

NOTAS SOBRE A TEORIA DO FATO CONSUMADO COMO FUNDAMENTO PARA A ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS JURÍDICAS

NASCIMENTO, Leandro Maciel do¹

RESUMO: Existem expectativas jurídicas que, não obstante tenham se prolongado no tempo, não estão sob a proteção dos direitos adquiridos, da prescrição ou da proteção da confiança. Nesses casos, mostra-se possível a manutenção de tais pretensões que se prolongaram no tempo com fundamento a segurança jurídica e a chamada teoria do fato consumado. Assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, em condições excepcionais e devidamente motivadas, admite-se a preservação de interesses que, embora originados de modo irregular, tornaram-se, com o passar do tempo, consolidados, irreversíveis ou de difícil reversão.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilização de expectativas. Direitos adquiridos. Teoria do fato consumado.

ABSTRACT: *There are legal expectations that, although they have been prolonged over time, are not under the legal protection of acquired rights, prescription or legitimate confidence. In these cases, it is possible to maintain such pretensions that have lasted in time based on legal certainty and the so-called consummate fact theory. Thus, according to brazilian Supreme Court, under exceptional and duly motivated conditions, it is possible to preserve interests which, although irregularly originated, became, over time, consolidated, irreversible or difficult to reverse.*

KEYWORDS: *Brazilian law. Stabilization of legal expectations. Acquired rights. Consummate fact theory.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a chamada teoria do fato consumado como fundamento para preservação de expectativas não abrangidas pelos mecanismos tradicionais de estabilização de pretensões.

Adota-se como pano de fundo o reconhecimento de que a Constituição brasileira de 1988 tem na segurança jurídica um de seus princípios mais relevantes, a qual pode ser extraída já no seu preâmbulo, como da opção por um Estado Democrático de Direito, além de inúmeras de suas regras específicas.

Ao mencionar a segurança jurídica, tem-se em vista princípio jurídico cuja maior eficácia está na busca por cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade do

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Especialista em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professor de Direito Constitucional. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí.

ordenamento jurídico, conforme modelo exposto por Ávila (2014). Com efeito, um dado sistema jurídico será mais seguro quando puder promover o conhecimento prévio de suas leis, quando for o mais estável possível e quando possibilitar a previsão das consequências das condutas, de modo que as pessoas possam exercer sua liberdade, possam se planejar e antever os efeitos de suas escolhas.

Nesse contexto, a teoria do fato consumado surge como mais um mecanismo de concretização da segurança jurídica. No entanto, trata-se de fundamento controverso, pois, para muitos, sua aplicação sequer deveria ser cogitada, pois compromete a certeza do direito, tendo em vista que sua aplicação pressupõe o afastamento de uma lei ou outra norma jurídica plenamente válida.

Serão demonstrados: o caráter subsidiário do fato consumado enquanto razão de decidir; sua origem judicial (julgados dos anos de 1960 sobre ensino superior); seus requisitos e a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o temas.

Ao longo do texto, serão analisadas decisões recentes do STF, incluindo a questão de municípios criados por leis estaduais em violação à Constituição Federal, mas cujos efeitos (e as próprias leis) foram preservadas pela corte.

Trata-se de tema relevante para a prática administrativa, jurisdicional e mesmo para os órgãos de controle, mormente os tribunais de contas, os quais frequentemente se deparam com situações irregulares na sua origem mas que se prolongaram por muito tempo. Esses órgãos são frequentemente chamados a resolver situações com essas características e precisam de subsídios para encontrar a melhor solução para cada caso concreto.

2. A TEORIA DO FATO CONSUMADO

A busca por um fundamento a justificar a manutenção de expectativas que se prolongaram no tempo não é algo novo no direito brasileiro. Tradicionalmente, há diversos mecanismos jurídicos aptos a trazer estabilidade e segurança, quase todos originados do direito privado. Destes, destacam-se a prescrição, a decadência, o usucapião, os direitos adquiridos e a proteção da confiança.

Além destes, outros surgiram e foram igualmente desenvolvidos, como a modulação dos efeitos de decisões judiciais (tanto no controle abstrato, como no controle incidental de constitucionalidade), assim como a convalidação de atos administrativos com vícios quanto à sua juridicidade, em face da ausência de prejuízos.² Em outras palavras, mesmo originalmente irregulares (ou até ilícitas) na sua origem, algumas expectativas podem ser estabilizadas com o mero passar do tempo.

2 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 374.

"O importante é que, nesses casos, a ausência de prejuízo funciona como fator estabilizador do ato impugnado, cujos efeitos são mantidos em nome da permanência e durabilidade do Direito. O princípio da segurança jurídica opera na sua dimensão objetiva, independentemente, portanto, de interesses subjetivos ou, mesmo, de elementos outros que não assingela ausência de prejuízo".

O autor cita como exemplo a possibilidade de convalidação de atos praticados por "funcionários de fato", em face da ausência de prejuízo para terceiros.

Em linhas gerais, quando nenhum de tais instrumentos é aplicável, a consequência é o desfazimento dos atos e dos negócios. Dessa forma, se a pretensão (de anulação) não está prescrita, se o direito potestativo não decaiu, se os requisitos para o usucapião não se completaram ou se os pressupostos para a configuração de um direito subjetivo/direito adquirido não se implementaram, o resultado natural é a eliminação das expectativas, independentemente de sua duração.

