sup>, deu valor aos critérios interpretativos anteriores para salvaguardar casos que teriam sobre si a ameaça de nulidade pela simples modificação do entendimento predominante sobre determinado tema. E, nesta situação específica, a justificação se amplia, pois, em casos de mudança de entendimento, muitas vezes, a legalidade embasadora do ato e potencializadora da justificativa ou força da situação constituída tem por co-partícipes outro, ou os outros entes do Estado.

### 4. Conclusão

As ponderações até aqui externadas estão diretamente relacionadas com um tema que diz respeito à questão da vivência do direito, à preocupação que ocupa lugar de relevo nas discussões sobre o abuso da legalidade, de um lado, e os imperativos de justiça, de outro. Em outras palavras, reflete a tentativa constante da realização de um *juízo de ponderação* entre dois princípios basilares do sistema jurídico, a saber, o princípio da segurança jurídica e o da legalidade. Não se referiu, entretanto, à

conceituação ampla dos mesmos, mas somente àquela relativa ao sentimento intrínseco a todo ser humano, que decorre diretamente do sentimento de autoconservação do homem, de poder pautar sua conduta com base em disposições normativas diretivas, sentimento esse que teve como auge o processo de Codificação dos séculos XVIII e XIX, originário, em sua essência primeira justificadora, de um jusnaturalismo racionalista, que lutava por um direito não-dúbio, certo e seguro, contrário ao direito disseminado em fontes de qualificação jurídica de então. Essa concepção ampla de segurança jurídica é anterior e não entra em choque, pelo contrário, coaduna-se com o princípio da legalidade.

A concepção de segurança jurídica expressa no presente estudo é reflexo de um seu aspecto mais restrito de garantia da boa-fé ou confiança do particular frente aos atos emanados do Poder Público, o que os alemães, desde há muito tempo, chamavam *Treu und Glaube* (lealdade e confiança). A necessidade da manutenção dessa confiança do administrado na legalidade dos atos emanados pelo Poder Público fornece a importância de um aspecto da segurança jurídica evidenciado na preservação de um ato, mesmo que originalmente viciado de ilegalidade, preservação essa em respeito à *inércia* daquele Poder.

Surge, então, um segundo elemento, que, somado à boa-fé, impõe a convalidação do ato nulo, qual seja, o do *transcurso razoável de tempo*. Já dizia Bobbio que *o tempo sana as feridas da história*, e é com base nisso que a segurança jurídica, a despeito da legalidade estrita, triunfa para salvaguardar os atos administrativos eivados de vícios, vícios esses originais ou adquiridos posteriormente, e que se consolidaram em uma sua *perpetuação temporal pacífica*.

Preenchidas as condições de boa-fé do particular e do razoável transcurso de tempo, torna-se imperativa a preservação do ato administrativo para salvaguarda da segurança jurídica. Intenta-se, pois, um esforço, nunca demais, de lembrar que, no direito, a aplicação rígida de um princípio, muitas vezes, leva a injustiças, e que, nos casos de complacência do Poder Público, ou mesmo de entendimento seu modificado, há outro princípio a ser levado em conta para que não persista a injustiça em nome de uma pretensa legalidade. Tal princípio é a manifestação concreta da segurança jurídica, *razão fundamental do direito*, que, sem

desprezo do perigo de supervalorização da *autoafirmação*<sup>64</sup>, detém seu significado em preservar, manter, salvar, dar sobrevida àquilo que se perpetuou no tempo pelo simples fato deste, auxiliado pela inexistência de comportamento diverso – boa-fé –, galgar posição digna de proteção jurídica. O problema tem sua significação mais profunda nas questões de Maurice Hauriou:

“Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação (...)?”<sup>65</sup>.

É pensando nessas questões angustiantes que vale a pena debruçar-se, com maior cuidado e respeito, sobre as situações de fato que, evoluindo com o sistema jurídico, integraram sua própria razão de ser.

## Bibliografia

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : v.100, p. 51-58. abr./jun. 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano : Ed. di Comunità, 1972.
- . *O positivismo jurídico*. São Paulo : Ícone, 1995 : Lições de filosofia do Direito. Compiladas pelo Dr. Nello Morra; tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues.
- . *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1996. Tradução de: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BURKE, Edmund. *Edmund Burke : selected works*. New York : Modern Library, 1960.
- CABRAL, Armando Henrique Dias. Natureza jurídica do vínculo do funcionário de fato. *RPGE*. Porto Alegre, v.11, n. 31, p. 87-98, 1981.

- CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporáneo: la Suprema Corte y el arte de la política*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. Tradução de : *Contemporary constitutional lawmaking*.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964.
- CRUZ, J. Santos. O juiz na teoria do funcionário de fato. *Revista de Processo*, v. 47, p. 227-238, 1987.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3. ed. Roma : Studium Urbis, 1945.
- . *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra : A. Amado, 1959. v. 2.
- GRAU, Jose Cortés. *Curso de Derecho Natural*. Madrid : Ed. Nacional, 1953.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1991. Tradução de : *Die normative Kraft der Verfassung*.
- JEZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1949. v. 2.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. Tradução de : *Über die Verfassung*.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980. Tradução de : *Legitimation durch Verfahren*.
- . *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Tradução de : *Rechtssystem und rechtsdogmatik*, 1974.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona : Ariel, 1991.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência : Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1968.
- . *Pluralismo e liberdade*. São Paulo : Saraiva, 1963.
- . *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid : Universidad de Madrid, 1970. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid, dezembro de 1969.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires : Atalaya, 1946.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84, out./dez. 1987.
- STANLIS, Peter J. *Edmund Burke and the Natural Law*. New York : Vail-Ballou Press, 1958.
- THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht : Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Neudruck der Ausgabe Weimer. Stuttgart : Scientia Verlag AALEN, 1964.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Tradução de : *Recht als autopoietisches system*.
- WECHSLER, Herbert. *Principles, politics, and fundamental law : selected essays*. Cambridge : Harvard University, 1961 : Towards Neutral Principles of Constitutional Law.

## Notas de rodapé

<sup>1</sup> A análise da *teoria do ordenamento jurídico* como uma inovação do juspositivismo e a Codificação como seu elemento possibilitador tem em Bobbio uma excelente abordagem, nos seus livros *O Positivismo Jurídico* e *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo : Ícone, 1995, p.53-62, 109-127, 197-210 : *Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas pelo Dr. Nello Morra; Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues; Idem. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1996. Tradução de : *Teoria dell'ordinamento giuridico*. A conexão entre os temas da segurança jurídica e do ordenamento jurídico completa-se pela explícita postura dos juristas dos séculos anteriores à Codificação, que concordavam unanimemente na necessidade de se restabelecer uma ordem que tornasse possível às pessoas dimensionarem seus comportamentos de acordo com um direito certo. Clamava-se por um ambiente de segurança jurídica, como bem demonstra Savigny, mesmo opondo-se à Codificação, muito embora assim tenha feito por força das condições peculiares de desagregação dos principados da Alemanha de então e em face do iminente fracionamento da nação caso a codificação, que envolvia somente alguns deles, se concretizasse. Savigny, pois, com a autoridade do maior crítico da Codificação na Alemanha, demonstra o ponto comum orientador de teorias que primavam por fornecer um aparato mais perfeito às ingerências de arbitrariedade (leia-se: insegurança). Um trecho esclarecedor de seu posicionamento: "En cuanto al fin, estamos de acuerdo [ele e os fautosos da Codificação]: *queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones*

de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y han de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos. Para este fin desean ellos un Código, con el cual sólo una mitad de Alemania alcanzaría la anhelada unidad, mientras la otra mitad quedaría aún más separada. Por mi parte, veo el verdadero medio una organización progresiva de la ciencia del Derecho, la cual puede ser común a toda la nación” grifos nossos. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires : Atalaya, 1946. p.171). Logo, a despeito das diferenças de opinião quanto à necessidade ou não da Codificação, que hoje já é integrada ao pensamento jurídico, sobrevivia a tentativa de orientação do sistema jurídico à conformação de uma segurança jurídica mais palpável.

<sup>2</sup> Uma análise precisa das correntes jusnaturalistas tem-se no livro de um catedrático da Universidade de Valência: cf. GRAU, Jose Corts. *Curso de Derecho Natural*. Madrid : Ed. Nacional, 1953. Quanto ao embate das correntes jusnaturalistas e juspositivistas, há um estudo completo de inegável clareza: cf. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano : Ed. di Comunità, 1972. Finalmente, para uma análise precisa e sucinta dos jusnaturalismos de nossos tempos e de suas características fundamentais: cf. RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid : Universidad de Madrid, 1970. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid, dezembro de 1969.

<sup>3</sup> A exposição da evolução histórica e do método, teorias e ideologia juspositivistas encontra-se em uma obra de Bobbio, de clareza de exposição inegável: cf. BOBBIO, op. cit.

