A REVISÃO DA ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL E A ESTABILIDADE DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

I — Da força jurídica da interpretação normativa e dos efeitos de sua mudança

A) A interpretação como complemento da regra escrita — o costume interpretativo — a eficácia normativa da interpretação

Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, I, XII - XIII), com a proverbial acuidade, elucida que "interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo", *a ratio legis*, que não é *voluntas legis*, eis que a "lei não quer; lei regra, lei enuncia", interpretar é revelar as regras jurídicas que fazem parte do sistema jurídico. E conclui (p.50): "Interpretação assente de lei e lei são o mesmo; a lei é o que foi assente como interpretação dela."

A interpretação uniforme, na execução, aplicação e vivência da lei torna-se direito costumeiro, uma das formas de costume jurídico, o "*consuetudo secundum legem*", o costume interpretativo.

Define Fernando Pinto, em A Presença do Costume e sua Força Normativa (Rio de Janeiro, 1980): "Do mesmo modo, será *secundum legem* 'o costume interpretativo da lei, quando exterioriza um modo uniforme de sua aplicação (Vicente Rao, O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, Max Limonad, 1952, I, p. 292)."

O costume interpretativo se apresenta, com efeito, como fonte jurídica básica (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Cita Fernando Pinto a Paulino Jacques (Curso de Introdução ao Estudo do Direito, Rio, For., 3ª ed., 1978, p. 143/144), o qual, ao tratar do costume, "aludindo à fórmula de Ulpiano, ensina que 'se caracterizava por hábitos e práticas regulares, constantes e imemoriais, valendo como normas de organi-

zação e conduta sociais. Segundo Suarez, o costume, em seu processo de formação e desenvolvimento, passou por três fases: a) do *usus*, em que se constituía o hábito de organizar e de conduzir-se no convívio humano; b) a do *mos*, na qual aquele hábito se transformava em prática regular e constante, aceita e observada pelo convívio invariavelmente; c) a do *consuetudo*, em que aquela prática se consolidava definitivamente.

Mais tarde, os romanos vieram a disciplinar esse direito espontâneo, impondo, para que tivesse validade, dois requisitos: a) a *opinio juris*, isto é, a opinião favorável dos juristas; b) a *necessitatis*, isto é, o reconhecimento de sua necessidade pelos pretores e censores."

No campo do Direito Público, seja no Constitucional, no Administrativo, no Tributário, o costume é fundamental, e o brilhante Amilcar Falcão (Introdução ao Direito Tributário, Ed. Rio, 1976, p. 65/66) assinala, caracterizando os usos e costumes como fonte do Direito: "Tem especial importância o chamado costume interpretativo ou subsidiário (*secundum legem*), que apenas estabelece uma maneira de cumprir e interpretar a lei... O costume é sobretudo importante, porém, pelo seu caráter interpretativo, inclusive para fundamentar a defesa do contribuinte, quando a sua conduta for impugnada pelo fisco, excluindo, assim, a aplicação de penalidades."

O entendimento em tela veio a ser consagrado pelo Código Tributário Nacional, sendo aplicável ao Direito Público em geral, inclusive o Administrativo, de que é o Tributário um dosdobramento.

Com efeito, o CTN elenca, em seu art. 100, como normas complementares das leis, "as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribuía eficácia normativa" (nº II); bem como "as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas (nº III). A observância dessas normas exclui a imposição de sanções (parágrafo único).

O constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié (Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1987) caracteriza a interpretação constitucional como complementar à Carta Política, na condição de variante do costume constitucional (p. 47 e s.), traduzido na jurisprudência administrativa, parlamentar e judicial.

A *interpretação* é atuação necessária a toda e qualquer atividade jurídica.

Embora exista a *doutrinária* ou *em tese*, a interpretação está igualmente vinculada, de modo indissolúvel, às funções de concretização e de individualização do direito, seja em sua vivência pelo cidadão, seja nos misteres de execução administrativa e de aplicação jurisdicional.

Recasens Siches, em sua Filosofia del Derecho (México, Porrua, 1961, p. 626/628), assinala, com exatidão, que a interpretação das regras jurídicas não é um tema complementar, nem, ousaríamos acrescentar, estanque; e aduz

ser "muitíssimo mais: é um tema essencial, tanto na teoria, quanto na prática do Direito. Sem interpretação, não há possibilidade de que exista ordem jurídica," nem, conseqüentemente," sua observância, nem funcionamento." E conclui: "...Não pode existir nenhuma ordem jurídica sem função interpretativa, porque as normas se destinam a ser cumpridas e aplicadas.

.....

A vida humana, as realidades sociais, nas quais devem ser cumpridas e aplicadas as leis, são sempre particulares e concretas. Por conseguinte, para cumprir ou aplicar uma lei ou um regulamento é iniludivelmente necessário converter a regra geral em uma norma individualizada. E isto é precisamente o que se chama interpretação."

O *intérprete* é, exatamente, o intermediário, o medianeiro entre a regra e o caso concreto.

