

MODULAÇÃO TEMPORAL *IN FUTURUM* DOS EFEITOS DA ANULAÇÃO DE CONDUTAS ADMINISTRATIVAS

Rafael Maffini[†]

Sumário: I. Introdução; II. Proteção da confiança e anulação vedada pelo decurso de prazo decadencial; III. Proteção da confiança e anulação não-retroativa das condutas administrativas; IV. Proteção da confiança e anulação das condutas administrativas com termo inicial *in futurum*; V. Conclusões.



I. Introdução:

Não é novidade afirmar que o Direito Administrativo vem passando por significativas alterações. Os tempos hodiernos – freqüentemente batizados de pós-modernidade¹ – trazem consigo a característica da acentuada e inevitável dinâmica social, que, em velocidade ímpar, conduz a modificações constantes. Mudam os comportamentos, mudam os conceitos, mudam os valores, e, como não poderia deixar de

[†] Advogado em Porto Alegre, sócio do escritório Rossi, Maffini & Milman Advogados, Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS, Professor de Direito Administrativo.

¹ Aqui, o termo pós-modernidade é utilizado na feição que lhe é conferida com a precisão peculiar por Cláudia Lima Marques em sua variada produção doutrinária, da qual se destaca: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155-174.

ser, mudam o Estado e o Direito.

O Direito Público, e especialmente o Direito Administrativo, é a área da Ciência Jurídica em que tal realidade mais se mostra perceptível. Diante de tal inegável realidade, a metodologia prospectiva deixa de ser uma questão de conveniência para se tornar uma necessidade científica. Mais importante, pois, do que se estudar o passado ou, até mesmo, o presente, é compreender-se o porvir dos institutos relacionados com o Direito Administrativo.

O tema da anulação – ou invalidação² – das condutas administrativas, por seu turno, representa um dos assuntos que atualmente mais se mostra sensível à instabilidade teórico-científica, razão pela qual, na mesma medida, é um dos assuntos em que mais estará o intérprete legitimado a construções prognósticas. Dentre as várias novidades que se pode encontrar em relação à anulação de condutas administrativas inválidas, mostra-se cabível destacar todo um arcabouço de limites – outrora impensáveis – imponíveis tanto em relação à anulação propriamente dita, quanto à sua retroeficácia. Em ambos os casos, ponderam-se, de um lado, a legalidade e a autotutela administrativa e, de outro, a segurança jurídica ou, como parece ser mais adequado, o princípio da proteção substancial da confiança³.

² Respeitosamente, não se concorda com a diferenciação proposta por GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 103, para quem “invalidação” é o termo empregado no caso de retirada do ato pela própria Administração Pública, enquanto que “anulação” seria a retirada do ato administrativo ilegal pelo Poder Judiciário. Utiliza-se, pois, “anulação” e “invalidação” enquanto sinônimos. Conveniente recordar que isso não seria possível no Direito Privado. Entretanto, é plenamente possível afirmar que as teorias de invalidades encontradas no Direito Administrativo não se identificam com as existentes no Direito Privado.

³ Já tive a oportunidade de estudar o princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo brasileiro, em MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. Na doutrina estrangeira, destacam-se as seguintes obras: CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*.

Propõe-se, neste breve ensaio, o enfrentamento de algo que parece ser uma outra forma de concretização do princípio da proteção da confiança, como instrumento de ponderação da legalidade administrativa. Tal abordagem não trata de questões que já vêm sendo relacionadas com a proteção da confiança e com a segurança jurídica, como é o caso da delimitação prazal – de natureza decadencial – para a anulação administrativa⁴ ou da preservação dos efeitos de condutas administrativas invalidadas, através de uma eficácia *ex nunc* em relação a terceiros⁵ ou destinatários⁶ de boa-fé.

O que se busca analisar neste breve ensaio diz respeito à possibilidade de modulação temporal *in futurum* (ou *pro futuro*) dos efeitos da anulação de condutas administrativas, para a fixação de um momento ulterior à própria anulação, a partir do qual tal modo extintivo passaria a surtir efeitos⁷.

Madrid: Marcial Pons, 1998; SCHONBERG, Soren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford, 2000; CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001; GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.

⁴ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 131-168.

⁵ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 171-176.

⁶ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 176-185.

⁷ As idéias vertidas neste ensaio – inclusive a expressão “modulação temporal” – partiram dos ensinamentos esposados por Gilberto Schäfer em brilhante palestra sobre o “*processo constitucional*”, em Curso de Atualização de Magistrados (Direito Público) realizada pela Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), em 09.06.2006. Em tal evento, tive a honra de proferir palestra sobre a “*proteção da confiança no direito público*”. O ilustre magistrado gaúcho discorreu, dentre outros temas, sobre a modulação temporal *pro futuro* no controle de constitucionalidade das leis, o que me permitiu cogitar de fenômeno semelhante em relação às condutas administrativas invalidadas. Outrossim, deve ser registrado que Gilberto Schäfer, em sua judicatura, já teve a oportunidade de concretizar caso de modulação temporal para o futuro de anulação de condutas administrativas, como no julgamento da Ação Civil Pública nº 10500020237, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Guaíba, RS. Neste processo, anulou-se contrato administrativo, determinando-se, contudo, que a sua

Assim, estar-se-ia cogitando da possibilidade de que, invalidada uma conduta administrativa, esta ainda assim produzir efeitos até um termo futuro, a ser determinado pela autoridade competente, através de parâmetros razoáveis, o que seria feito com vistas à tutela compatibilizada de valores constitucionalmente protegidos – tanto quanto o é a legalidade administrativa – como é o caso da proteção da confiança.

Externada a curiosidade que subjaz este trabalho, afigura-se necessário advertir que não se buscam conclusões peremptórias, impossíveis em face da ausência de enfrentamento jurisprudencial ou doutrinária da questão. Aliás, o risco de cometimento de equívocos e imprecisões é significativo. Pretende-se tão-somente uma provocação, para que a discussão seja iniciada. Se o for, portanto, este trabalho terá atingido o seu desiderato.

II. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E ANULAÇÃO VEDADA PELO DECURSO DE PRAZO DECADENCIAL:

Da noção da legalidade administrativa dimana a potestade atribuída à Administração Pública de invalidar atos e condutas que se apresentem, direta ou indiretamente, contrários à Lei e ao Direito⁸. Tais prerrogativas extintivas de atos e condutas contrários à ordem jurídica representam, pois, manifestação da assim denominada “autotutela administrativa”,

execução fosse preservada até termo futuro, tanto para oportunizar a realização de processo licitatório, quanto para serem cumpridos os compromissos e encargos assumidos pelos contratados.

⁸ Vide, no plano federal, o disposto no Artigo 2º, § único, I, da Lei nº 9.784/99 (“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. ... Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... I - atuação conforme a lei e o Direito”). É notável a influência do Artigo 20.3, da Constituição da Alemanha (“Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”).

desde há muito reconhecida no Direito Administrativo brasileiro⁹.

Ocorre que a legalidade, embora extremamente relevante, há de ser, como qualquer outro princípio jurídico, ponderada em face de outros princípios ou valores não menos relevantes à ordem jurídica.

Neste sentido, não se pode olvidar que, consoante já decidido pelo próprio STF¹⁰, a legalidade não pode mais ser considerada como um fim em si mesmo, porquanto se apresenta dotada de uma índole eminentemente instrumental, justamente orientada à consecução do sobreprincípio da segurança jurídica¹¹. Em outras palavras, a legalidade não existe para a própria legalidade, mas para a obtenção de um estado de coisas que enseje segurança jurídica e, assim, conforme o Estado de Direito. Daí porque se afirmar que “la seguridad jurídica no es solamente seguridad en legalidad, sino también, seguridad en el Derecho”¹².

Cumpre salientar que, na maioria dos casos, a legalidade cumpre o seu desiderato instrumental de garantia da segurança jurídica e, desta forma, de conformação do próprio Estado de Direito. Assim, não seria equivocado asseverar que uma determinada conduta administrativa contrária à lei e ao Direito

⁹ Pode-se reconhecer como marcos da autotutela administrativa a edição, em 1963, da Súmula 346 (*A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*) e, posteriormente, em 1969, da 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*), ambas do STF.

¹⁰ Pet 2.900 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003.

¹¹ Acerca dos sobreprincípios, oportuna é a lição de ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39, para quem “há princípios que se caracterizam justamente por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos. Esses princípios podem ser denominados de sobreprincípios.[...] Exatamente por isso, o princípio mais amplo exerce influência na interpretação e aplicação do princípio mais restrito”.

¹² LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002, p. 198.

representaria, também, contrariedade às noções de segurança jurídica e de Estado de Direito, razão pela qual haveria de ser retirada do mundo jurídico.

Ocorre que, por vezes, em casos obviamente excepcionais, a legalidade induz a decorrências que, ao invés de concretizar a segurança jurídica, culminam por contrariá-la, razão pela qual se impõe a ponderação de tais valores, com vistas à consecução do Estado de Direito. Impõe-se, pois, como dito em outra época, que a legalidade seja “temperada” com outros valores não menos relevantes à segurança jurídica¹³.

Desse fluxo de idéias, tem-se como um dos mais importantes instrumentos de ponderação da legalidade e da proteção da confiança justamente a fixação de uma delimitação prazal para que a Administração Pública exerça potestade que lhe é outorgada de invalidar seus próprios atos administrativos. Eis a decadência administrativa que, em termos gerais, e em relação ao plano federal, é prevista no Artigo 54, da Lei nº 9.784/99^{14 15}. Trata-se de uma nítida manifestação do princípio

¹³ O emprego da expressão “*temperar a legalidade com outros cânones da estabilidade das relações jurídicas*” deve-se a precedentes de lavra do eminente Min. Humberto Gomes de Barros, no Superior Tribunal de Justiça, dos quais se destacam o REsp 6.518, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 19.08.1991 e o REsp 45.522, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 14.09.1994.

¹⁴ “*O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*”. A aplicação da Lei nº 9.784/99 restrita ao plano federal decorre, num primeiro momento, do seu próprio artigo 1º, pelo qual tal lei estabelece “*normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*”. Importa compreender que, mesmo se não existisse tal preceito legal autodelimitador, ainda assim a conclusão não poderia ser diferente. Trata-se, em efeito, de questão pertinente à competência legislativa de matérias de Direito Administrativo. Isso porque, considerando-se a autonomia político-administrativa que cada ente federal possui (art. 18, da CF/88), bem assim o fato de que não se atribui à União (por exemplo, no art. 22, da CF/88) uma competência geral de legislação sobre o Direito Administrativo, impõe-se a conclusão de que, como regra, cada ente federal detém competência para legislar sobre as suas próprias regras de Direito Administrativo, havendo, por óbvio, exceções pelas quais a Constituição

da proteção da confiança, o qual, dada a tradição eminentemente “legalista” do Direito Público pátrio, vem sofrendo indevidas resistências¹⁶. Com efeito, o princípio da

determinada que a União legisle sobre matérias de Direito Administrativo nas quais a uniformização nacional entende conveniente, como é o caso das desapropriações (art. 22, I) e das normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII). Ou seja, pode-se afirmar que, em termos gerais, existem tantos “Direitos Administrativos”, objetivamente considerados, quantos são os entes federais que compõem o Estado brasileiro. Vide, nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993. Daí, pois, a clássica diferença proposta por ATALIBA, Geraldo. *Pareceres de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, v. 3, p. 16-17 entre “lei federal” e “lei nacional”