Além de tais mecanismos tradicionais de estabilização, a invocação da proteção da confiança vem crescendo muito nos últimos anos e está em constante desenvolvimento doutrinário. Este princípio, que visa a estabilizar situações não abrangidas pelos institutos tradicionais, exige a verificação de duas etapas, conforme Araújo³ e Ávila⁴: na primeira, exige-se a presença de pelo menos quatro requisitos (a. um comportamento estatal que configure uma base de confiança; b. a existência, no destinatário do comportamento estatal, de uma confiança naquela base; c. o exercício efetivo e concreto dessa confiança e d. a frustração dessa confiança em razão de mudança de comportamento do Poder Público); na segunda etapa, realiza-se a ponderação desta confiança (individual) com a finalidade pública que justifica a atuação estatal. Após todo esse caminho é que se pode reconhecer, de modo excepcional e subsidiário, a possibilidade de a confiança restringir a ação do Estado.

No entanto, a prática administrativa e judicial demonstra que a estabilização de pretensões não se resume a tais fundamentos. Com efeito, quando nenhum deles se mostra aplicável, inúmeras decisões judiciais reconhecem a possibilidade de manutenção de interesses irregulares na sua origem. Pautam-se na alegação de que a situação fática seria irreversível. Trata-se do que se convencionou a chamar de teoria do fato consumado ou do fato consolidado ou mesmo consolidação fática de situações. Note-se:

Parece desnecessário dizer que não há direito adquirido se falta base jurídica idônea para o direito, ainda que venha sendo exercido sem contestação, como se existisse ou subsistente fosse. Por isso, mesmo que a Administração haja mantido uma gratificação por certo tempo, nada a impede de suspender seu pagamento, se houver ilegalidade. Identicamente, pode haver revisão administrativa do enquadramento errôneo de servidor, ainda que venha a resultar diminuição de vencimentos. **Essa orientação seguidamente tem sido interrompida pela “teoria do fato consumado”.** Haveria um efeito convalidante de ilegalidades, apoiadas por liminares em mandados de segurança, como se a pacificação da vida social e a confiança em suas instituições exigissem o esquecimento de vícios antigos. Mas sua ocorrência é entre episódica e imprevisível, **quase sempre tomando em conta a impossibilidade de desfazimento das situações constituídas com base na decisão.**⁵ (Grifado).

3 ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova tutela do cidadão diante do estado. Niterói: Impetus, 2009.

4 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

5 SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 225).

Mesmo antes do aumento do interesse pela segurança jurídica e pela proteção da confiança, os tribunais brasileiros já utilizavam a chamada teoria do fato consumado. Conforme Ávila⁶ (2014) assim se resume a hipótese:

Em algumas situações extraordinárias, pela ausência de norma que dê suporte à produção de efeitos jurídicos, a rigor não se pode falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito. **Mesmo assim, seja pelo transcurso de tempo, seja pela ausência de mecanismos alternativos, a situação pode ter sido de tal sorte consolidada, do ponto de vista fático, que a desconstituição retrospectiva dos seus efeitos se revela, do ponto de vista do Direito propriamente dito, proibida.** Nesses casos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fala em 'situação consolidada' pela 'força normativa dos fatos', que o Direito não pode desconsiderar. **A rigor, não se está diante quer de direito adquirido, quer de ato jurídico perfeito, nem de casos enquadráveis nas regras específicas de decadência ou prescrição.** Mesmo assim, a situação revela alguma particularidade, normalmente – mas não só – vinculada ao tempo, e o seu desfazimento ou a desconstituição dos seus efeitos terminaria por causar insegurança jurídica (Grifado).

O autor indica alguns exemplos (todos retirados da jurisprudência do STF) para comprovar o que afirma. Em um deles, aborda o caso de manutenção de pensão irregular na sua origem, cuja percepção durou dezoito anos.⁷ No caso, em 30 de julho de 1984, aos oitenta e três anos de idade e com câncer, um servidor público aposentado adotou sua bisneta de quatro anos. Na ocasião, utilizou escritura pública lavrada em cartório, ao invés de sentença judicial, como determinava a legislação da época. Uma semana depois, em 07 de agosto de 1984, o adotante faleceu e sua aposentadoria foi transformada em pensão em favor de sua filha recém adotada.

Quase vinte anos depois, no ano de 2002, o TCU determinou a sustação do benefício, sob o fundamento de que a concessão violou leis em vigor à época. A questão foi levada ao STF. No julgamento, embora a relatora tivesse alertado que a adoção foi simulada, o colegiado restabeleceu o pagamento do benefício. A decisão pautou-se no dever de a administração pública garantir o contraditório e a ampla defesa. Contudo, foram igualmente ressaltadas: (1) a segurança jurídica como um subprincípio do Estado de Direito; (2) a impossibilidade de a prerrogativa de anulação dos atos administrativos se estender indefinidamente e (3) a necessidade de estabilização de situações criadas administrativamente, ainda que de origem irregular.⁸ Na verdade, o STF restabeleceu o pagamento, principalmente com dois fundamentos: um direto, a ausência de contraditório; e outro indireto, o fato de ter durado muito tempo.