Interpretar é revelar o direito, é declarar qual ou quais as normas que incidam ou devam incidir *in casu*, dentro da lógica do razoável, do *logos* do humano, "da razão vital e histórica", mercê da pesquisa da *ratio* normativa.

As "leis" das ciências naturais ou exatas são descritivas, e não ensejam interpretação, diferentemente das regras jurídicas.

Ademais, os fatos e atos jurídicos, isto é, o contexto situacional que provoca a irradiação de efeitos jurídicos e sobre o qual esses atuarão, também exige interpretação.

A reiteração interpretativa, como produto da atuação da doutrina e da jurisprudência administrativa e jurisdicional, é a própria revelação da Constituição e das leis, sendo auto e heterovinculativa.

B) A mudança de interpretação

Qualquer modificação exegética terá, necessariamente, natureza constitutiva, com eficácia *ex nunc*.

O aprofundamento da aferição da licitude administrativa, com a pesquisa, não apenas da legalidade extrínseca e intrínseca, mas também da legitimidade, funciona, igualmente, como limitação, eis que a anulação do ato administrativo não deverá ser feita, se a interpretação assente for razoável, embora venha a ser, ulteriormente, tida por incorreta.

Não havendo antijuridicidade, ilicitude, houve interpretação razoável, pertinente.

Mas, ainda que se tenha caracterizado o *erro*, isso não importa.

O próprio Direito Penal — que, segundo o prisma tradicional, é o mínimo do mínimo ético — distingue entre o "desconhecimento da lei", *a ignorantia iuris*, "que é inexcusável" (art. 21, 1ª parte, do Código Penal), na linha do

estatuído pelo art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (''ninguém se excusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece''); e o erro sobre a ilicitude do fato, ou erro de proibição, que envolve o engano em seu entendimento, o equívoco na interpretação do que ela proibia, sobre a antijuridicidade da conduta, a consciência da contrariedade ao direito: é o desconhecimento do injusto.

Esse último, se inevitável (art. 21, 2ª parte, do CP) — o erro sobre a ilicitude do fato — subsumindo-se na inexigibilidade de conduta diversa, na impossibilidade de exigir-se que o sujeito, nas circunstâncias em que praticou o ato, tivesse comportamento diferente —, afasta a sanção: — a invalidade e a caducidade.

E, conforme se vê pelo disposto no parágrafo único do artigo 21 do Código Penal, considera-se inevitável o erro, se o agente atua ou se omite, sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Pontes (Tratado de Direito Privado, IV: 281) assinala que ''não há por onde se meter no sistema do direito brasileiro a anulação por erro de direito, por *error iuris* ... Nem cabe, no direito brasileiro, distinguirem-se erro sobre a regra jurídica e erro sobre os efeitos dela''.

É princípio firme do Estado Democrático de Direito, que a mudança da interpretação jurídica assente não prejudica as situações jurídicas formadas à luz da exegese anterior.

Henrique de Carvalho Simas (Curso Elementar de Direito Administrativo, Rio, Lumen Juris, 1992, I: 169-1670) assinala que a alteração da jurisprudência ''não pode atingir os atos administrativos já praticados dentro daquela orientação e de que resultam conseqüências jurídicas. A alteração só pode operar, portanto, *ad futurum*. Trata-se, é fácil verificar, de uma conseqüência do princípio do respeito ao *ato jurídico perfeito*.''

E cita o Parecer Normativo da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Chefe de Estado (RDA, 82:286 e s.), em que o Consultor-Geral Adroaldo Mesquita da Costa, em face de alteração jurisprudencial, assim se manifestou:

''Não obstante discordar dos pronuciamentos anteriores, no que concerne à tese neles versada, vejo-me na obrigação de respeitá-los e aconselhar o cumprimento das medidas decorrentes, mesmo porque entendo vasados em termos sinceros, refletindo a opinão de seus subscritores.

Ora, não seria crível que as situações constituídas com base em manifestações deste Órgão Jurídico ficassem eternamente subordinadas a confirmações posteriores. Caso isto ocorresse, estaríamos diante de uma instabilidade administrativa perigosa, em que as decisões ficariam ao sabor de cada interpretação, e sujeitas a periódicas revisões.

Demais disso, a própria Consultoria tem obedecido ao critério de não fazer retroagir os efeitos de seus pareceres, para ferir situações definitivamente estabelecidas, máxime quando a alteração da jurisprudência decorre de interpretação doutrinária e não de aplicação errônea de texto legal.