<sup>4</sup> O tema do pluralismo das fontes do direito tem na polêmica entre Thon e Rudolf von Ihering, sobre a “*exclusividade estatal do direito*”, um marco histórico e é trazido à discussão ativa, em sede de teoria geral do direito, por Santi Romano. Cf. ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián Martin-Retortillo & Lorenzo Martin-Retortillo. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1963. 2ª parte. Tradução de : L’ordinamento giuridico. Assim, salienta Thon, em passagem que aqui se traduz: “Isto conduz ao terceiro e mais importante ponto. A divergência de opiniões neste ponto é tão grande, que se pode aqui somente chamar a ela a atenção, mas não a expor minuciosamente. Ihering enxerga a essência do direito na coação (p. 318). E, sendo o Estado ‘o único titular do poder coativo da sociedade’, ele passa a ser considerado como ‘a única fonte de direito’ (p.316, 317). (...) (§) Pelo contrário, cada norma, que seja considerada por uma sociedade humana como obrigatória pelo comportamento recíproco dos consociados, aparenta, antes de tudo, para mim, uma

norma jurídica e o Estado, por conseguinte, não é o único criador do direito”. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht : Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Neudruck der Ausgabe Weimar. Stuttgart : Scientia Verlag AALEN, 1964. p. 10-11.

<sup>5</sup> Sobre a constatação da ausência de parâmetros seguros de orientação ou de previsão das decisões constitucionais, especificamente da Corte Constitucional norte-americana, mas extensível facilmente ao nosso sistema como um todo: cf. CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporáneo : la Suprema Corte y el arte de la política*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. Tradução de : Contemporary constitutional lawmaking. Também, sobre a polêmica entre interpretativismo e não-interpretativismo na doutrina norte-americana, como centrada no ideal de segurança jurídica: cf. WECHSLER, Herbert. *Principles, politics, and fundamental law : selected essays*. Cambridge : Harvard University, 1961 : Towards Neutral Principles of Constitutional Law.

<sup>6</sup> Vide, a propósito, o trecho transcrito neste trabalho (nota 17) a respeito do indicativo de Del Vecchio para a determinação dos valores próprios à distinção, na transformação do direito, entre a evolução e a involução do mesmo.

<sup>7</sup> A importância de tal delimitação da evolução jurídica revela-se na eleição do ponto central do sistema autopoietico como sendo a conjugação entre a transformação do sistema jurídico e sua limitação. Revela a eterna tentativa de se compatibilizarem mobilidade do sistema jurídico e segurança ou previsibilidade da mesma. Cf. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Especialmente p.112 e seg. Tradução de: Recht als autopoietisches System.

<sup>8</sup> A *vontade de Constituição* de que fala Konrad Hesse tem como um de seus pilares a *necessidade e a constatação do valor de uma ordem normativa inquebrantável*, o que implica necessariamente a configuração do ideal de segurança jurídica. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991 : especialmente p. 19. Tradução de : Die normative kraft der verfassung. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. Tradução de: Über die verfassung.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 75-119.

<sup>10</sup> Sobre a natureza necessariamente mutável do direito: “Advirta-se também que, como já foi notado pelos pensadores antigos e melhor demonstrado pela ciência moderna, a variabilidade do direito positivo é uma consequência necessária da sua conexão com outros fatos sociais. Impossível é estudar o direito positivo de certo povo, em certo momento, prescin-

dindo de atender às condições de vida; a gênese e a duração de cada instituto jurídico estão vinculadas a determinadas condições. Se estas se modificam, terá o direito positivo de se modificar também. *Este, por conseguinte, não é apenas mutável, mas necessariamente mutável: acha-se sujeito à lei da relatividade histórica.*” grifos nossos. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. Coimbra : A. Amado, 1959. p. 53).

<sup>11</sup> Idem. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3. ed. Roma : Studium Urbis, 1945.

<sup>12</sup> Nesse sentido, salienta Del Vecchio: “Ma questi due significati sembrano, in realtà, troppo vaghi e indeterminati, e restano propriamente fuori del concetto di evoluzione, che significa qualche cosa di più, per esempio, dell’ ‘eterno divenire’ di Eraclito” (Ibidem, p. 10).

<sup>13</sup> Eis o raciocínio então apresentado: “Noi concepiamo uno svolgimento ovvero un processo di formazione, solo quando intendiamo le diverse parti che si succedono come costituenti un sol tutto (terzo concetto del Rickert). Ma l’unità del processo, in relazione al tutto, implica una direzione verso un fine (quarto concetto). In relazione al fine si costituisce allora una scala di valori, vale a dire un apprezzamento dei differenti stadi (quinto concetto, che però, secondo il Rickert, oltrepassa già il compito puramente scientifico della storia). La serie ascendente dei valori, che si succedono necessariamente nel tempo, dà luogo all’idea del progresso (sesto concetto)” (Ibidem).