6 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 370.

7 "O Supremo concedeu a segurança pleiteada, para efeito de determinar a observância do princípio do devido processo legal também na esfera administrativa. Nas discussões, no entanto, houve debate a respeito da aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no caso, tendo em vista o transcurso de 18 anos entre a concessão da pensão e a sua cassação pelo Tribunal de Contas, e 20 anos até o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da validade da sua cassação sem a observância do devido processo legal (...) O importante, para o ponto ora examinado, é que, mesmo considerando a afirmação da Relatora, Ministra Ellen Gracie, no sentido de que 'é evidente, é clara, é cristalina, aqui a situação de fraude' (p. 186 do acórdão), ou do Ministro Carlos Brito, de que 'houve fraude, é evidente que sim' (p. 196), o Tribunal decidiu devolver o caso ao Tribunal de Contas, pela inobservância do princípio do devido processo legal, asseverando, em todos os votos, a necessidade de se prestar a estabilidade das situações jurídicas em virtude do tempo transcorrido" (ÁVILA, p. 371).

8 Trata-se ação (de competência originária do STF) de mandado de segurança processo n. MS 24.268-MG, cujo julgamento pelo plenário foi concluído em 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/191_3.pdf. Acesso em: 31.03.2014.

O ato que justificou a pensão era indiscutivelmente simulado, tinha um grave vício de forma. Era ilegal, portanto. Mesmo assim, o benefício foi mantido, mesmo sem confiança legítima a ser protegida, mesmo sem boa-fé na sua origem. Basicamente porque seus efeitos duraram muito tempo. Note-se:

Nessa situação, verifica-se que a ausência de uma base da confiança, e mesmo de confiança subjetiva, dado o caráter aparentemente simulado da adoção da bisneta pelo bisavô uma semana antes do seu falecimento, não impediu a intangibilidade da situação, em virtude da sua consolidação temporal: a pensão foi percebida por 18 anos e a destinatária, não mais jovem, não tinha outra fonte de renda. **O elemento gerador da intangibilidade portanto, não foi, a rigor, a proteção da confiança legítima, mas a consolidação de situação de fato cuja preservação, na hipótese de transcurso de longo tempo, independe, inclusive, da boa-fé do beneficiário.**⁹ (Grifado).

Ferreira¹⁰ (2002), em monografia pioneira sobre o tema, aponta a origem da jurisprudência do fato consumado em decisões do STF nos anos de 1960, sobre litígios entre alunos e instituições de ensino superior, mormente universidades federais. Note-se:

A jurisprudência do fato consumado originou-se em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal da metade da década de 1960. Àquela altura, várias ações questionavam, em todas as instâncias, a possibilidade de regimentos internos de universidades exigirem de seus alunos ‘nota cinco’ para aprovação. O STF editou a Súmula 58, que abona essa exigência dos regulamentos universitários e assim pacificou o tema. Contudo, a súmula não eliminou o problema gerado nos casos iniciados antes de seu estabelecimento, nos quais estudantes obtiveram liminares para ingressar na faculdade ou para cursar disciplinas acadêmicas. A jurisprudência do fato consumado nasceu exatamente desses casos residuais, relativos ao ensino superior. O STF chancelou os estudos realizados com base em provimentos cautelares ilegais, em atenção ao peculiar quadro de dúvida objetiva sobre a validade dos regimentos universitários.

O primeiro processo no qual se alçou o fato consumado à qualidade de razão de decidir foi o RMS 14.017, que versava sobre nota mínima para aprovação no curso de Direito. O voto do relator, Min. Villas Boas, transcreveu a sentença de primeiro grau, que considerou aprovado estudante, cuja média era inferior à exigida pelo regulamento universitário. Terminada a transcrição da sentença, surge o pequeno parágrafo onde, pela primeira vez, se admite a prevalência do fato consumado sobre o direito reconhecido pelo próprio Tribunal. Contrariamente ao entendimento já àquela altura consagrado pela Súmula 58,¹¹ o Min. Villas Boas defendeu o seguinte ponto de vista:

“Entendo que, até a Lei de Diretrizes e Bases, a média quatro era suficiente. Entretanto, neste caso, se assim não entendesse, daria provimento ao recurso para estabelecer a sentença. Seria de inteira justiça que se confirmasse a decisão de primeira instância”.

9 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 371.

10 FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19-22.

11 A Súmula n. 58 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, hoje superada, tinha a seguinte redação: “É válida a exigência de média superior a quatro para aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento.”

Esse apelo seco à Justiça mereceu as seguintes considerações do Min. Victor Nunes Leal, um dos vogais do julgamento:

- Sr. Presidente, data venia, não me parece que seja caso, propriamente, de equidade. A rigor, a pretendida cassação da segurança ficou sem objeto. Se o aluno foi aprovado nas matérias das séries superiores e formou-se, o pressuposto pedagógico da nota mínima foi alcançado, porque ele comprovou que tinha aproveitamento para ser aprovado na série anterior; do contrário, não se diplomaria, não terminaria o curso. Nesta altura, como anular o curso, que foi concluído com base em decisão judiciária?"