Aliás, a respeito do assunto, vale ressaltar a lição de Carlos Medeiros Silva, quando de sua passagem por esta Consultoria:

"4. Mas, a meu ver, não tem pertinência a proposta de cassação de disponibilidade. Ela foi concedida à base de uma inteligência da lei aceita pelo Chefe do Executivo e mandada observar como norma geral. É sabido que os atos administrativos não se anulam, quando, sem mácula de ilegalidade, criam situações jurídicas: cf. Seabra Fagundes, "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 2, pág. 438 e vol. 3, pág. 1; acórdão Supremo Tribunal Federal, *in* Revista cit, vol. 1, pág. 174). Em parecer publicado no Diário Oficial de 03-02-50, pág. 1.651, sustentei que "a modificação da jurisprudência administrativa, como da judicial, não obriga à revisão dos casos decididos à luz dos critérios repudiados. A autoridade e a instabilidade da administração ficariam comprometidas e abaladas se fôsse levada a rever periódica e sistematicamente os seus próprios atos, para enquadrá-los nos novos padrões interpretativos (Francisco Campos, Direito Administrativo, pág. 62)."

(a) A garantia do ato jurídico perfeito

A garantia do ato jurídico perfeito é constitucionalmente assegurada por cláusula pétrea, no art. 5º, XXXVI, da CF.

Reunidos os elementos e os requisitos existenciais do ato jurídico — inclusive o ato jurídico — administrativo —, passa ele a existir juridicamente — plano da existência jurídica —, em razão da incidência da regra sobre o substrato já faticamente existente, com o que se dão o aperfeiçoamento do suporte factual e sua entrada no mundo jurídico.

É, exatamente, o que se chama de ato jurídico perfeito, definido pelo art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, como sendo "o já consumado segundo a lei vigente do tempo em que se efetuou."

Consumado, como sabemos, em termos da reunião dos referidos elementos e requisitos existenciais.

Perfeito no plano da existência, no mesmo sentido em que o vocábulo é empregado na locução pretérito perfeito, com sua formação e seu nascimento já ultimados.

Mas o conceito de ato jurídico perfeito tem igualmente importância fun-

damental no plano da validade dos atos jurídicos: é que essa validade, sua licitude, sua juridicidade, sua legitimidade se caracterizam e têm de ser aferidas em relação ao momento do aperfeiçoamento, do nascimento do ato, de seu ingresso no mundo jurídico.

Daí, dizer-se que os vícios de invalidade do ato jurídico são sempre originários ou congênitos: inexiste a invalidade superveniente.

Diferem, portanto, dos vícios de mérito, que podem ser adquiridos: um ato originariamente conveniente, pode tornar-se inadequado.

Como ensina Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1970, IV: 222), a regra que estatua a invalidade superveniente é retroativa, e, portanto, atentatória da disposição do atual art. 5º, XXXVI, da CF.

É o princípio do *tempus regit factum* (Pontes, Comentários à Constituição de 67, com a Emenda nº I de 1969, São Paulo, RT, 2ª ed., 2ª tiragem, 1974, V: 69): não se pode ir ao passado, tornando deficiente o suporte fático que não o era ao tempo em que se deu a incidência da norma então vigente.

As garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido são da mesma natureza, da mesma hierarquia, e de idênticas eficiência e eficácia da coisa julgada: art. 5º, XXXVI, da CF, art. 6º, e §§, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Se a coisa julgada valesse mais do que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, seria preferível que a Administração Pública praticasse ilicitude e se tivesse que ir a Juízo.

Lembremos, nesta linha — e estamos no campo das garantias do *ato jurídico perfeito* e do *direito adquirido*, de mesma hierarquia, função e eficácia da *coisa julgada* —, o descabimento da *ação rescisória*, quando a decisão que se pretende desconstituir se tiver baseado em texto de interpretação contravertida — no caso, nem sequer tais questionamentos havia —, conforme o enunciado pelo verbete nº 343 da Súmula do STF, tantas vezes adotado por esse Tribunal.

Assim, praticados os atos governamentais estritamente em conformidade com a interpretação reveladora do Direito então vigente, esses atos e as situações jurídicas deles decorrentes hígidas nascem e sadios sempre viverão.

(b) O direito adquirido, inclusive "contra a Constituição"

Não podendo a mutação interpretativa atingir o ato jurídico perfeito — nem retirando-o do mundo jurídico, nem alterando-o, nem o tendo como inválido —, não pode, tampouco, atentar contra os efeitos do mesmo irradiados ou os que terão de irradiar-se: os direitos adquiridos (PONTES, Coms. cit, V: 67), sua projeção no presente e no futuro.

Assim, em sede de existência e validade, nenhuma modificação jurídica, ligada à norma de direito — seja a regra, escrita ou costumeira, que lhe dá origem; seja a sua interpretação, que lhe revela, que dá a conhecer à inteligência, seu conteúdo e alcance; quer os atos que a concretizaram e individualizaram, subjetivando-a, ela que era objetiva — pode atingir, para prejudicar, isto é, para dispor que não existiu ou não existe; ou que não valeu, ou não vale; que tem vícios jurídicos que não tinha.

Tratando da própria alteração normativa, através de leis retificativas e interpretativas, Pontes (Coms. à Const. de 1967, São Paulo, RT, 1968, V: 79/80) enfatiza: "As leis que retificam não devem retroagir. Partindo de que, em algum sistema jurídico, as leis podem ser interpretativas, peca a opinião que assimila às leis retroativas as que contêm interpretação... Todavia efeitos no passado umas e outras não devem ter: as retificativas, porque, por definição, alteram a regra jurídica antiga; as interpretativas, porque ou são supérfluas ou alteram — são possivelmente retificativas."