<sup>14</sup> Ibidem, p. 17-21 e 29.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 24, onde se encontra esta passagem esclarecedora: “il diritto accompagna sempre e necessariamente così l’ascendere dello spirito, come il sua decadere, nelle sue manifestazioni sociali. Tutte le aspirazioni, tutte le concezioni, tutte le passioni umane, in quanto dotate di una certa storica consistenza, si sono fatte valere nella forma del diritto; e poichè non è dubbio che, quantunque in guise diverse, i medesimi sentimenti e le medesime passioni risorgono di continuo nella psiche umana, è sempre possibile (come di fatto vediamo) il formarsi di leggi corrispondenti ai più vari stati dell’animo, compresi quelli che si considerano propri e caratteristici di età sorpassate”.

<sup>16</sup> Corroborando com a idéia de que não se pode falar de um progresso uniforme e constante do direito, acena Del Vecchio, com o seguinte esclarecimento: “Presso ogni popolo, inoltre, e in ciascuno degli istituti che ne compongono il sistema regolatore, i movimenti di sviluppo o di evoluzione si alternano con altri di regresso o di involuzione; ciò che complica ancora, e confonde in modo pressochè inestricabile, le linee del quadro che dovrebbe rappresentare in modo unitario la vita del genere umano. Parlare, in queste condizioni, genericamente di progresso, come se questo esprimesse una realtà

costante e uniforme, è talmente in contrasto con certissimi dati dell’esperienza, da ben meritare le numerose critiche di moderni studiosi, non che la dolorosa ironia del Leopardi nel famoso passo della *Giustizia*” (DEL VECCHIO, Giorgio. op. cit., p. 41-42).

<sup>17</sup> Ibidem, p.53-58. À página 54: “(...) il criterio supremo dei valori giuridici, come di quelli morali, deve cercarsi e trovarsi nella stessa natura umana, universalmente considerata. In essa hanno radice quelle esigenze fondamentali ed inabolibili, che al diritto spetta di armonizzare.” grifos nossos.

<sup>18</sup> Para uma defesa autorizada da segurança jurídica como valor: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. Barcelona : Ariel, 1991. p.68-107.

<sup>19</sup> DEL VECCHIO. op.cit., p.63: tradução: “o retrocesso ou a involução jamais serão a última palavra, enquanto existir um espírito humano, capaz, por sua natureza, do infinito”.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980. p.146. Tradução de : Legitimation durch Verfahren.

<sup>21</sup> A este respeito, transcreve-se a seguinte passagem esclarecedora: “Cada vez que se altera o sistema relacional estrito do processo, muda-se o tema, apresentam-se novos documentos, outros se convertem em oradores proeminentes ou adquirem uma relevância de fundo, reagrupam-se adversários ou partidários, torna-se relevante uma outra história prévia e a retórica tem de ser adaptada a um outro público. Cada processo legislativo constitui um sistema em si.” (Ibidem).

<sup>22</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>23</sup> A função exercida por tais estruturas simplificativas está na criação da possibilidade de uma síntese em meio a um mar de relações, que, levadas todas em conta, procrastinariam o processo legislativo além do limite temporal tolerável. Assim, para Luhmann, aquelas estruturas simplificativas figuram como *meios de redução de complexidade* do sistema, que servem “especificamente para reduzir a indefinição e a falta de clareza numa situação de decisão extremamente rica em relações, de tal forma que se tornem possíveis expectativas complementares e uma orientação adequada dos participantes. Os modelos de debate interminável, ou da concorrência independente do representante único do povo, refletem a complexidade da sua situação, mas não mostram qual a forma de a dominar. *Isto é realizado por inúmeros mecanismos auxiliares*, necessários ao funcionamento, mas de caráter acessório, ou até mesmo divergente, comparado com os objetivos oficiais da instituição. Apresentam-se como exemplo: a separação entre concorrência e cooperação; a personalização informal das relações de trabalho; a confiança nas apresentações; “a recepção

de informações reduzidas do meio exterior; estratégias minimizantes de burocracia; a troca entre situações públicas e não-públicas; e a importância do poder executivo e das comissões.” – grifos nossos (Ibidem, p. 152).

<sup>24</sup> Exemplo de estrutura simplificativa que expressa limitações da conduta dos inseridos no sistema está no que Luhmann chama de *sistemas informais de contato*, os quais se traduzem nas “boas relações pessoais, relações de confiança ou desconfiança, diferenças de ponto de vista e força de irradiação de personalidades isoladas” (Ibidem, p. 153).