Embora tenham chegado à mesma conclusão, apenas o voto do Min. Victor Nunes Leal possui fundamento racional; o do relator simplesmente enuncia vago sentimento de justiça, até porque sua tese já havia sido repudiada pela Súmula 58. O Min. Evandro Lins, que também compôs a unanimidade no Pleno, ponderou: 'atendendo à peculiaridade do caso, penso que devemos conceder a segurança, sem prejuízo do que está contido na Súm. 58.

Segundo o autor, vários "outros acórdãos seguiram tal orientação. Todas as decisões iniciais disseram respeito ao ensino superior, campo ao qual a construção jurisprudencial ainda hoje é a mais aplicada"¹². Nota-se que a decisão do STF (MC 2.900-RS)¹³ mencionada acima, tem por objeto, coincidentemente, litígio entre aluno (do curso de Direito) e instituição de ensino superior. Quanto a esta decisão, Couto e Silva¹⁴ faz o seguinte cotejo:

O caso guarda grande similitude com antigas decisões do STF, como as proferidas no RMS 13.807 (RTJ 37/248) e no RMS 14.144 (RTJ 45/589), bem como no RE nº 85.179-RJ, relator Ministro Bilac Pinto (RTJ 83/931 – DJ 01.12.77). Cotejando-se essas decisões do STF verifica-se que todas elas tratam de situação que se consolidou em razão de provimentos jurisdicionais provisórios, afinal reformados, depois de transcorridos alguns anos de tramitação do processo. **A diferença entre as mais antigas e a mais recente está na fundamentação.** Enquanto a mais recente alude ao princípio da segurança jurídica, as outras limitam-se a referir que o ato judicial, depois reformado, dera causa a **situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada.** No relatado pelo Ministro Bilac Pinto, o acórdão após mencionar as anteriores manifestações do STF sobre a matéria, concluiu pela impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, "já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou".

¹² FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado:** história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

¹³ "(...) tratava-se de ação cautelar em que se pleiteava concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por estudante do curso de Direito da Universidade Federal de Pelotas que pedia transferência para o da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em razão de haver sido aprovada em concurso público realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para emprego naquela entidade, tendo sido contratada. Mudou, assim, seu domicílio para Porto Alegre, local do seu emprego e o do curso para o qual solicitara a transferência. Negada administrativamente a transferência, contra o ato respectivo impetrou a interessada mandado de segurança, deferido por sentença proferida em dezembro de 2000 '(a) para reconhecer que a impetrante tem direito a transferir-se e a frequentar o curso de direito da UFRGS, a partir deste semestre; (b) determinar à autoridade impetrada que imediatamente providencie a transferência da parte impetrante, permitindo que a mesma realize matrícula, frequente as atividades discentes e todas as demais decorrentes de sua condição de estudante, tudo nos termos da fundamentação'. Em segundo grau, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a sentença, denegando o mandado de segurança. Daí o recurso extraordinário (manejado em outubro de 2002) e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente já se encontrava prestes a concluir o curso de Direito da UFRGS. Ao conceder liminarmente o efeito suspensivo pretendido, em decisão monocrática após confirmada pela 2ª turma, o Ministro Gilmar Mendes observou que, 'no âmbito cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica'" (COUTO E SILVA, 2004, p. 284).

¹⁴ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo.** nº 237, jul.-set./2004. Rio de Janeiro: Renovar, p. 284-285.

Em outras palavras, mesmo com outra roupagem, a busca por um fundamento para a preservação de situações fáticas (mesmo contrárias ao direito) que se prolongaram no tempo, seja sob o nome de teoria do fato consumado, seja sob a designação genérica de segurança jurídica, vem de longa data no direito brasileiro. “O decisivo, em termos gerais, é que o transcurso do tempo pode consolidar uma situação, ainda que ela seja ilegal ou baseada em norma declarada inconstitucional.”¹⁵

Conforme Baptista¹⁶, uma “rápida análise dos casos julgados demonstra que duas são as hipóteses que, mais frequentemente, levam os Tribunais a aplicar essa teoria”: ensino superior e provimento de cargos efetivos. Note-se:

A **primeira**, acolhida na própria jurisprudência do STF, envolve liminares concedidas para autorizar o ingresso em Escolas e Universidades. Ocorre com frequência que, anos depois, quando a liminar finalmente é cassada ou fica prejudicada pelo julgamento do mérito, o estudante beneficiado inclusive se formou. Assim, diante do fato consumado – a conclusão do curso –, a jurisprudência se nega a tornar sem efeito o ato nulo, pois, do contrário, seriam desperdiçados os anos de estudo consumidos. A **segunda** hipótese envolve candidatos em concursos de acesso a cargos públicos. Ao promoverem a impugnação em juízo de uma ou mais etapas do concurso, muitos candidatos obtêm liminares que lhes permitem prosseguir no concurso e, algumas vezes, até a nomeação provisória nos cargos que disputavam. No entanto, quando, passados anos, sobrevém um julgamento de mérito desfavorável, alguns tribunais simplesmente se recusam a afastar esses funcionários do serviço, ao argumento do fato consumado.