Conclui que a regra interpretativa, se retro-operante, viola os princípios da irretroatividade, da legalidade e da democracia.

Exemplos conspícuos de preservação de situações jurídicas funcionais, em face de alteração da interpretação do STF, podem ser citados.

Assim ocorreu, por exemplo, com o instituto da *ascensão funcional.*

Após dúvidas iniciais (pela omissão, no art. 37, II, da CF, do adjetivo primeira ao substantivo investidura, ao tratar-se da acessibilidade aos cargos públicos), fixou-se, oficialmente, o entendimento de que o provimento por concurso interno de acesso continuava validamente a existir, conforme normativamente fixado pela Presidência da República, ao aprovar parecer da Consultoria-Geral da República (DOU de 12.5.89, p. 7.333/5).

Ulteriormente, o STF, em ação direta de inconstitucionalidade decidiu que "a ascensão funcional não é mais admitida pelo inciso II do artigo 37 da atual Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente, para declarar inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro" (RTJ, 143/391 e s.).

Ora, as situações jurídicas dos servidores que se haviam movimentado na carreira do referido modo, foram legítima e pacificamente mantidas, não se tendo sequer cogitado de sua desconstituição.

Outro caso expressivo foi o da *contagem de tempo de serviço privado*, para fins de adicional, em favor dos juízes por interpretação, inclusive do TFR, do art. 65, VIII, da Lei Complementar à Constituição nº 34, de 14.03.79 (*LOMAN*).

O STF veio, ulteriormente, a alterar essa exegese, limitando-a ao tempo público (Representação nº 1.490-DF, RTJ, 178: 43 e s.).

Foram, no entanto, respeitadas as averbações já feitas e os qüinqüênios já outorgados, inclusive *ad futurum*.

Foi, ademais, reconhecido pelo STF o direito adquirido dos Magistrados que, anteriormente à Emenda Constitucional nº 7/77, já exerciam mais de um cargo de magistério universitário (RT, 550:56).

Outrossim, ainda que se aceite o debate sobre a tese da inexistência de direitos adquiridos contra a Constituição, há-de se proceder, na companhia da melhor doutrina e jurisprudência, a distinções básicas.

E valhemo-nos do superior ensinamento do eminente e brilhante Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.

Em preciso artigo doutrinário, publicado na Revista de Direito Público, nº 21, p. 174-180, sob o título "Funcionário Público — Aposentadoria — Direito Adquirido", S. Exa., invocando, legitimamente, a qualidade de Professor de Direito Constitucional, realça, embasado na mais sadia doutrina e jurisprudência, que a aposentadoria se rege pelo Direito Positivo vigente no momento em que tinha o servidor condições para requerer e exercitar o seu direito à aposentação, surgindo para o funcionário, naquele instante, o direito ao regime jurídico então vigorante.

Enfrenta, a seguir, a debatida questão de que, como a Constituição operaria *erga omnes*, contra ela não se poderia opor a presença de direitos adquiridos.

Procede, a propósito, no entanto, a fundamental distinção.

Aceitando, como regra geral, se se tratar de nova Constituição, por força de atuação do Poder Constitucional originário, não haver direito oponível à seguinte Carta Magna, ressalta que "cumpre indagar, em primeiro lugar, se a reforma implica apenas modificações do texto constitucional ou a sua substituição total."

Daí, conclui, a propósito da simples modificação, após salientar, com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o "Poder Constituinte instituído é o próprio Poder Legislativo Constituído", e não Constituinte, sendo "órgão subordinado como qualquer outro à Constituição", que a emenda tem de respeitar o princípio da irretroatividade das leis, ou seja, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Citando Caio Mário da Silva Pereira, no mesmo sentido, vale-se de seu exemplo de que "uma reforma da Constituição que tenha como escopo suprimir

uma garantia antes assegurada constitucionalmente'', como ''a inamovibilidade e vitaliciedade dos Juízes não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício''.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Direito Constitucional Comparado — O Poder Constituinte, 1974, I: 123 e s.), tratando dos Efeitos da Constituição Sobre os Direitos Adquiridos (capítulo IV), afirma que esta é uma questão ''que, em geral, é encarada radicalmente.''

E lembra que essa crítica não é nova: o inexcedível Clóvis Beviláqua (Teoria Geral do Direito Civil, nº 15) prelecionava que, ''por exemplo, no concernente às vantagens individuais de funcionários públicos, haveria direito adquirido, apesar da superveniência da Constituição dispondo em contrário.''

Cita o trabalho antes referido de Carlos Velloso e faz fundamental observação: a tese não pode ser considerada, em seu valor absoluto, se a Constituição — como a Brasileira — consagra o princípio da irretroatividade das leis, o que não acontece em muitos sistemas jurídicos alienígenas, inclusive o Direito Francês.