<sup>25</sup> Entre aqueles setores, estão: autoridades partidárias locais; consórcios de interesses; a própria ciência; os conhecimentos ocasionais; a imprensa. (Ibidem, p. 154).

<sup>26</sup> Aqui se encontra uma questão de grande atualidade no nosso sistema e diz respeito à utilização dos chamados *pacotes*, por parte do Poder Executivo. Já na década de 60, Luhmann tinha perfeita noção da importância destes. A utilização de tais *pacotes* amplia, ainda mais, a capacidade diretiva da política pelo órgão administrativo. “A eliminação prematura de alternativas no estado de pré-expectativas dum projeto de lei serve a um objetivo semelhante [estratégia burocrática de minimização dos riscos de um processo legislativo]. Juntar diversos projetos de lei num “pacote” constitui uma estratégia nova e de grande futuro, que restringe a variabilidade de projetos.” (Ibidem, p. 154-155).

<sup>27</sup> Nesse sentido, esta passagem fundamental: “As sessões públicas plenárias do parlamento conservam inteiramente uma função essencial, embora as decisões próprias se afastem delas. Essa função não reside na transmissão da verdade, mas sim na apresentação do conflito político com a ajuda de argumentos e motivos da decisão, com os quais se identificam posições políticas controversas.” – grifos nossos (Ibidem).

<sup>28</sup> “Ignorância e apatia são, todavia, as condições prévias mais importantes para um intercâmbio despercebido dos parágrafos, para a variabilidade do direito e, nessa medida, funcional para o sistema” (Ibidem, p. 156).

<sup>29</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>30</sup> A estabilidade dos direitos subjetivos permanece, nos manuais de direito, como adstrita aos temas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito por força da concretização histórica e da delimitação de seus conceitos. Mas tais institutos jurídicos haurem sua existência como condições específicas do valor maior da segurança jurídica. “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 378).

<sup>31</sup> Para Luhmann, a importância da segurança jurídica está na própria identificação das funções que o direito cumpre na sociedade: “Con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta” (LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.45. Tradução de : Rechtssystem und Rechtsdogmatik) pois, do contrário, transportar-se-ia para o ilícito quem estivesse de acordo com o lícito e para o lícito quem antes encontrava-se no ilícito.

<sup>32</sup> A preordenância de valores fundantes do ordenamento jurídico a conformar as decisões políticas tem uma abordagem precisa por Miguel Reale: “Essencial é reconhecer, por outro lado, que, se a experiência jurídica não prescinde do poder, os homens se tornam cada vez mais conscientes dos riscos que ele comporta, sendo legítimo o sistema de precauções tendente a evitar abusos e desvios de autoridade. Uma das principais formas de seguro contra os desmandos do poder consiste em não acolher as suas opções normativas como atos isolados, mas sim como elos ou momentos, cujo significado é inseparável do sentido geral do ordenamento. Não raro esse enquadramento normativo basta, por si só, para aparar arestas vivas, neutralizar excessos, acomodar gritantes irregularidades, com a recondução do preceito excepcional ao leito normal das soluções normativas regulares, graças ao fino labor da exegese construtiva e sistemática. Ao receber-se, pois, o dogma legal, não como um conteúdo ordenado e rígido, mas como um sentido de ação que objetivamente deve ser valorado e concretamente experienciado, pode-se dizer que o poder queda, de certa forma, envolvido pela norma que ele acaba de positar: no instante mesmo em que, graças à interferência do poder, dá-se a objetivação de uma regra de direito, esta se insere no contexto normativo já vigente, subordinando-se a uma totalidade de sentido que a transcende” (REALE, Miguel. *O Direito como experiência* : introdução à epistemologia jurídica. São Paulo : Saraiva, 1968. p.134).

<sup>33</sup> O que caracteriza e valoriza a contribuição de Edmund Burke, filósofo inglês do final do século XVIII, está na percepção amadurecida dos acontecimentos históricos de sua época, que indicavam a tendência ao desprezo das contribuições passadas quando da ruptura de um sistema qualquer. Há, em Burke, sempre algo de transcendente às transformações específicas dos povos, que deve ser identificado nas instituições consagradas e mantido por força de uma prudência em sua atualização. A evolução somente faz jus ao nome quando a ela não se agrega o qualificativo de abrupta. As transformações são melhor assimiladas se se concretizarem de forma lenta e progressiva. (BURKE, Edmund. *Edmund Burke* : selected works. New York : Modern Library, 1960. Também: STANLIS, Peter J. *Edmund*

*Burke and the Natural Law*. New York : Vail-Ballou Press, 1958.)