¹⁵ Cumpre recordar que a matéria em comento é uma daquelas sobre as quais cada ente federado porta autonomia para legislar, consoante anteriormente asseverado. Isso implica dizer que se os Estados-Membros, o Distrito Federal ou Municípios editarem as suas respectivas regras tratando da matéria, essas, por óbvio, serão as aplicáveis. Citam-se, por exemplo, a Lei Estadual nº 10.177/98, que previu um prazo decadencial de dez anos, e a Lei Estadual nº 3.870/02 e Lei Distrital nº 2.834/01, que estabelecem, para o Estado do Rio de Janeiro e para o Distrito Federal, um prazo de cinco anos para que a Administração Pública exerça a sua prerrogativa invalidatória. Já em relação aos entes federados que não possuem regras legais próprias sobre a matéria, concorda-se com, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 201 para quem “quanto aos demais Estados e Municípios, em que as respectivas leis não demarquem um interregno temporal ao exercício da competência de invalidar, de seguir a recomendação estabilizada pela doutrina, conforme a qual as situações jurídicas consolidadas pela passagem de razoável lapso de tempo, cuja fixação, dadas as particularidades do caso concreto, não de ser fixadas pela Administração, ou pelo Judiciário, não mais podendo ensejar a superveniência de invalidação, contanto verificada a boa-fé [a proteção da confiança, da qual, no caso, a boa-fé é pressuposto] dos destinatários”. Embora, em linhas gerais, tais idéias sejam adequadas, acredita-se, entretanto, que uma fixação casuística do prazo, em hipóteses como essa, poderia ensejar, ao contrário do pretendido, um *status* de insegurança jurídica. Justamente por tal razão é que se opta, mesmo em relação aos casos em que não há fixação do prazo por intermédio de uma regra legal positivada, ainda assim se fixar o tal prazo razoável nos tradicionais cinco anos, como sugerido, dentre outros, por COUTO E SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

¹⁶ “... el principio de protección de la confianza legítima tiene un contenido realmente chocante para nuestra mentalidad jurídico-administrativa, formada en el respeto absoluto de la legalidad de la actuación administrativa, respeto que actúa

proteção da confiança consiste em um consectário subjetivo da segurança jurídica¹⁷, tendo por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais. Trata-se, pois, de uma delimitação prazal pela qual não se permite a perpetuação da prerrogativa anulatória da Administração Pública, impondo a preservação de atos administrativos mesmo quando inválidos, se ultrapassado, da prática do ato ou da fruição de seus efeitos patrimoniais, o prazo decadencial de cinco anos.

Cumprе salientar que a decadência da potestade invalidatória que se analisa reclama, basicamente, a conjugação de três requisitos legalmente previstos¹⁸, além da presunção de

*como límite al juego de otros principios utilizados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa como el de la buena fe o el de los actos propios, ya que permite mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la Administración. En tales supuestos, la seguridad jurídica prima sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa e impide a la Administración remover la situación favorable al Administrado por muy ilegal que sea” (MARIN RIAÑO apud BLANCO, Federico A. Castollo. *La protección de confianza em el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 99).*

¹⁷ Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256, para quem “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conforma autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexonada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos”.

¹⁸ A inexistência de critérios objetivos e previamente determinados quanto à ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança geraria, por mais paradoxal que pareça, um estado de insegurança jurídica. Ensina LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid:

legitimidade ou validade das condutas administrativas¹⁹, a qual confere justamente a “base da confiança” depositada nas condutas estatais.

É importante salientar que, consoante ensina Odete Medauar²⁰, a presunção de validade das ações estatais encontra amparo explícito no próprio texto da Constituição Federal, notadamente no artigo 19, II, da Carta Política, pelo qual “é vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios ... recusar fé aos documentos públicos”²¹. Já se disse no STF que a “presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”²². Sendo, pois, a presunção de validade um atributo que também protege o destinatário do ato administrativo, não se pode negar à tal expectativa a condição

Civitas, 2002, p. 88, que “*la falta de unos requisitos claros a la hora de determinar la aplicabilidad del principio de protección de la confianza genera, paradójicamente, inseguridad jurídica*”.

¹⁹ Acerca do atributo da presunção de validade, vide, na doutrina pátria, dentre outros, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 383; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31-32; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 80-81; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191-192; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67-68; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158-160; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102; MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 212.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

²¹ Por ocasião do julgamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, do MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, pronunciou-se o Min. Carlos Ayres Britto no sentido de que “*a própria Constituição assevera, no art. 19, inciso II, que não se pode ‘recusar fé aos documentos públicos’*. Essa é uma das matrizes do princípio da presunção de validade dos atos jurídicos”.

²² RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.1994. Do mesmo modo, RE 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998.

de uma “confiança legítima”. Como ensina Almiro do Couto e Silva, “o que o direito protege não é a ‘aparência de legitimidade’ daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da ‘aparência de legitimidade’ que têm os atos do Poder Público”²³. Afigura-se apropriado, portanto, afirmar que a presunção de validade das condutas administrativas consiste na verdadeira “base da confiança” (*Vertrauensgrundlage*, no Direito Alemão), apta a ensejar a “legitimidade” da expectativa depositada nas ações estatais e, assim, a sua proteção jurídica.

A par da presunção de legitimidade, pois, o primeiro critério necessário para a limitação prazal em lume diz respeito à natureza do ato administrativo, porquanto somente se possa falar em decadência da potestade anulatória da Administração Pública quando se tratar de atos que produzam efeitos benéficos aos seus destinatários, ou seja, quando de tratar de um “*ato administrativo ampliativo*”²⁴.

O segundo requisito exigido como critério de ponderação entre a proteção da confiança e a legalidade administrativa, na fixação do prazo decadencial em questão, também previsto pelo Artigo 54, da Lei n° 9.784/99, consiste na boa-fé do destinatário do ato, assim compreendida o fato de que esse não tenha contribuído para a invalidade que eiva o ato²⁵.

²³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, n° 237. Rio de Janeiro: Renovar, jul/set 2004, p. 275.

²⁴ Atos ampliativos “*constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades*” (SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 290). No texto do Artigo 54, da Lei n° 9.784/99, utilizou-se a expressão “*atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários*”.