E conclui, sustentando que, somente no tocante às normas materialmente constitucionais, ou seja, as ''essenciais à estrutura do Estado'', é que não há direitos adquiridos, porquanto ''tais normas constituem o cerne da estrutura política, que sem elas ruiria.'' E exemplifica com o direito de voto, que pode ser retirado para os menores até determinada idade, os quais, pela Constituição anterior, o tinham.

Mas, fora desse estrito círculo, explicita o grande constitucionalista que os direitos adquiridos persistem sob a Constituição posterior.

É que a Constituição, como verdadeiro Contrato Social, subjetiva os direitos que assegura às pessoas, mesmo os de ordem política. Mas há os direitos que, além de serem subjetivos, são adquiridos pela ocorrência dos fatos geradores; esses é que não podem ser prejudicados por ulterior Carta Magna.

Os direitos não-estruturais figuram na Constituição exatamente para preservá-los das mutações. Incorporando-se ao patrimônio jurídico, econômico e moral da pessoa, nem a alteração constitucional pode atingi-los.

Se o instituto estivesse em nível legal, as modificações da regra não alcançariam os direitos adquiridos.

Seria preferível, portanto, estarem os direitos consagrados na Lei, do que na Constituição, o que é ilógico.

Foi a própria CF de 88 que, quando quis excepcionar, teve de fazê-lo

expressamente, ao estatuir, no art. 17 do *ADCT*, que não se admitia, no caso nele previsto, invocação de direito adquirido.

Se isso sempre ocorresse, não haveria necesidade dessa ressalva.

II — Da prevalência do princípio da segurança jurídica como limitador da atuação estatal de revisão

As situações jurídicas constituídas de acordo com a exegese anterior não podem ser prejudicadas, dada a prevalência do princípio da segurança ou certeza jurídica, como limitador do poder revisional dos atos jurídicos públicos.

A) A segurança jurídica como expressão dos princípios da legalidade, moralidade, legitimidade e razoabilidade no estado democrático de direito.

Os arts. 37 e 70 da CF de 88 enunciam, expressamente, conforme é sabido, como princípios básicos da Administração Pública, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, os da legalidade, da moralidade e da legitimidade.

A ele se soma o festejado princípio da razoabilidade, que, segundo consta, passará a fazer parte expressa do texto constitucional, sendo certo que já integra o sistema da Carta Magna Nacional.

Traduz esse conjunto principiológico a noção de que, a par da estrita vinculação, formal e material, intrínseca e extrínseca à lei, a atividade pública, inclusive a administrativa, tem de revestir-se de atributos e requisitos que, segundo Recasens Siches (Tratado General de Filosofia del Derecho, México, Editorial Porrua, 2ª ed., 1961, p. 641 e s.), não atendam apenas à lógica tradicional, pura, formal, de tipo matemático ou silogístico, própria para as ciências exatas ou da natureza, e, por isso, chamada lógica físico — matemática, inadequada, sozinha, para a solução das questões próprias da vida humana e, por conseguinte, para os misteres jurídicos, dentre os quais avulta o da interpretação, aplicação e execução do Direito. Mas sim, ao *logos* do humano; à lógica da razoável, "a qual é tão razão como a lógica do racional, mas diferente dessa. A lógica do humano ou do razoável é uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração, de pautas axiológicas", aplicável à existência humana e embasada na experiência histórica e própria. É uma lógica material, calcada na razão vital e histórica. Daí, a importância da busca da fixação dessa *ratio*, e, no que nos interessa, fundamentalmente, *in casu*, da compreensão de que a eficácia das normas jurídico-positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional no e para o qual se produziram e que temos de estar atentos para o fato de que a pesquisa que tem de ser realizada é a da verdadeira norma que é aplicável ao caso

concreto, eis que "o Juiz não deve colocar-se acima da lei: simplesmente deve empregar sua inteligência, para averiguar qual seja o âmbito material de eficácia ou de exigência de uma determinada lei, valendo-se, para isso, precisamente, das valorações nas quais efetivamente a lei se inspirou, valendo-se para isso cabalmente do mesmo sentido da lei. Ao fazê-lo, obedece, real e efetivamente, com estrita fidelidade, à lei."

Destaca, igualmente, o grande jus-filósofo o que qualifica como "novas perspectivas da eqüidade", que "não é um procedimento para corrigir leis imperfeitas. É a maneira correta de interpretar todas as leis, absolutamente todas".

E conclui que a execução e a aplicação do Direito requerem "que se considerem que os preceitos que dariam lugar a efeitos notoriamente indevidos não constituem a norma em verdade aplicável ao caso individualizado; e que, então, se deve averiguar se no ordenamento jurídico positivo existem outras normas que possam ser consideradas como as pertinentes para resolver o caso em questão".

Entende o autor "que é razão suficiente para considerar que uma norma não é aplicável a determinado caso singular o fato de que produzirá sobre esse os efeitos discrepantes das valorações que inspiraram a norma, ou das que inspiraram, em geral, a ordem jurídico-positiva."