No entanto, a teoria do fato consumado é muito controversa. Defende-se, de um lado, que a ação do tempo torna as situações jurídicas consolidadas e irreversíveis:

A necessidade de estabilizar as situações nas relações entre o administrado e a Administração está umbilicalmente ligado ao transcurso do tempo, que possui o escopo de imutabilizar a relação jurídica construída, mesmo que ela possua no seu nascimento o “pecado original”. Nenhuma dúvida existe que as relações anteriormente e totalmente consumadas são inatingíveis, quer pela mudança de interpretação, quer pela impossibilidade da nova norma jurídica retroagir para alcançar a situação jurídica já sepultada pelo tempo. (...) Dúvidas, portanto, não pairam que a estabilidade do tempo consuma a situação fática no direito administrativo, adquirindo o administrado a segurança de que a sua situação individual não sofrerá constantes revisões por parte da Administração.¹⁷

De outro, afirma-se categoricamente que “nem o princípio da segurança jurídica, menos ainda o da proteção da confiança legítima, pode servir de fundamento para esse tipo de decisão”¹⁸. Ou então que “a decisão que prestigia o fato consumado protege situação contrária ao direito”, de modo a destruir a certeza jurídica, pois

15 ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 372.

16 BAPTISTA, Patrícia. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro**. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014, p. 353-355.

17 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. nº 220, abr-jun/2004. Rio de Janeiro: Renovar. p. 198.

18 BAPTISTA, Patrícia. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro**. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014, p. 355.

“substitui o padrão geral, abstrato e por todos conhecido – a lei – por parâmetro judicial de ciência restrita às partes do processo, particular, mutável e de sentido exatamente inverso do constante da norma ao alcance de todos”¹⁹.

Com efeito, a ilegalidade (ou mesmo a ilicitude), muitas vezes agravada por um pronunciamento judicial provisório, está na origem da pretensão a ser mantida; caso contrário, a estabilização da pretensão poderia ser justificada por outros argumentos mais sólidos. Além disso, está-se diante de uma convalidação judicial de um ato irregular (ou mesmo ilícito), que somente será mantido porque seu beneficiário já o exauriu e não quer assumir o ônus de seu desfazimento. Assim:

O fato consumado é a denominação eufemística de ato jurídico ilícito, cuja prática foi autorizada por sentença consciente desse vício. (...) A situação de fato consolidada quer credenciar-se como solução de equidade, pois pretende ser o modo pelo qual se resolveriam litígios em atenção à justiça do caso concreto, mal disciplinado no tom genérico da lei, que, portanto, mereceria correção judicial benigna em favor dos supostamente mais fracos. **O fato consumado é tópico jurisprudencial pretensamente a serviço da equidade por meio do qual o Judiciário, em sentença, ratifica a liminar autorizadora da prática de ato ilícito, apenas porque, no momento de apreciar o mérito da causa, o detentor do provimento cautelar ilegal já desenvolveu, de fato, a atividade que lhe interessava**²⁰. (Grifado).

Em essência, “essa teoria conduz à preservação de atos administrativos ilegais que, com o correr do tempo, geraram situações de fato consolidadas e, muitas vezes, irreversíveis”.²¹

No mesmo sentido, aponta-se como características da teoria do fato consumado: 1) a proteção de atos, negócios, comportamentos ou atividades irregulares (ilegais ou mesmo ilícitas) na sua origem, normalmente protegidas por decisões judiciais provisórias e 2) a suposta irreversibilidade, muitas vezes meramente retórica. Note-se:

O fato consumado constitui o argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegou o momento de decidir a causa. Essa definição parece reunir as duas características do objeto estudado. Antes de tudo, a decisão que prestigia o fato consumado protege situação contrária ao direito. **Com o passar de décadas e com a utilização das fórmulas prontas ‘fato consumado’ e ‘situação de fato consolidada’, perdeu-se a consciência de algo fundamental: o Judiciário preserva sempre uma ilicitude, quando usa ambos os apelidos para decidir causas.** Fosse o provimento cautelar válido, o Judiciário não precisaria do argumento em causa para conservá-lo. Bastaria dizer que a liminar deferida respeita o direito, motivo pelo qual a sentença a confirma. Portanto, quem fala em fato consumado

19 FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 185-186.

20 Ibidem, p. 187-188.

21 BAPTISTA, Patrícia. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro**. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014, p. 351.

fala também em ilicitude. A segunda característica do fato consumado consiste em que, apenas do ponto de vista de fato, sensorial, a atividade ilícita desenvolvida sob a proteção da liminar se esgota anteriormente à decisão judicial do mérito da causa.²² (Grifado).

Não há dúvidas de que existem situações em que o longo transcurso do tempo pode inviabilizar (materialmente) o desfazimento da ilegalidade ou da ilicitude. Tal constatação está nos fundamentos que justificam institutos como a prescrição, a decadência e o usucapião. Basta lembrar que mesmo que a posse não tenha justo título ou boa-fé é possível adquirir a propriedade (desde que se transcorra muito tempo) e que até mesmo a pretensão punitiva de ilícitos penais graves está sujeita à prescrição.

Na verdade, a crítica à teoria do fato consumado restringe-se às situações em que a “consumação” é utilizada apenas como ferramenta retórica, uma vez que o desfazimento do ato ou negócio, do ponto de vista físico e material, mostra-se perfeitamente possível.

