

# A evolução da “legalidade” aplicada aos atos administrativos e legislativos: tendência de abandono da lógica da nulidade em favor da lógica da anulabilidade<sup>120</sup>

The evolution of “legality” applied to administrative and legislative acts: a tendency to abandon the logic of nullity in favor of the logic of annullability

La Evolución de la “legalidad” aplicada a los actos administrativos y legislativos: tendencia al abandono de la lógica de la nulidad en favor de la lógica de la anulabilidad

**Fernando Menezes de Almeida**

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

---

120 O presente texto foi elaborado a partir de um convite do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho para um trabalho de reflexão coletiva sobre “mudanças” que a Constituição de 1988 havia sofrido em sua aplicação, independentemente de alteração de seu texto, ao longo dos seus mais de 30 anos de vigência; o mesmo texto foi apresentado, em versão resumida, em inglês, em seminário de pesquisa regularmente organizado na Universidade de Freiburg (Alemanha), sob a coordenação do professor Matthias Jestaedt, sobre a Teoria Pura do Direito. Havendo recebido o honroso convite para enviar um trabalho para o número inaugural da *Plenário – Revista Jurídica da Câmara dos Deputados*, acreditei ser pertinente, dada a conexão do tema da legalidade com a atuação da Câmara dos Deputados, submeter essas ideias a uma nova publicação, considerando a possibilidade de que alcance um distinto público leitor.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A lógica da nulidade e a lógica da anulabilidade; 3. A compreensão da legalidade na tradição constitucional brasileira; 4. Vetores de evolução legislativa e jurisprudencial; 5. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo pretende evidenciar, ao longo da vigência da Constituição de 1988, uma tendência de descolamento das noções de validade da norma jurídica e de sua conformidade à lei, com abertura para que a compreensão da legalidade passe a se dar por uma lógica de anulabilidade, não por uma lógica de nulidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição de 1988; validade da norma jurídica; legalidade; nulidade; anulabilidade.

**TABLE OF CONTENTS:** 1. Introduction; 2. The logic of nullity and the logic of annullability; 3. The comprehension of legality in the Brazilian constitutional tradition; 4. Vectors of legislative and jurisprudential evolution; 5. Conclusion; References.

**ABSTRACT:** This article aims to highlight, throughout the validity of the 1988 Constitution, a tendency to detach the notions of validity of the legal norm and its conformity to the law, opening the way for the understanding of legality to be based on a logic of annullability, instead of a logic of nullity.

**KEYWORDS:** 1988 Constitution; validity of the legal norm; legality; nullity; annullability.

**CONTENIDO:** 1. Introducción; 2. La Lógica de la Nulidad y la Lógica de la Anulabilidad; 3. La Comprensión de la Legalidad en la Tradición Constitucional Brasileña; 4. Vectores de Evolución Legislativa y Jurisprudencial; 5. Conclusión; Referencias.

**RESUMEN:** Este artículo pretende evidenciar, a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1988, una tendencia a la desvinculación entre las nociones de validez de la norma jurídica y su conformidad con la ley, permitiendo que la comprensión de la legalidad se base en una lógica de anulabilidad y no en una lógica de nulidad.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución de 1988; validez de la norma jurídica; legalidad; nulidad; anulabilidad.

## 1. Introdução

Inserindo-se o direito brasileiro na tradição do constitucionalismo ocidental (Troper, 1994, p. 203-205)<sup>121</sup>, uma premissa fundamental, da qual deriva a compreensão das bases constitucionais de seu ordenamento jurídico, é a adoção de um modelo de estado de direito.

Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Nenhuma fórmula exprime melhor o espírito do Estado de Direito do que a consagrada no art. 30 da Declaração de Direitos de Massachusetts, de 1780: ‘o governo de leis, não de homens’. (Ferreira Filho, 1987, p. 95)

Por outras palavras, para se empregar a linguagem kelseniana, trata-se de se substituir a vontade subjetiva dos indivíduos pela vontade objetiva da sociedade, vontade esta contida nas leis, como parâmetro habilitante para se definir o sentido das normas vinculantes das condutas dos indivíduos (Kelsen, 1996, p. 34-35).

A legalidade, assim, é compreendida como a tradução técnico-jurídica da ideia de estado de direito.

O ordenamento jurídico brasileiro claramente adota tal modelo. Em primeiro lugar, por força da norma inaugural da Constituição de 1988, afirmando a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º).

Em segundo lugar, pela ênfase na previsão da legalidade. Esta aparece como direito fundamental aplicável a todos os indivíduos – seja em seu sentido formal (lei como fruto do órgão de representação da sociedade: art. 5º, II), seja em seu sentido material (lei como norma tendencialmente geral e abstrata, de modo a atingir isonomicamente todos os membros da sociedade: art. 5º, *caput* e I) – e ainda como princípio aplicável à administração pública (art. 37, *caput*)<sup>122</sup>.