²⁵ Nesse sentido, importante referir o REsp. 603.135, Rel. Min. Teori Zavazcki, j.

Por fim, o último dos requisitos reclamados pelo Art. 54, da Lei nº 9.784/99, ou seja, para a decadência administrativa, corresponde ao prazo quinquenário a contar da prática do ato viciado ou, no caso, a efeitos patrimoniais contínuos, da percepção do primeiro pagamento²⁶. Trata-se de um critério flagrantemente objetivo, cuja aferição se faz, por isso mesmo, singela. O lapso temporal é, como não poderia deixar de ser, determinante para a implementação do prazo extintivo decadencial²⁷.

Implementadas todas estas condições, opera-se a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública, de forma que a proteção substancial da confiança que lhe é subjacente será suficiente para impossibilitar a própria

08.06.2004, no qual se deixou de aplicar a regra em comento em face da má-fé comprovada do destinatário do ato. Em sede doutrinária, concorda-se com a lição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez 1997, p. 34, para quem “*O que é, pois, agir de boa fé? É agir sem malícia, sem intenção de fraudar a outrem. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má fé, a qual se caracteriza como o comportamento consciente e deliberado produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ser ou não ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injustos*”.

²⁶ Questão interessante diz respeito ao termo inicial da contagem de tal prazo decadencial, em atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas. O STF vem decidindo que o termo inicial não seria o da prática do ato, mas do registro pela Corte de Contas. Já tive a oportunidade de criticar, respeitosamente, tal orientação em MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Conta e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005. De qualquer sorte, o STF reabriu tal discussão no julgamento do MS 25.116, pendente de conclusão em face de pedido de vista feito pelo Min. Gilmar Mendes.

²⁷ Nesse sentido, pode-se dizer, tal como faz OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1069, que o “*tempo desempenha em Direito Administrativo, tal como em qualquer outro sector do ordenamento, um papel de facto gerador do ‘esquecimento’ de situações jurídicas contrárias ou conformes à legalidade jurídico-positiva, modificando e invertendo o seu sentido ou os seus efeitos*”.

extinção do ato e sendo assegurada, além dos efeitos pretéritos, a existência *pro futuro* da conduta administrativa sobre a qual o referido prazo extintivo acoberta a invalidade²⁸.

III. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E ANULAÇÃO NÃO-RETROATIVA DAS CONDUTAS ADMINISTRATIVAS:

Costuma-se dizer que a anulação de condutas administrativas caracteriza-se por ser, em geral, *ex tunc*²⁹. Tal afirmação, ao que se pensa, também deve ser colocada em xeque, em face dos valores intrínsecos ao princípio da proteção substancial da confiança.

Com efeito, aproveitando-se num paralelo, a idéia acima proposta, pode-se afirmar que tal como a decadência da prerrogativa invalidatória é excepcionada pelo prazo decadencial, também a eficácia retroativa da anulação – administrativa ou judicial – de um ato administrativo apresenta-se excepcionável pela preservação de alguns ou de todos os efeitos até então produzidos³⁰.

²⁸ Por estar também sujeito ao princípio da proteção da confiança, mostra-se adequado afirmar que o Poder Judiciário terá de observar o prazo em comento, abstendo-se de invalidar um determinado ato administrativo quando um interessado – seja a própria Administração Pública, seja um terceiro – pleitear a anulação judicial de tal ato se tal conduta já tiver sido estabilizada pela decadência administrativa. De outra banda, se implementado o prazo decadencial e, ainda assim, a Administração Pública promover a – indevida, portanto – anulação de um ato administrativo, terá o Poder Judiciário de anular a anulação administrativa, porquanto perpetrada essa de modo a infringir a decadência administrativa.

²⁹ Nesse sentido, dentre outros, cita-se ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 470; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 426; CARVALHO FILHO, *Manual de...*, 1999, p. 106; DI PIETRO, *Direito...*, p. 226; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 224; GASPARINI, *Direito...*, p. 103; MEIRELLES, *Direito...*, p. 204; MOREIRA NETO, *Curso de...*, p. 145; MUKAI, *Direito...*, 1999, p. 216; OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revonar, 1997, p. 129.

³⁰ Nesse sentido, é possível fazer um paralelo do instrumento de concreção da proteção da confiança no que tange à preservação de efeitos pretéritos de atos administrativos invalidados, com a preservação de alguns efeitos de leis

A questão poderia ser assim proposta: não se configurando hipótese em que a invalidação estaria, por alguma razão³¹, obstada, deve-se promover a invalidação do ato, porquanto perpetrado à revelia da ordem jurídica. A invalidação é acompanhada pelo seu ordinário efeito desconstitutivo de retirar do mundo jurídico os efeitos até então produzidos desde a prática viciada do ato. No entanto, tal eficácia desconstitutiva poderá ser, em nome da proteção da confiança, mitigada e até neutralizada, no sentido de que todos ou, ao menos, alguns dos efeitos até então produzidos sejam preservados. Trata-se, pois, de casos justificados no princípio em foco, nos quais a invalidação terá efeitos *ex nunc*.

Com efeito, eficácia *ex nunc* da invalidação de atos administrativos pode ser vislumbrada sob duas perspectivas: a) dos efeitos produzidos em favor dos terceiros de boa-fé; b) dos efeitos produzidos em favor dos destinatários de boa-fé.

Em ambos os casos, um pressuposto pode e deve ser desde já considerado. Tal como na decadência administrativa, o que torna a confiança “legítima” e, portanto, digna da proteção jurídica consubstanciada na preservação dos efeitos produzidos já produzidos é, nuclearmente, a presunção de validade que caracteriza os atos administrativos. Nesse sentido, conveniente concordar com o ensinamento de Marçal Justen Filho, para

ulteriormente declaradas inconstitucionais. Cumpre recordar que a eficácia ordinária da declaração de inconstitucionalidade de um determinado diploma normativo é retroativa. Entretanto, a proteção da confiança, aí aplicável em seara não diretamente relacionada com o Direito Administrativo, mas com o Direito Constitucional, pode determinar que sejam preservados alguns efeitos produzidos pela lei declarada inconstitucional. A propósito do tema, vide, por todos, ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 49-51.