Para as hipóteses materialmente irreversíveis, muitas vezes a manutenção de situações consolidadas pode representar a solução se não a mais justa, pelo menos a menos onerosa (não só em termos econômicos), sem que aqui se ingresse em argumentação estritamente utilitarista.

Ressalte-se que a manutenção da situação fática não pode ser fruto de meras conjecturas, mas sim de ponderação devidamente fundamentada e enriquecida com dados concretos. Nesse ponto, merece destaque os casos em que a expectativa se origina de decisão judicial precária (medidas cautelares ou de antecipação de tutela). Nesse sentido:

Não se ignora que, na prática, fatos consumados possam impedir a anulação de um ato administrativo. Imagine-se, por exemplo, que tenha sido decretada a desapropriação de um imóvel e nele construída uma rodovia. Nesse caso, se, posteriormente, for verificada a nulidade do ato expropriatório, em razão da inviabilidade prática, não será mais possível repor o estado das coisas à situação anterior. Em uma hipótese como essa – i.e. diante da inviabilidade prática da reconstituição da situação anterior –, até se poderia cogitar da aplicação de uma doutrina dita do fato consumado. Nessas circunstâncias, a declaração de nulidade ou não se imporá, ou não poderá produzir todos os seus efeitos. **No entanto, o que aqui se rejeita é a possibilidade de se considerar consolidada uma situação de fato gerada por uma decisão judicial liminar e que não seja materialmente irreversível.** A liminar, como de conhecimento elementar, é um ato precário. Jamais, portanto, poderá constituir uma base em cuja estabilidade o particular possa legitimamente confiar. A lentidão da máquina judiciária não se pode prestar para garantir a consolidação de uma situação que, em sua essência mesma, é precária. Além disso, a ninguém é dado confiar na estabilidade de um direito que se sabe controvertido. O princípio da segurança jurídica não pode incidir aqui.²³ (Grifado).

22 FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 41-42.

23 Ibidem, p. 355-356.

Portanto, em situações excepcionais, quando houver impossibilidade material e concreta de reversão de situação fática, mostra-se possível juridicamente a manutenção dos atos e/ou negócios jurídicos que a originaram, desde que haja a devida motivação, preferencialmente tópica e respaldada na demonstração das peculiaridades de cada caso.

O STF teve a oportunidade de debater a questão relativa à consolidação de situações de fato quando, nos anos de 2000, analisou a constitucionalidade de leis estaduais que, à revelia da Constituição Federal, leis estaduais criaram municípios. Como entre a entrada em vigor das leis (e conseqüente a instalação dos municípios) e a decisão final do STF houve um lapso temporal considerável, a questão fática não pôde ser ignorada, muito embora se tratasse de processo objetivo (ação direta de inconstitucionalidade).

No caso da ADI n. 2.240-BA, tratou-se do município de Luis Eduardo Magalhães, localizado no estado da Bahia. A lei estadual que o criou foi editada em 30 de março de 2000. A ação direta foi ajuizada em 06 de julho do mesmo ano. Contudo, o julgamento somente foi iniciado em maio do ano de 2006. Na ocasião, o relator original (Min. Eros Grau) apresentou o seguinte resumo dos fatos:

Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

O Município — permito-me repeti-lo — o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território — isto é, no Município de Luís Eduardo Magalhães — foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luis Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.942 os eleitores do Município. No ano de 2.001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2.004. Em 2.002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2.003 foram 383 registros. Também em 2.002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF

da ordem de R\$2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sítio da Prefeitura Municipal [www.luiseduardomagalhaes.ba.gov.br], dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo per capita em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

Em boa-fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2.000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão dos seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.

Embora de exceção, essa existência, existência de fato, decorrente da decisão política que importou a sua instalação como ente federativo dotado de autonomia municipal — repito — consubstancia uma situação consolidada. O *nomos* do seu território foi nele instalado. O Município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada.²⁴

Ao final, diante do que entendeu ser irreversível, o relator original propôs o julgamento de improcedência do pedido de inconstitucionalidade (mesmo convicto de que a lei de criação era incompatível com a Constituição) com fundamento “fato consumado”. Em suma, entendeu que em razão da situação fática, a lei não seria inconstitucional (muito embora tivesse violado de modo incontestável a Constituição Federal).

No entanto, sua posição não foi acolhida, e o STF julgou procedente o pedido e declarou a inconstitucionalidade da lei de criação, mas sem pronunciar sua nulidade. A solução jurídica construída colegiadamente foi no sentido de convalidar, por via legislativa (emenda constitucional)²⁵, o ato de criação. Não se optou, neste caso, pelo mero reconhecimento de um fato consumado a sanar um grave vício de inconstitucionalidade. Deu-se a oportunidade para o órgão competente (no caso, o legislativo) convalidar o vício.

De qualquer forma, quanto aos dois temas em que a teoria do fato consumado é mais discutida (ensino superior e provimento de cargo efetivo), observa-se que o STF vem tomando caminhos opostos em suas decisões.

No primeiro caso, quanto ao ensino superior, a Corte vem mantendo sua jurisprudência histórica, no sentido de que a conclusão do curso sana os possíveis vícios ocorridos no ingresso ou ao longo dos estudos. Com efeito, em agosto de 2008, a Segunda Turma decidiu, ao julgar o recurso (Ag-RE n. 429.906-SC) estabeleceu que

24 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em 15.02.2015.