<sup>34</sup> Edmund Burke, ao rebater o sentimento de renovação exacerbada dos revolucionários franceses, demonstra o cerne das preocupações que orientam uma necessária prudência na atividade modificativa de um estado de coisas: “Your literary men, and your politicians, and so do the whole clan of the enlightened among us, essentially differ in these points. They have *no respect for the wisdom of others*; but they pay it off by a very full measure of confidence in their own. With them it is a sufficient motive to destroy an old scheme of things, because it is an old one. As to the new, they are in no sort of fear with regard to the duration of a building run up in haste; *because duration is no object to those who think little or nothing has been done before their time, and who place all their hopes in discovery. They conceive, very systematically, that all things which give perpetuity are mischevous, and therefore they are at inexpressible war with all establishments. They think that government may vary like modes of dress, and with as little ill effect: that there needs no principle of attachment, except a sense of present convenience, to any constitution of the state.*” – grifos nossos. (BURKE, op. cit. p. 397-398).

<sup>35</sup> Entender quão delicado é o tema da transformação é um dos esforços primeiros de Burke, em sua polêmica com os filósofos franceses revolucionários. Na seguinte passagem, o autor sintetiza bem este ideal, que diz respeito diretamente ao valor fundamental da dignidade humana: “If circumspection and caution are a part of wisdom, when we work only upon inanimate matter, *surely they become a part of duty too, when the subject of our demolition and construction is not brick and timber, but sentient beings, by the sudden alteration of whose state, condition, and habits, multitudes may be rendered miserable.*” – grifos nossos. (Ibidem, p. 412-413).

<sup>36</sup> Considerando os reflexos das transformações que afetam a esfera individual, Burke chama a atenção para o efeito devastador da ausência de proteção daquela frente às opções políticas: “The moment you abate anything from the full rights of men, each to govern himself, and suffer any artificial, positive limitation upon those rights, from that moment the whole organization of government becomes a consideration of convenience” (Ibidem, p. 371).

<sup>37</sup> Transcreve-se o trecho pertinente: “Desse fato [de objetivação histórica] resulta que, quando o homem tipifica determinadas formas de conduta e concretiza aspirações e interesses em determinado instituto jurídico, há sempre dois aspectos a examinar: um *objetivo*, relacionado com a validade adquirida pela ‘realidade jurídica’ em si (o que explica o caráter eminente e coercitivo, ou a pressão social das estruturas normativas), e um outro *subjetivo*, pertinente à situação dos homens que se inserem no âmbito da referida objetividade, conser-

vando e buscando salvaguardar o seu ser próprio, isto é, a sua irrenunciável capacidade de liberdade e de síntese.”: texto contido no prefácio do livro de Theophilo Cavalcanti Filho, intitulado *O problema da segurança no direito*, na página 4, citado na bibliografia final.

<sup>38</sup> Sobre a *complementariedade ou polaridade*, que orienta a evolução histórica, vide: REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo : Saraiva, 1963. Especialmente p. 220 e seg.

<sup>39</sup> Idem. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 68.

<sup>40</sup> Conforme o trecho seguinte: “A idéia de recorrer à doutrina civilista da ‘prescrição aquisitiva’ [referente à prescrição aquisitiva de direitos subjetivos de que fala Dupeyroux] é engenhosa, mas revela ainda certo apego a critérios privatísticos, sendo preferível reconhecer, pura e simplesmente, que o problema da sanatória ou convalidação dos atos nulos se coloca em termos menos rígidos na tela do Direito Administrativo, não por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser *impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas.*” – grifos nossos. (Ibidem, p. 69).

<sup>41</sup> “Às vezes é a própria lei que prevê a sanatória do ato radicalmente nulo pelo simples decurso do tempo. No Direito Privado, consoante o art. 148 do Código Civil, só o ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro: (...). A exigência de conservação do valores no mundo do Direito, mediante a *conversão* ou a *sanatória*, tem, pois, limites mais restritos no Direito Privado”. (Ibidem, p. 68).

<sup>42</sup> “O disposto no art. 208 [do Código Civil, que estabelece um prazo de prescrição da pretensão de declaração da nulidade do casamento nulo] refere-se, por sinal, a aspecto que merece mais cuidadosa análise, que é o do decurso de certo tempo a partir do ato eivado de nulidade. (§) Se, no campo do Direito Privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera do Direito Administrativo a questão se põe com menos rigorismo formal, em virtude da preeminência do interesse público.” (Ibidem).