³¹ Além da decadência da potestade invalidatória, pode-se mencionar como óbice à invalidação, a convalidação do ato administrativo, quando o vício de que é portador se qualificar como defeito sanável. No direito posto no plano federal, vide o artigo 55 da Lei nº 9.784/99. No plano científico, vide, por todos, ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

quem, em face do princípio da proteção da confiança, os efeitos concretos de um determinado ato devem ser preservados, mesmo que esse seja invalidado³². Demais disso, uma outra semelhança há de ser reconhecida entre a decadência administrativa e a eficácia não retroativa da invalidação de atos, qual seja, o sentido que se dá à “boa-fé”. A este respeito, cumpre salientar que a boa-fé exigida significa que terceiros e destinatários não tenham direta ou indiretamente dado causa à invalidade, isto é, que não tenham contribuído para o vício do ato administrativo.

No que tange à eficácia *ex nunc* da invalidação em relação aos terceiros de boa-fé, a questão não se mostra tormentosa³³. Mesmo que não se faça referência expressa à proteção da confiança, há abundante produção doutrinária e jurisprudencial acerca da preservação de efeitos em relação a terceiros de boa-fé. De início, é importante ser referido o que se entende por terceiro e o que se entende por destinatário.

Quando um determinado ato administrativo é praticado, produz, invariavelmente, “efeitos diretos ou típicos”, assim compreendidos aqueles que atingem direta e imediatamente determinadas esferas jurídicas. Os titulares de tais esferas jurídicas atingidas direta e imediatamente pelos efeitos produzidos por um determinado ato administrativo são considerados, em relação a esse ato, seus “destinatários”. Por exemplo, pode-se dizer que o destinatário de um ato administrativo de autuação fiscal é aquele que se caracteriza como responsável tributário, ou seja, aquele que terá, pela

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 269 ensina que “a questão dos atos administrativos inválidos vem sendo objeto de tratamento específico no direito europeu, envolvendo o chamado princípio da proteção da confiança. Se o Estado atribui a seus atos uma presunção de legitimidade e constringe os jurisdicionados a respeitar esses atos, a contrapartida inafastável é que os efeitos concretos desses atos sejam respeitados”.

³³ Não seria equivocado afirmar que tal concepção da proteção da confiança, mesmo que tal princípio não tenha sido referido explicitamente, precede no direito pátrio todas as demais, inclusive a decadência administrativa.

irregularidade cometida, a condição de autuado, sofrendo diretamente os efeitos da autuação. Num outro exemplo, pode-se referir que o destinatário do ato administrativo de inativação do servidor público é o próprio servidor, o qual sofrerá imediatamente os efeitos de sua aposentadoria.

Ocorre que os atos administrativos também poderão produzir “efeitos reflexos”, assim compreendidos aqueles que derivam de um determinado ato, sem, contudo, fazê-lo de forma direta. Aqueles que são atingidos por tais efeitos reflexos são os chamados “terceiros”³⁴. Um exemplo apresenta-se, ao que parece, deveras elucidativo: imagine-se um ato de nomeação de um servidor público para um determinado cargo de magistério público. O próprio servidor, no que tange a tal ato de chamamento, é o seu destinatário. Já os seus filhos, por conta da condição de dependentes para todos os efeitos no regime próprio de previdência, ou aqueles que vierem a ser seus alunos em face do exercício de suas atribuições docentes não serão destinatários do ato de nomeação, mas terceiros, uma vez que serão alcançados somente de forma indireta e mediata pelo ato administrativo de nomeação.

A questão primeiramente enfrentada diz respeito, pois, à preservação de efeitos jurídicos produzidos em favor de terceiros que não contribuíram para a invalidade que determinou a anulação de um determinado ato administrativo. Como já referido, a produção teórica acerca do tema é

³⁴ “Efeitos reflexos são aqueles que refletem sobre outra relação jurídica, ou seja, que atingem terceiros não objetivados pelo ato. Quer-se dizer: ao incidir sobre uma dada situação, o ato atinge outra relação jurídica que não era seu objetivo próprio. Os efeitos reflexos, portanto, são aqueles que alcançam terceiros, pessoas que não fazem parte da relação jurídica travada entre a Administração e o sujeito passivo do ato” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de...*, p. 356). A definição proposta acerca do que se deva considerar por “terceiros” é também encontrada em TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145-148 e também, no que parecer ser a origem, ao menos em solo pátrio, em NOVELLI, Flávio Bauer. *Eficácia do ato administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 61, p. 22-29, 1961.

prodigiosa³⁵. A doutrina brasileira anda num caminho em que reconhece plenamente a limitação à eficácia retroativa da invalidação de atos no que diz respeito aos efeitos produzidos pelos terceiros que não deram causa à invalidade. Já nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é possível encontrar passagem pela qual se tem que “embora de efeito retroativo, a declaração de nulidade ou de decretação da anulabilidade não envolve terceiros que, sem serem partes diretamente atingidas pelo ato nulo ou anulável, indiretamente receberam suas conseqüências”³⁶. Celso Antônio Bandeira de Mello segue o mesmo caminho ao afirmar que “os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé”³⁷. Do mesmo modo, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸, que a máxima “o que é nulo não produz efeitos” recebe temperamentos no Direito Administrativo, uma vez que “a existência do interesse público ressalva do alcance da anulação os efeitos que beneficiam terceiros de boa-fé, em razão da presunção de legitimidade. Não obstante a anulação declarada, tais efeitos são mantidos íntegros no mundo jurídico em atenção àqueles valores”.