25 Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008: “Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: ‘Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.’ Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.” (Grifado).

o “Supremo, ao analisar a hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie”.²⁶ Ou seja, a Corte tem mantido firme o entendimento pela aplicação da teoria do fato consumado em questões que tratam de ensino superior.

No segundo caso, relativamente à manutenção no cargo efetivo de ocupante cujo ingresso se deu de forma irregular ou mediante decisão judicial provisória, o STF adotou entendimento diverso: em regra, não há aplicação do “fato consumado”. Entende que não seria possível que o mero transcurso de tempo determine a manutenção dos efeitos do ingresso irregular.

Em julgamento ocorrido em agosto de 2014, no Recurso Extraordinário (com repercussão geral) RE n. 608.482-RN, consta o seguinte:

1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.
 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.
 3. Recurso extraordinário provido.
- (RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)²⁷

Na situação específica, a parte interessada prestou concurso público, no ano 2000, para o cargo de agente de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte. Mesmo tendo sido reprovada no teste físico e não ter realizado o exame psicotécnico, prosseguiu no certame. Por ordem judicial (provisória), tomou posse e entrou em exercício no ano de 2002. A decisão foi confirmada em 2009 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, com fundamento na constatação de que, na época, estava há sete anos de exercício contínuo e que, por isso, teria o direito de continuar a exercer suas funções. O relator resumiu a controvérsia nos seguintes termos:

Há, na situação aqui examinada, o confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, devem ser sopesadas para que se defina qual delas merece prevalecer. De um lado, há o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido.

²⁶ Julgamento em 11 de setembro de 2008. Inteiro teor da decisão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547281>. Acesso em: 15.02.2015.

²⁷ Julgamento proferido em 07 de agosto de 2014. Inteiro teor da decisão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em: 15.02.2015.

De outro lado, tracionando em sentido oposto, está o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público” (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. A quebra da exigência de concurso não deixa de representar, ainda, severo comprometimento do princípio da igualdade, em matéria de acesso aos cargos públicos.

No entanto, o relator, acompanhado pela maioria dos julgadores, entendeu que o recorrente não pode ser abrangido pela proteção da confiança, pois pautara sua expectativa com base em decisão precária. Após esse julgado, em razão de sua repercussão geral reconhecida, tribunais de todo o país passaram a adotar o entendimento de que a teoria do fato consumado não serve de fundamento para a manutenção em cargo público de candidato que prosseguiu no concurso por força de decisão judicial provisória.

Contudo, a decisão não foi unânime. Merece destaque o voto vencido do Min. Luis Roberto Barroso, em sentido oposto ao resultado final. Segundo ele, a situação deveria ser mantida diante: 1) do longo lapso temporal (doze anos) entre a posse e a decisão do STF; 2) da presumida boa-fé (em face do cumprimento e do desempenho de todas as atribuições do cargo) e 3) da confiança gerada (pautada em três decisões judiciais favoráveis: uma decisão liminar e outra de mérito, ambas em primeiro grau, e a confirmação em decisão de segundo grau). Note-se:

[...] 19. A autora tomou posse em 25 de janeiro de 2002, em virtude de decisão liminar posteriormente confirmada pela sentença da Quinta Vara de Fazenda Pública de Natal e pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que desproveu o apelo interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, afirma a autora, em sua petição inicial, que, embora tenha sido aprovada nas provas de *cooper*, salto em distância e salto em altura (todas integrantes do teste físico), foi reprovada no teste de flexões abdominais, pois teria sido induzida a erro pelo fiscal, que a mandou descansar após ter completado vinte e duas flexões antes do término do tempo destinado à prova (o número mínimo requerido para aprovação era de vinte flexões). Porém, posteriormente se constatou que três flexões teriam sido mal executadas, e, com a anulação delas, faltou uma flexão para o atingimento do número mínimo. Ademais, a autora demonstra que obteve aprovação na disciplina Educação Física, do Curso de Formação de Agentes Policiais, com nota 9.5. Tais fatos não foram refutados na contestação. Por fim, a autora não apenas foi confirmada no estágio probatório, como não há notícia da instauração de processos administrativos para a apuração de infrações disciplinares 20. A breve descrição do contexto fático é suficiente para demonstrar que o caso concreto se amolda ao parâmetro acima delineado. Pois bem. A autora exerce o cargo de Agente de Polícia há mais de doze anos, prazo muito superior ao quinquênio previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. A tese jurídica exposta na inicial é bastante plausível, na medida em que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de Agentes de Polícia, parece efetivamente ter havido graves equívocos na sua aplicação em face da autora, além de o seu excelente desempenho na disciplina de Educação Física, a sua

aprovação no estágio probatório e não haver notícia sobre a instauração de processos administrativo-disciplinares revelarem a sua aptidão física para o bom desempenho das atribuições inerentes ao cargo. 21. Por fim, a posse da autora não apenas ocorreu há mais de doze anos, como se respaldou em decisão colegiada de mérito de Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Tal decisão não contraria precedente do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, há notáveis decisões desse Tribunal que respaldam a pretensão autoral, e, via de consequência, a decisão recorrida. 22. Com efeito, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n.º 429906, Rel. Min. Eros Grau, o STF aplicou a teoria do fato consumado para convalidar a matrícula de aluno determinada por decisão judicial em virtude de ter havido a conclusão do curso antes do trânsito em julgado. Já no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.357/DF o STF validou a admissão de empregados públicos na INFRAERO em virtude da existência à época de controvérsia sobre a existência, ou não de obrigatoriedade, de prévia aprovação em concurso público para o provimento em emprego público nas estatais. 23. Diante do exposto, voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário e pela adoção do seguinte parâmetro para a definição da manutenção, ou não, de provimentos em cargos públicos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado: “No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.”