<sup>43</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>44</sup> Reale vai buscar na jurisprudência do sistema do contencioso administrativo francês a justificação de seu posicionamento: “A solução do Conselho de Estado consiste, em suma, em admitir, de um lado, que nenhum direito subjetivo pode, em princípio, nascer de uma decisão irregular da Administração, mas, de outro lado, que o decurso de certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e *transforma uma situação de fato em situação jurídica, em direito subjetivo*. Haveria, desse modo, uma espécie de prescrição aquisitiva de um direito

subjetivo à manutenção do ato.” (DUPEYROUX apud REALE, p. 69). Remete-se, aqui, à nota 61, p. 19.

<sup>45</sup> Uma decisão é tida por tardia “quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade” (REALE, op. cit., p. 71).

<sup>46</sup> A delimitação do prazo para a determinação da sanatória, ou prescrição histórica, não pode ser abstratamente precisada, carecendo na análise das situações concretas e de suas vicissitudes. “Problema conexo é saber-se que se deverá entender por *prazo razoável*, no silêncio da lei própria, mas a questão não me parece possa ser resolvida em abstrato. A solução dependerá das peculiaridades de cada caso, das circunstâncias condicionadoras do ato irregular e de seu reexame (...)” (p. 72). “(...) parece-me perigosa qualquer rígida fixação de prazo. Trata-se, com efeito, de matéria que se deve conter dentro dos critérios da prudência e da equidade, que devem nortear as decisões da autoridade administrativa e as da Justiça” (Ibidem, p. 73).

<sup>47</sup> Transcreve-se o trecho esclarecedor: “A esses dois últimos elementos ou princípios – legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa-fé dos administrados – ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.” (SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 46. out./dez. 1987).

<sup>48</sup> Almiro do Couto e Silva explica, a este respeito, que se corre “o risco de agir [em certas situações] injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária. (...). Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material.” (Ibidem, p. 47).

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 55, em que transcreve um trecho elucidador de Walter Jellinek divisando, na conduta de revogação de uma situação, que se compadece de vício originário uma atitude contrária à boa-fé,

por estar o Poder Público a se valer de uma *irregularidade longamente tolerada*.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>52</sup> Almiro Couto e Silva cita trechos significativos de Umberto Fragola e Aldo Sanulli: “na falta de um prevalente interesse público, ainda atual, é melhor manter vivo um ato irregular do que anulá-lo, desconsiderando, sem razões plausíveis, situações consolidadas no tempo, interesses particulares e, por vezes, o próprio interesse público”. (FRAGOLA, apud SILVA, p. 57); “(...) na aplicação do princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas, admite-se – seja na doutrina, seja na jurisprudência – que *não são mais anuláveis os atos que, embora inválidos, hajam irradiado incontestadamente os seus efeitos por um período de tempo adequadamente longo*, o que é de ponderar-se caso a caso e em correlação com o interesse público”. (SANDULLI, apud SILVA).

<sup>53</sup> SILVA, op. cit., p. 60-61.

<sup>54</sup> Sobre a questão do funcionário de fato, vide: CABRAL, Armando Henrique Dias. Natureza jurídica do vínculo do funcionário de fato. *RPGE* 11(31), Porto Alegre, 1981, p. 87-98; BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.100, p. 51-58. abr./jun., 1970; CRUZ, J. Santos. O juiz na teoria do funcionário de fato. *Revista de Processo*, v.47, p. 227-238, 1987; JEZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1949. p. 137.

<sup>55</sup> Aulis Aarnio aponta a diretiva orientadora do comportamento dos tribunais como aquela idônea a possibilitar ao indivíduo uma organização de sua vida frente à previsibilidade dos acontecimentos. Eis o trecho pertinente: “(...) los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales” (AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 26).

<sup>56</sup> *Súmula 346*: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; *Súmula 473*: “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”.

<sup>57</sup> São elas, em ordem cronológica: Recurso ordinário em mandado de segurança nº 14.040/BA – Relator Ministro Evandro Lins e Silva, Recorrente: Divaldo Passos Rodrigues, Recorrida: União Federal, Sessão Plenária de 13 de abril de 1965; Recurso extraordinário nº 55.476/RJ – Relator Ministro Evandro Lins e Silva, Recorrente: União Federal, Recorrido: Mário Braune, Sessão Plenária de 3 de junho de 1965; Recurso em mandado de segurança nº 13.807/GB – Relator para o acórdão:

Ministro Prado Kelly, Recorrente: Regina Heloisa Fernandes Granha, Recorrida: União Federal, Terceira Turma, em 3 de março de 1966 (RTJ 37/248); Recurso em mandado de segurança nº 17.144/GB – Relator: Ministro A. C. Lafayette de Andrada, Recorrente: Afonso Ferrucio Veloso e outros, Recorrida: Universidade do Brasil, Primeira Turma, em 10 de outubro de 1966 (RTJ 45/589).