Até há algum tempo, a doutrina e a jurisprudência brasileira tinham uma visão muito estreita do princípio da legalidade, e de seus cognatos, os da moralidade e da legitimidade, com desprezo pelo da razoabilidade e da estabilidade.

Tinha-se na vinculação às imposições e proibições normativas um valor absoluto, o que conduzia, necessariamente, à invalidação dos atos administrativos que as afrontassem.

Embora as Súmulas STF 346 e 473, em verdade, substancialmente objetivem, tão-somente, enunciar o reconhecimento do poder auto-executório, da Administração Pública, de invalidar seus atos ilegais, foi seu teor tomado com excessiva amplitude, inclusive não se cogitando do aspecto temporal preclusivo, hoje aceito, como antes demonstrado.

É certo, porém, que, ao lado das hipóteses mais graves de inexistência e de nulidade, já se identificavam, também no Direito Público, as figuras da anulabilidade e da irregularidade.

Outrossim, compreeendeu-se que, muitas vezes, no conflito entre o interesse absoluto de se eliminar qualquer ato administrativo viciado, e o interesse concreto de, por motivos de justiça, de segurança das relações jurídicas, de

razoabilidade (*ratio* humana), portanto, manterem-se efeitos do ato, ou convalidá-lo, deve prevalecer o segundo (cf. meu Direito Administrativo Didático, Rio, Forense, 3ª ed., 1985, p. 116/117).

É aparente o contraste entre, de um lado, dever o ato administrativo viciado ser, em princípio, eliminado do mundo jurídico; e, de outro, serem aproveitados ele e seus efeitos, procedendo-se à sua conservação ou sanatória. E que essas não têm por base o interesse particular, mas sim o interesse geral, concreto, de se manterem situações jurídicas resultantes de atos viciados, ou de se expungirem os vícios que os contaminam, em face de fatos, como tempo decorrido, a boa fé das pessoas envolvidas, o número dessas pessoas.

Constatou-se que se atende melhor ao interesse público, conservando-se, total ou parcialmente, os efeitos produzidos; dando-se eficácia *ex nunc*, e não *ex tunc*, a uma nova interpretação, que inquina de viciados os atos e seu efeitos; do que, cegamente, extinguindo-se o ato viciado e suas conseqüências.

Daí, os mencionados institutos da conservação do ato e de seus efeitos; da convalidação, por confirmação, ratificação; o aproveitamento por conversão ou redução; da correção ou desconsideração de irregularidades.

A evolução, dentro da lógica do razoável, consistiu em superar-se, definitivamente, a idéia de conflito ou contraste de interesses; de laivos de excepcionalidade.

É que, conforme já se salientou amplamente, incide, na espécie, a garantia do ato jurídico perfeito e dos conseqüentes direitos adquiridos e, por isso, não se trata de caso de eliminação jurídica.

Assim, a postura de conservação, de convalidação ou de aproveitamento do ato e de seus efeitos nada mais é, do que a afirmação dos princípios da legalidade, da moralidade, da legitimidade, enfim da licitude no exercício da função estatal, sob a inspiração do princípio da razoabilidade.

b) A garantia da segurança jurídica e a proteção da boa fé e da confiança do cidadão, como imperativos da licitude do exercício das funções estatais.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é explícita em que a instituição, por ela, de um Estado Democrático, se destinou a assegurar "a liberdade, a segurança".

O *caput* do art. 5º reitera que se garante a todos "a inviolabilidade do direito à ... liberdade ... à segurança".

A insegurança jurídica, a frustração da confiança do cidadão é, na essência, um atentado à liberdade, no seu sentido mais amplo e importante: o do que o homem, enquanto indivíduo, não age no atendimento de uma função; quando

exercita suas grandes opções de vida, na orientação dessa, não tem comprometimento finalístico-jurídico.

É a liberdade assegurada no preâmbulo da Constituição e no *caput* de seu art. 5º.

Por isso mesmo, essa garantia figura sempre, nos citados tópicos, ao lado da segurança — em que se inclui a jurídica —, como direitos fundamentais de cada membro do povo brasileiro.

É que, se feita a opção legítima em face do Direito posto, assentemente interpretado, revelado, executado, cumprido e aplicado pudesse, futuramente, vê-la tida por ilícita, não mais haveria liberdade e segurança, mas dependência, sujeição, risco. O cidadão voltaria a ser súdito.

J. Cretella Júnior (Comentários à Constituição, 1988, Rio, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, I: 97) é expressivo: "Além do exercício da liberdade, o Estado de Direito Brasileiro assegura, constitucionalmente, ao indivíduo condições de segurança. De que adiantaria a liberdade, sem possibilidades reais e tranqüilas de exercê-la?"

E *bona fide*, etimológica e semanticamente, é cognata com confiança.

J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1992, p. 375 e s.) elenca, entre os princípios do Estado de Direito Democrático, os da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos: "Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se consideraram como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: — o princípio da segurança jurídica; — o princípio da confiança do cidadão".

E acrescenta (p. 377/378):

"Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que a seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas."