Em outro julgado igualmente recente (ACO n. 79), o STF decidiu por manter, em razão da consolidação de uma situação de fato, uma doação de terras públicas no estado do Mato Grosso, não obstante a patente violação dos requisitos constitucionais em vigor, na época.

Na época, era a causa mais antiga pendente de decisão. Nela a União acionou o Estado do Mato Grosso requerendo a nulidade de concessões de terras públicas sem autorização do Senado Federal, como determinava a Constituição de 1946. Os atos foram praticados no início da década de 1950, a ação foi ajuizada em 1959 e tramitou por mais de cinquenta anos. Ao final, embora provada a violação de regras constitucionais vigentes na época, o pedido foi julgado improcedente. Como fundamento, o relator sustentou que, naquele caso, a “segurança jurídica” deveria prevalecer em face do princípio da legalidade.

Na verdade, o que se chamou de “segurança jurídica” estava muito mais próximo de “fato consumado”. E, na prática, esse foi o fundamento determinante, pois a principal razão de decidir foi a apreciação dos custos (e da impossibilidade material) do desfazimento do ato após mais de cinquenta anos. A decisão, proferida em 2012, tem a seguinte ementa:

ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima

dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. **Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.**

(ACO 79, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012 RTJ VOL-00110-02 PP-00448),²⁸

Como dito, o pedido de anulação foi julgado improcedente, mesmo havendo o reconhecimento no corpo do julgado de que o ato era nulo desde sua origem por violar a constituição então em vigor. Não era o caso de prescrição, decadência ou mesmo usucapião (por se tratar de imóveis públicos). Nesse sentido, muito embora tenham sido invocados os princípios da segurança jurídica e o da proteção da confiança, o fundamento preponderante para a manutenção dos atos está na teoria do fato consumado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, em situações nas quais a estabilização de expectativas não é mais possível por meio dos mecanismos tradicionais, nem mesmo através da proteção da confiança, reconhece-se a possibilidade de manutenção de atos (mesmo originalmente irregulares) em face da passagem do tempo e desde que devidamente fundamentado, em razão da assim chamada teoria do fato consumado.

Há de se ter cautela na estabilização com essa justificativa, ante o risco de se tutelar interesses individuais ao custo de violação de dispositivos legais ou mesmo constitucionais. Em verdade, tal conduta pode levar ao comprometimento da certeza do Direito e da confiança da aplicação das regras jurídicas.

Com efeito, é necessário que, na hipótese de não aplicação de qualquer dos mecanismos jurídicos tradicionais de estabilização de expectativas (tutela dos direitos adquiridos, prescrição, decadência, usucapião ou mesmo a proteção da confiança), proceda-se a uma verificação da impossibilidade da reversão da situação fática. Sendo os efeitos do ato irregular na sua origem materialmente irreversíveis (e não apenas de modo retórico) passa-se à etapa seguinte da ponderação ou sopesamento

²⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2073053>. Acesso em: 13.10.2017.

a fim de se verificar a viabilidade da manutenção das expectativas. Em suma, trata-se de decisão que demanda elevado ônus argumentativo, em face da mencionada necessidade de se preservar a certeza do direito.

O STF reconhece tal fundamento e o aplica em casos excepcionais, cuja estabilização não pode ocorrer por parâmetros ordinários. Entretanto, quando se trata de posse em cargo efetivo com fundamento em decisão judicial provisória que, posteriormente, foi reformada ou anulada, a corte tende a não reconhecer o fato consumado. Neste caso, não há direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prescrição, decadência, usucapião, proteção da confiança nem fato consumado que justifique, segundo diversas decisões do STF, a manutenção do ato irregular.

4. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova tutela do cidadão diante do estado. Niterói: Impetus, 2009.
- AZPITARTE, Miguel. **Cambiar el pasado**. Madrid: Tecnos, 2008.
- BAPTISTA, Patrícia. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro**. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo: reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação. In: BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. nº 237, jul.-set./2004. Rio de Janeiro: Renovar.
- DELGADO, Mário Luiz. **Novo direito intertemporal brasileiro**: da retroatividade das leis civis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- KORESSAWA, Wilson. **O princípio da segurança jurídica**: implicações na ocupação familiar de lotes públicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2010.
- MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.
- MANRIQUE, Ricardo Garcia. **El valor de la seguridad jurídica**. Madrid: Iustel, 2012.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. nº 220, abr-jun/2004. Rio de Janeiro: Renovar.
- SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Elcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. nº 04, jul-dez. 2004. Belo Horizonte: Del Rey.