<sup>58</sup> O entendimento de ser a medida liminar algo que transcendesse a própria decisão de mérito, e que, assim, pudesse ser justificativa, por si só, à manutenção de uma situação ilegal, significava inverter os termos da operação lógica. É a situação de fato dotada de caracteres especiais que induz à convalidação do ato nulo. A propósito, prova da fatal sucumbência do argumento fulcrado somente sobre a autoridade da concessão de liminar está no tratamento, ainda que incidental, do tema no recurso extraordinário nº 29.122, de 28 de novembro de 1955, relatado por Nelson Hungria, e respectivos embargos, de 7 de janeiro de 1959. Não é e não pode ser a liminar a que dá valor ao tempo transcorrido, mas ela tem o condão, entretanto, de *evidenciar* a legitimidade e correte de o lapso concretamente verificado. Afigura-se, pois, elemento que inverte o ônus da prova, prescindindo da perquirição sobre a presença de dolo na procrastinação temporal. Ela serve, assim, como prova prévia, mas não determina, por si só, um elemento anterior à necessária manutenção da situação consolidada. Esta última haure sua força da sua própria constatação fática, que, associada ao elemento de boa-fé – que não tem por pressuposto essencial uma anterior liminar concedida –, obriga a incidência da proteção da segurança jurídica pela simples constatação de uma inércia institucional. A referência dos acórdãos citados neste mesmo parágrafo à força da liminar anteriormente concedida não é o argumento último de peso, pois há algo de maior valor por detrás dos posicionamentos particulares: este algo é a segurança jurídica em sentido estrito.

<sup>59</sup> Texto integral contido na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 83, p. 921-924.

<sup>60</sup> Note-se que, embora a ementa do acórdão referido estivesse indicando a liminar como fator decisivo no posicionamento de manutenção da situação de fato consolidada, a leitura mais atenta do conteúdo do acórdão esclarece a diferença essencial entre o RE 85.179/RJ e as decisões do Supremo anteriores a esta, que trataram de questões semelhantes. Além disso, atente-se que o fato abordado por aquele recurso extraordinário detinha a particularidade de que a Administração Pública prolongara por demais a aplicação de uma decisão judicial de anulação de um concurso público, mas esta particularidade não teve outra influência senão a de *facilitar* a comprovação da inércia do Poder Público, fato este bastante para implicar validade a

estados de fatos consolidados pelo tempo. Logo, a inércia *especial* da Administração Pública no *leading case* sobre o assunto da convalidação do ato nulo é meramente accidental, podendo-se, tranqüilamente afirmar sua pertinência para casos semelhantes de razoável transcurso de tempo *in albis*, independentemente da existência de decisões judiciais de referência aos fatos em causa.

<sup>61</sup> Está-se a referir ao projeto de lei enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional, mediante a Mensagem nº 1.002, de 22 de outubro de 1996, que *regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, em que foram partícipes de sua elaboração: Caio Tácito (coordenação); Odete Medauar; Maria Silvia Zanella di Pietro; Inocêncio Mártires Coelho; Diogo de Figueiredo Moreira Neto; Almiro do Couto e Silva; José Carlos Barbosa Moreira; Adilson de Abreu Dallari; José Joaquim Calmon de Passos; Paulo Eduardo Garrido Modesto; e Carmem Lúcia Antunes Rocha. “Art. 2º. *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade e interesse público.* Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) n) interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação*”. “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*”.

<sup>62</sup> Trata-se da Súmula nº 105, com o seguinte teor: “A modificação da jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz do critério interpretativo anterior”.

<sup>63</sup> Refere-se à Decisão plenária nº 819/96, tomada no dia 12 de dezembro de 1996, referente ao Processo nº TC-007.925/96-4, onde se externou uma resposta de caráter normativo, entendendo-se que a *MP nº 1.522/96 e o Decreto nº 2.027/96, que a acompanha, somente se aplicam aos casos de servidores aposentados, reservistas ou reformados, que tenham empossado no novo cargo após o trânsito em julgado da decisão do STF no recurso extraordinário nº 163.204-6, de abril de 1996*. Resguardaram-se, pois, as situações de fato já consolidadas sob o império da interpretação anterior.

<sup>64</sup> CAVALCANTI, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964. p. 51-62: especialmente p. 56, § 2º.

<sup>65</sup> HAURIU, apud SILVA, op. cit., p. 56).