Daí, a proibição da retroatividade normativa; a inalterabilidade do caso julgado; e a irrevogabilidade do ato administrativo constitutivo de direitos.

O princípio da segurança jurídica tem sua eficácia "*ex post*": a estabilidade das decisões estatais e a eficácia "*ex ante*" ou previsibilidade, traduzida na certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos governamentais.

A segurança jurídica também envolve a uniformidade ou estabilidade da

jurisprudência, que, se, sob o aspecto da previsibilidade, é limitada, não havendo direito à manutenção da jurisprudência — a súmula pode ser revista —, funciona plenamente no sentido da estabilidade "post facto", na medida em que revelou o direito, proclamou a interpretação assente.

Modernamente se alude à norma de decisão. Preleciona Canotilho (op. cit., p. 229) que uma regra jurídica adquire verdadeira normatividade, quando, com a "medida de ordenação", nela contida, se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através de sua aplicação ao caso jurídico a decidir, mediante, inclusive, a concretização administrativa, pela prática de atos individuais das autoridades executivas.

Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, I: 139) define segurança jurídica, referindo-se à ordem jurídica: "é a segurança que têm as pessoas quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos direitos, principalmente no trato com as outras pessoas". Segurança do direito "consiste em que se não ponham em dúvida a sua existência e o seu conteúdo", segurança do tráfico é a de que a "modificação do estado presente das posições jurídicas de alguma pessoa não seja atingida por circunstâncias que ela ignora."

Outrossim, acentua (p. 138) que "a ciência jurídica e a técnica jurídica legislativa foram descobrindo casos em que seria proveitoso amparar aquele que confiou, dando-se eficácia a negócios jurídicos, que não a teriam."

Norberto Bobbio, em seus "Studi per una Teoria Generale del Diritto" (Torino, Giappechelli Ed., 1970, p. 26), assim discorre sobre a certeza do ordenamento jurídico: "Por certeza do direito entende-se, o mais das vezes, a determinação de uma vez para sempre, dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um certo tipo de ato ou fato, de modo que o cidadão esteja apto a saber, com antecipação, as conseqüências da própria ação e de regular-se, consabidamente, de conformidade com as normas estabelecidas."

Almiro do Couto e Silva, em seu festejado trabalho "Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo" (RDP, nº 84, p. 46 e s.), brinda-nos com as mais preciosas lições sobre o tema:

"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 as 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 ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.

A esses dois útlimos 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. (...)

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço — tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir 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.

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. 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. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. (...)

A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranqüilos 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 conseqüência jurídica para os destinatários.''

Após longa dissertação, passa a examinar o Direito Estrangeiro: o Francês, o Italiano, o Alemão, o Português, o *Commom Law*, com citação do *Corpus Juris Secundum* norte-americano.

Quanto ao Direito Brasileiro, cita Seabra Fagundes, José Frederico Marques e Miguel Reale, inclusive quando esses dois últimos sustentam que o exercício do poder anulatório está sujeito a um prazo razoável, como exigência implícita no *due process of law*. Lembra Frederico Marques o caso Dame Cachet, de 1923, cuja solução foi seguida nos 'affaires Vallois e Gros de Beler', do mesmo ano, e o Dame Inglis, de 1925, e em que se consolida a orientação, do Conselho de Estado, até hoje prevalente, de que o prazo para o exercício, pela Administração, de seu poder de anulamento, é de dois meses, idêntico ao do recurso, dos particulares do contencioso de anulação. Sugeriu o grande processualista brasileiro o de 120 dias, do mandado de segurança.

Giza, ainda, Couto e Silva o parecer de José Néri da Silveira, de 1965, quando Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (*DOE* do RS, de 24.09.65), no qual lembrava ''a opinião do Ministro Orozimbo Nonato, expressa em voto no Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: 'O que se geralmente aceita é que o ato nascido da ilegalidade, revogável se mostra pela administração ou por ela é anulável. Mas, se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeitos'.

Depois disso, no entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se em favor da preponderância do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da segurança jurídica, cristalizado na conhecida Súmula 473, com este enunciado: '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'.

Bem se vê que a faculdade de anulamento dos atos administrativos inválidos por ilegais não comporta, nos termos desta Súmula, como também na de nº 346 ('A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos') qualquer exceção.

Pronunciamentos isolados do STF foram modificando essa posição extremamente conservadora e que se poderia qualificar até mesmo de atrasada, se posta em confronto com as adotadas em outros países. Assim é que no RMS 13.807, da Guanabara (RTJ 37/248), a 3ª Turma do STF (decidindo caso

relacionado com situação de aluno que se formou e passou a exercer profissão amparado em medida liminar em mandado de segurança, depois revogada na sentença), guiada pelo voto do Min. Prado Kelly, entendeu que a liminar deu causa a uma situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. Não era isso outra coisa do que o reconhecimento da sanatória do nulo. No RMS 17.144, da Guanabara (RTJ 45/589), reiterou-se, em caso semelhante ao anterior, a mesma orientação.