De outra sorte, deve-se colocar em destaque a questão que diz respeito à preservação de efeitos em relação aos destinatários não causadores do vício. Em relação aos

³⁵ Também no Direito Administrativo italiano, como noticia CARINGELLA, F; DELPINO, L.; DEL GIUDICE, F. *Diritto amministrativo*. 15. ed. Napoli: Simone, 1999, p. 533 para quem “*l’atto di annullamento ha efficacia retroattiva: fa, cioè, venir meno l’atto annullato dal momento in cui fu emanato (ex tunc). Pertanto cadono anche gli effetti dell’atto annullato. Tuttavia vi sono dei limiti alla efficacia retroattiva dell’annullamento. È inammissibile che vengano pregiudicare le posizioni giuridiche dei terzi in buona fede e potrebbe inoltre essere impossibile eliminare taluni degli effetti prodotti dall’atto viziato (factum infectum fieri nequit)*”

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1., p. 658.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de...*, p. 438.

³⁸ NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 145.

destinatários, que são partes direta e imediatamente interessadas nas relações jurídicas emergentes dos atos viciados, a questão não se apresenta tão uníssona quanto é a matéria que pertine aos terceiros não causadores do vício.

Um comentário preliminar há de ser feito, nesse passo. A questão ora evidenciada deve ser articulada com a questão da fixação de um prazo decadencial para a Administração Pública exercer a sua potestade anulatória, uma vez que esse instituto também se presta – fazendo-o essencialmente, inclusive – a tutelar a proteção da confiança depositada por um destinatário que não deu causa ao vício presente num determinado ato administrativo. Tal articulação é, de resto, singela. Isso porque a convivência entre ambos os institutos (decadência e preservação efeitos) mostra-se harmônica, porquanto relacionados por meio de um vínculo de subsidiariedade. Explica-se: se houver a implementação das condições necessárias para a decadência administrativa (presunção de legitimidade, ato benéfico, decurso do prazo e boa-fé do destinatário), essa será a tutela jurídica outorgada à confiança depositada pelo administrado, uma vez que se apresenta uma proteção maior. Fala-se numa maior proteção uma vez que a decadência, como já referido, protege não somente os efeitos pretéritos, mas também e sobretudo, o próprio ato administrativo, inclusive numa eficácia *pro futuro*. Caso contrário, se não foram tais requisitos implementados, especialmente se não houver transcorrido tal prazo decadencial³⁹, a invalidação do ato administrativo se impõe. Nesse caso, a proteção outorgada ao destinatário do ato

³⁹ A falta de qualquer outro pressuposto, assim como inviabiliza a implementação da decadência, inviabilizará do mesmo modo a limitação à eficácia *ex tunc* da invalidação do ato administrativo. Se o ato portar consigo uma grosseira invalidade (v.g. o caso do usurpador acima referido), atenuando a presunção de legitimidade, ou se o destinatário houver contribuído para o vício intrínseco ao ato, ou, por fim, se o ato for prejudicial, em todos esses casos, estará inviabilizada a proteção ora evidenciada.

administrativo invalidado consistirá não na preservação do ato – como ocorreria se a decadência houvesse se implementado –, mas numa proteção menor, consubstanciada na preservação dos efeitos que até então foram produzidos em favor de tal destinatário.

Assim, sendo cabível a invalidação de um determinado ato administrativo, impõe-se, pelo menos, que incida em grau menor a proteção da confiança depositada pelo destinatário não causador da invalidade, para que sejam mantidos os efeitos até então produzidos. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, numa confessada evolução de pensamento, ensina que mesmo no que tange aos destinatários, que são partes diretamente envolvidas nas relações jurídicas emergentes dos atos invalidados, haveriam de se preservar os efeitos que lhe são benéficos quando não tenham sido causadores do vício⁴⁰.

É importante que seja dito, em defesa da limitação à

⁴⁰ “Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada. Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquelas praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente. Assim, v.g., se alguém é nomeado em consequência de concurso público inválido, e por isto vem a ser anulada a nomeação dele decorrente, o nomeado não deverá restituir o que percebeu pelo tempo que trabalhou. Nem se diga que assim há de ser tão-só por força da vedação do enriquecimento sem causa, que impediria ao Poder Público ser beneficiário do uso de um bem público e mais tarde vem-se a descobrir que a permissão foi invalidamente outorgada. A invalidação deverá operar daí para o futuro. Descaberia eliminar retroativamente a permissão; isto é, o permissionário, salvo se estava de má-fé, não terá que devolver tudo o que lucrou durante o tempo em que descurtou da permissão de uso do bem” (BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de...*, p. 439).

retroeficácia da anulação também em relação a destinatários de boa-fé, que não haveria nenhum motivo plausível para se lhe negar tal tratamento, ao mesmo tempo em que se defende a proteção da confiança ao terceiro. A presunção de legitimidade, além de ser utilizável em favor da Administração Pública, será destinada aos terceiros que se beneficiam com efeitos reflexos do ato e, com maior razão ainda, aos seus destinatários não causadores do vício que enferma do ato. Nesse passo, se fosse possível mensurar a quantidade de confiança depositada numa determinada ação administrativa, singela seria a tarefa de se constatar que aquele que é diretamente destinatário de tal ato seria depositário de um confiança maior, em comparação com terceiros. Dessa forma, seria absolutamente incongruente que se blindassem os efeitos produzidos em favor de terceiros em relação à desconstituição decorrente da invalidação, e, ao mesmo tempo, fosse negada tal blindagem àqueles que mais interesse e confiança guardam em relação ao ato administrativo viciado⁴¹.

Cumprе salientar, nesse sentido, que talvez um dos primeiros preceitos legais estabelecidos para a concreção do princípio da proteção da confiança, prevê justamente a preservação de efeitos decorrentes de condutas administrativas inválidas. Trata-se do artigo 59, § único, da Lei nº 8.666/93, pelo qual invalidado um contrato administrativo por vício que lhe seja intrínseco ou por vício no processo licitatório (artigo 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93), deverá ser o contratado não causador da invalidade indenizado “pelo que este houver executado até a data em que ela [a invalidade] for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que

⁴¹ Mesmo que timidamente, tal orientação já pode ser encontrada nos tribunais pátrios, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, como se depreende dos seguintes julgados: REsp. 284.250, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.09.2001; REsp. 326.676, Rel. Min. José Delgado, j. 11.12.2001; REsp. 488.905, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.08.2004.

não lhe seja imputável”⁴².

Conclui-se, portanto, que a anulação das condutas administrativas teria efeitos *ex tunc* somente em relação a destinatário e terceiros que estivessem de má-fé, e efeitos *ex nunc* em relação a todos – terceiros e também destinatário – que não houvessem contribuído para a invalidade.

Portanto, em nome da proteção da confiança, defende-se uma verdadeira inversão da posição da regra (ser retroativa a anulação) para uma posição excepcional, na medida em que a regra passaria a ser a preservação dos efeitos produzidos em favor de todos quantos fossem os beneficiados (terceiros ou destinatários) do ato que estivessem de boa-fé, a qual, cumpre salientar, deve ser presumida.

IV. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E ANULAÇÃO DAS CONDUTAS ADMINISTRATIVAS COM TERMO INICIAL *IN FUTURUM*:

Em nome do princípio da proteção da confiança, decorrem os dois temperamentos já referidos à potestade anulatória da Administração Pública: a) a fixação de um limite prazal para o exercício de tal prerrogativa anulatória (item II,

⁴² Tal regra, ademais, encontra ampla concordância na doutrina, como se depreende de MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231, pelo qual “*como o ato nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo contratual eficaz entre os pretendentes contratantes, só deixando subsistir suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. Mas mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização*”. O referido “dever moral”, ao que parece, possui direta relação com a confiança depositada pelo contratado no contrato administrativo cuja invalidade não se lhe possa atribuir.

deste trabalho); b) a preservação total ou parcial, em relação às condutas administrativas invalidadas, dos efeitos por elas produzidos até o momento da invalidação (item III, deste trabalho).

Defende-se, neste trabalho, uma terceira dimensão de proteção da confiança legítima depositada pelos administrados, em relação a condutas administrativas inválidas. Entende-se, pois, que além de a proteção da confiança ensejar, em alguns casos, a proibição à anulação e, noutros, a preservação de efeitos já produzidos, é possível que uma conduta administrativa, mesmo que reconhecidamente inválida, produza efeitos futuros, até um termo vindouro, fixado, sob os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pelas autoridades legitimadas à invalidação.

Em termos provocativos, propõem-se dois exemplos em que seria necessário reconhecer a possibilidade de um termo inicial posterior à anulação para que a conduta inválida deixe de surtir efeitos. Em primeiro lugar, imagine-se um aluno da rede pública de ensino, cujo ingresso tenha sido inválido (sem que tal vício seja atribuível a tal destinatário, por óbvio), mas cuja anulação tenha se operado no meio do ano letivo. Neste caso, qual seria o termo inicial da invalidação do ato de ingresso? Observe-se que mesmo a eficácia *ex nunc* da invalidação seria insuficiente para a proteção da confiança legitimamente depositada pelo hipotético aluno. Isto porque atribuir-se eficácia *ex nunc* só significaria preservar a sua situação até o momento da anulação, fazendo que, na prática, tal aluno perdesse o ano escolar, uma vez que dificilmente seria possível sua matrícula em outras escolas da rede pública ou privada.

Em segundo lugar, pense-se num contrato administrativo de objeto complexo que é inválido, por razões não imputáveis aos contratados. Mesmo que se aplicasse o disposto no já referido art. 59, § único, da Lei 8.666/93 – que preserva os

efeitos do contrato até a invalidação – isto ainda não asseguraria a continuidade da execução do objeto⁴³, até um momento necessário para que já se tenha outros contratados selecionados através de um processo licitatório.

Em ambos os exemplos citados, parece incontroverso que não sendo caso de circunstâncias proibitivas à invalidação (v.g. decadência ou convalidação), a simples concessão de efeitos *ex nunc* à invalidação administrativa seria insuficiente para a tutela jurídica das expectativas legítimas. Dever-se-ia, em ambos casos, admitir que a conduta administrativa viciada tivesse seus efeitos projetados *pro futuro*, com a fixação de um termo inicial *in futurum*, portanto.

Tal projeção futura de efeitos de condutas administrativas invalidadas – a despeito de certamente provocar a perplexidade e, assim, a resistência daqueles que preferem o “legalismo” à legalidade – deve ser admitida em face de um novo paradigma proposto em relação à legalidade administrativa, que a coloca em necessária ponderação com a proteção da confiança e com a segurança jurídica.

Com efeito, a fixação de termo futuro para o início da eficácia típica da anulação, tal como aqui proposto, encontra paralelo no controle de constitucionalidade brasileiro, segundo vem decidindo o Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, muitos são os casos em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas, em nome da segurança jurídica e excepcional interesse social, preservou sua vigência e aplicabilidade até um termo futuro⁴⁴. Dois exemplos devem ser aqui destacados.

⁴³ Para ilustrar ainda mais o exemplo, imagine-se que a Administração Pública não tenha condições de ela mesma executar o objeto contratado, além de ser, por razões casuísticas, inaplicável o disposto nos artigos 24, IV e 58, V, amplos da Lei nº 8.666/93.

⁴⁴ Tal modulação de efeitos para o futuro, encontra respaldo na legislação infraconstitucional que regulamenta as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, a Lei nº 9.868/99, que trata do processo e do julgamento da ADIn e da ADC, prevê, em seu art. 27 que, “*ao declarar a*

De início, deve-se lembrar de inúmeras decisões que levaram ao surgimento, no Pretório Excelso, da teoria da “*lei ainda constitucional*”. O nascimento desta teoria – preciosamente explicada pelo Min. Gilmar Mendes⁴⁵ – pode ser considerado o julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.514⁴⁶, em que se decidiu que o prazo em dobro, para a interposição de recursos, em favor das Defensorias Públicas (artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50), embora contrário ao texto constitucional vigente, não deveria ter sua inconstitucionalidade reconhecida até que tais órgãos de assistência judiciária estivessem estruturados nos Estados, em nível de organização semelhante àquele do Ministério Público.