Mas o *leading case* nessa matéria é o apreciado pela 1ª Turma do STF no RE 85.179, do Rio de Janeiro, Rel. o Min. Bilac Pinto.

Nesse acórdão, que também trata, com os anteriores, de efeitos gerados por medida liminar em mandado de segurança, são invocados os precedentes jurisprudenciais aqui já referidos e a lição de Miguel Reale, também já exposta, para afirmar-se, em conclusão, a impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, 'já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou', como se lê na ementa.''

E conclui: ''É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de termo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos.''

Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 104/105) sublinha que existe por sobre ''o dever de invalidar'', o de ''manutenção do ato por impedimentos do próprio ordenamento jurídico''.

Em seu fértil trabalho, ''Da Consolidação e da Invalidação dos Atos Administrativos'' (São Paulo, RT, 1990), a publicista Weida Zancaner faz considerações absolutamente pertinentes ao caso.

Assim, se há um dever, da Administração Pública, de invalidar o ato viciado e a situação dela decorrente, há um dever de convalidar; e existem hipóteses em que a Administração já não pode desfazer a situação, e nem são casos de convalidação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, preleciona (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 5ª ed., 1994, p. 236):

"Acompanhamos, pois, na matéria, os ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zancaner (Consolidação e Invalidação dos Atos Administrativos, Malheiros Editores, 2ª ed., 1993). Ciframo-nos aqui a sintetizar sua valiosa orientação, que assim se pode exprimir: (I) sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado estará na obrigação de convidá-lo, ressalvando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário; (II) sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: (a) quando já se escoou o prazo, dito 'prescricional', para a Administração invalidar o ato; (b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.

Exemplificaria tal hipótese o loteamento irregularmente licenciado cujo vício só viesse a ser descoberto depois de inúmeras famílias de baixa renda, que adquiriram os lotes, haverem nele edificado suas moradias."

Em recente e brilhante palestra, sob o título "Aspectos do Controle de Constitucionalidade da Norma Jurídica", proferida, em 26.11.94, no Seminário Regime Jurídico da Empresa Estatal, no Rio de Janeiro, o eminente Ministro José Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, assinalou que, da mesma maneira como se há de preservar na área do Direito Privado, o ato aparente; e a boa fé em defesa daqueles que tiveram como regular um ato, uma situação; com maior razão assim se terá de proceder no Direito Público, em que predomina a presunção de legitimidade dos atos que, nessa área, se praticam.

Mostra o ilustre Magistrado que, mesmo em tema de leis inconstitucionais, o Direito Comparado apresenta expressivos exemplos — que cita, com os da Áustria, de Portugal, da Espanha — de Constituições que dão eficácia *ex nunc* à anulação, ou até mesmo, um prazo residual para a expiração da vigência das normas anuladas, salvo no que tange à situação que deu origem à causa.

Sempre preocupado com a proteção de efeitos que já se consumaram, cita voto seu em processo em que se discutia a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais gaúchas de efetivação, sem concurso público, de milhares de servidores contratados, ao completarem 10 anos de serviço público, e em que se pronunciou no sentido da manutenção de atos de antiga duração e múltiplos efeitos.

Indica, outrossim, a magnifica obra do saudoso Ministro João Leitão de Abreu, sob o título "A Validade da Ordem Jurídica" (p. 162/163), em que o brilhante jurista anota que "qualquer que sejam, porém, as explicações articuladas, a verdade é que, no fundo, são todas influenciadas, conscientemente ou não, pela idéia de que os fatos, em virtude de sua própria energia, impõem-se ao reconhecimento da ordem jurídica."

Sobre a matéria de segurança jurídica citem-se expressivas manifestações recentes, dos ilustrados Professores Francisco Mauro Dias (em parecer como Consultor Parlamentar da Presidência da Assembléia Legislativa) e Toshio Mukai (Da Segurança Jurídica, in Boletim de Direito Administrativo, nº 2, de 11.9.95, p. 67 e s.).

Em parecer datado de 17.03.95, o eminente jurista Caio Tácito, analisando julgado do STF, conclui: "...o teor fático da decisão contempla a pretensão do impetrante em adquirir direito novo, que lhe fora denegado na instância administrativa; conseqüentemente, a decisão não enfrentou — nem era pertinente que o fizesse — a hipótese de revisibilidade de atos que, com anterioridade, houvessem constituído direito à acumulação de proventos de inatividade com a remuneração pelo exercício de cargo ou função pública; (...) de qualquer modo, o princípio geral de garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, acrescido da diretriz consagrada de que as alterações jurisprudenciais não conduzem, nem induzem à ilegalidade dos atos administrativos praticados em conformidade com orientação antes estabelecida, inviabilizam a revisão que se pretende aplicar a situações definitivamente constituídas, impondo-se opção contrária à estabilidade de direitos individuais."

Esse é o panorama atual do Direito Público, Nacional e Estrangeiro, na identificação dos limites da revisão da atividade estatal, em função da prevalência do princípio da segurança jurídica.