Esta mesma idéia reapareceu na jurisprudência do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328⁴⁷, a propósito da análise da recepção do art. 68, do Código de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Do mesmo modo, o artigo 11 da Lei nº 9.882/99, que regulamenta a ADPF, dispõe que “*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”. Importante recordar, contudo, que setores importantes da doutrina pátria já esposaram entendimento de que o termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não poderiam ser posteriores à publicação da decisão no DOU. Este é o caso de MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, para quem “*não poderá o STF estipular como termo inicial para a produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo produzir efeitos*”. Tal posição, como será demonstrado, não vem sendo acatada pelo STF.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 364-370.

⁴⁶ HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 23.03.1994.

⁴⁷ RE 135.328, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994. Neste mesmo sentido, RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.05.1998.

Processo Penal pela atual ordem vigente. Neste caso, entendeu-se que a competência atribuída pelo referido preceito legal ao Ministério Público de assistência jurídica aos desamparados não teria sido recepcionada pela Constituição Federal, mas enquanto não houvesse a estruturação da Defensoria Pública seria tal competência ministerial mantida⁴⁸.

Um outro exemplo de modulação temporal futura que se encontra na jurisprudência do STF diz respeito ao julgamento de inconstitucionalidade de normas contidas em Leis Orgânicas Municipais acerca do número excessivo de parlamentares integrantes das Câmaras de Vereadores. O *leading case* pode ser considerado o Recurso Extraordinário nº 197.917⁴⁹. A par de se ter decidido pela aplicação de critérios de proporcionalidade aritmética, julgando inconstitucionais os preceitos que deles se desgarrassem, entendeu-se que tal decisão somente deveria surtir efeitos para a legislatura seguinte àquela já instalada, pelo sufrágio, na época em que a

⁴⁸ Da ementa do RE 135.328, extrai-se a seguinte passagem: “...*A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista...*”.

⁴⁹ RE 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.03.2004. Também neste sentido: RE 199.522, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 266.994, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 273.844, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 274.048, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 274.384, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 276.546, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 282.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004; RE 300.343, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.04.2004.

decisão foi proferida⁵⁰.

Assim, percebe-se que a jurisprudência do STF entende ser possível projetar para o futuro os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade de determinada norma quando isto se impuser em face de fundamentos razoáveis de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Em relação às condutas administrativas que venham a ter sua invalidade reconhecida deve também ser admitida tal modulação temporal *in futurum* quando isto for justificado em razões de proteção da confiança ou, *ultima ratio*, de segurança jurídica. Por certo, pressupõe-se, neste caso, que o destinatário de tais condutas administrativas inválidas não tenha contribuído para o vício que lhe é intrínseco. Do mesmo modo, não se pode pretender que tal conduta invalidada produza efeitos *ad aeternum*, o que ocorreria fosse caso das situações proibitivas do exercício da prerrogativa anulatória da Administração Pública, como é o caso da decadência, acima analisada.

Haveria, em tais casos, a necessidade de um termo inicial futuro para a anulação de condutas administrativas serviria como uma espécie de regra transitória, no sentido de que um determinado ato ou contrato administrativo continue a produzir efeitos até um momento a ser fixado pela autoridade – judicial ou administrativa – promotora da anulação. A fixação de tal termo inicial futuro deverá, em face da extensa e variável casuística possível, atender, dentre outros, aos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e da concordância prática⁵¹, para que sejam devidamente ponderados, de um lado,

⁵⁰ Da ementa do *leading case* acima referido, retira-se a seguinte passagem: “...8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido”.

⁵¹ Sobre o conceito de “postulado normativo aplicativo” e também sobre a operatividade dos postulados referidos no texto, vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria*

a legalidade administrativa e, de outro, a proteção da confiança e a segurança jurídica.

V. CONCLUSÕES:

É incontroversa a importância da legalidade administrativa, porquanto é norma jurídica que orienta, em sua multifacetada feição de regra, princípio e postulado, a atuação concreta da Administração Pública. Não se pode olvidar, entretanto, que tal princípio é componente não exclusivo do sobreprincípio do Estado de Direito, devendo ser conjugado com outros princípios, entre os quais não se pode deixar de situar em eminente posição a proteção da confiança e a segurança jurídica.

Impõe-se, pois, que, sem prejuízo da outorga formalmente legítima e materialmente razoável de prerrogativas públicas, como é o caso da potestade anulatória de condutas inválidas, sejam os institutos de Direito Público, notadamente de Direito Administrativo, empregados com uma intransigente consagração dos direitos fundamentais de que são titulares os destinatários de tal função estatal.

Urge que antigos conceitos, alguns criados e desenvolvidos em períodos autoritários, sejam revisitados a partir de uma filtragem constitucional⁵², assegurando-se a posição de que o cidadão se faz merecedor. Além disso, com vistas a esse mesmo objetivo, outros institutos – vertidos através de princípios, normas ou postulados – devem ser gerados e desenvolvidos, numa leitura verdadeiramente

dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. Do mesmo autor, vide também ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, esp. p. 17-71.

⁵² Para a noção de “filtragem constitucional”, vide SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999 e, mais recentemente, SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

moderna do Direito Administrativo brasileiro.

Tal constatação propicia um caldo de cultura para que germinem vários consectários do princípio da proteção da confiança. Dentre tais institutos, destaca-se aqui a possibilidade⁵³ de que condutas administrativas sejam anuladas, ou seja, tenham sua invalidade reconhecida, sem, contudo, produzir tal invalidação efeitos imediatos, fixando-se – por razoável e proporcional análise do caso concreto – um termo inicial futuro para o início dos efeitos da anulação.



⁵³ Sem prejuízo da decadência administrativa (item II, supra) e da não-retroeficácia anulatória (item III, supra).