Tradicionalmente, por força de posturas doutrinárias, consagradas na jurisprudência, a legalidade era (ou talvez ainda seja) compreendida de modo

121 Michel Troper aponta três sentidos (não excludentes) do constitucionalismo: a) *lato sensu*, é a ideia difundida a partir do século XVIII de que todo Estado deve ter uma constituição como modo de impedir o despotismo; b) *stricto sensu*, é a ideia de que não apenas uma constituição é necessária, mas que ela deve fundar-se sobre certos princípios, voltados a se evitar o despotismo, ou, o que não é exatamente o mesmo, a se garantir a liberdade política; tais princípios – e nesse aspecto a ideologia do constitucionalismo comporta variações – podem ser os seguintes ou alguns deles: a separação de Poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o governo representativo, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; c) *strictissimo sensu*, é a ideia segundo a qual o resultado desejado (liberdade política ou impossibilidade do despotismo) só pode ser atingido se dentro os princípios aqui indicados figurar o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

122 Além de outros casos específicos, que são desdobramentos dessa categorização mais geral, como a legalidade em matéria penal ou tributária.

majoritário no direito brasileiro de modo a promover a conexão indissociável das noções de validade e de conformidade à lei.

Entretanto – é o que este breve ensaio pretende evidenciar – verifica-se, nesses 32 anos de aplicação da Constituição de 1988, uma tendência de descolamento das noções de validade da norma jurídica e de sua conformidade à lei, dando abertura para que a compreensão da legalidade dê-se por uma lógica de anulabilidade, em lugar de pôr uma lógica de nulidade.

## 2. A lógica da nulidade e a lógica da anulabilidade

Como ponto de partida para os desdobramentos propostos neste ensaio, fixe-se a ideia de que o fenômeno da invalidade da norma jurídica pode basicamente ser explicado de dois modos: por uma lógica de nulidade ou por uma lógica de anulabilidade.

Pela lógica da nulidade, supõe-se que a invalidade de uma norma decorre, *ipso facto*<sup>123</sup>, de sua desconformidade aos padrões estabelecidos pelo direito para a criação normativa – ou, dito de outro modo, de sua desconformidade à legalidade (legalidade em sentido amplo, incluindo aqui a constitucionalidade).

Por esse primeiro modo de se explicar o direito, supõe-se que uma norma jurídica não terá validade como imediata consequência de seu modo de ser (do modo como foi produzida), como se se tratasse de um fenômeno natural, sem a intercessão da vontade humana.

Nesse caso, supõe-se que a postura do aplicador do direito, perante uma norma “nula”, será a mesma postura de um observador da natureza que constata um fato dado a priori (imutável e inevitável): a norma não tem validade – já não tinha validade desde seu nascimento.

E o ato de reconhecimento da nulidade seria um ato declaratório de uma situação jurídica que não depende da vontade do aplicador do direito (do órgão jurídico que está reconhecendo a nulidade).

Por outro lado, pela lógica da anulabilidade, supõe-se que a invalidade de uma norma decorre de um ato de vontade do aplicador do direito, que também leva em consideração um juízo de desconformidade aos padrões estabelecidos pelo direito para a criação normativa (desconformidade à legalidade), mas que não é mecanicamente condicionado por essa desconformidade.

123 Quero dizer mesmo *ipso facto*: como se fosse um fenômeno causal próprio do mundo do ser (da natureza física), antes mesmo de ser uma consequência prevista pelo direito (*ipso jure*). Voltarei a esse ponto na parte final do tópico 3 deste ensaio.

Por esse segundo modo de se explicar o direito, supõe-se que uma norma jurídica não terá validade por decisão volitiva do aplicador do direito.

Nesse caso, supõe-se que a postura do aplicador do direito, perante uma norma cuja validade está sendo questionada, será a mesma postura do criador do direito: por meio de um ato de vontade, o aplicador do direito retirará a validade da norma – a qual, não fosse essa decisão, permaneceria válida.

E o ato de anulação seria assim um ato constitutivo de uma situação jurídica, a partir da vontade do aplicador do direito (da vontade do órgão do ordenamento jurídico legitimado para tanto).

A explicação que aqui se está a fazer sobre nulidade e anulabilidade adota uma perspectiva de teoria geral do direito, buscando uma abordagem científica para um fenômeno jurídico no plano abstrato, independentemente de uma análise de usos linguísticos ou de convenções conceituais que determinado direito positivo faça em relação às palavras “nulidade” e “anulabilidade”.

Assim sendo, não se ignora, por exemplo, que o Código Civil brasileiro trata do tema, distinguindo atos nulos e anuláveis (arts. 166, 167 e 171) e dando para cada caso um regime jurídico diferente<sup>124</sup>. Entretanto, essas diferenças de regime jurídico são diferenças acidentais e não substanciais, decorrendo, repita-se, de convenções da linguagem e dos conceitos jurídicos manejados pelo legislador. Por certo, numa leitura científica do direito positivo, também há que se reconhecer a existência e a operabilidade desses conceitos. De todo modo, constatações desse tipo não impedem que, no plano da teoria geral, busque-se uma explicação mais ampla e abstrata – essencial – para as situações aqui descritas como “nulidade” e “anulabilidade”.

Dito de outro modo, na perspectiva mais abstrata da teoria geral do direito, distinguem-se nulidade e anulabilidade – enquanto modelos teóricos para explicar a invalidade da norma – pela compreensão de que a primeira supõe-se operar *ipso facto*, restando ao aplicador do direito declarar a situação jurídica consequente, a qual preexiste por si só, e de que a segunda supõe-se operar por meio da vontade humana criadora da norma, de modo que o aplicador do direito então constitui (volitivamente) uma situação jurídica por consequência de um juízo de invalidade.

Se a primeira ou a segunda hipóteses – independentemente de se chamarem “nulidade” ou “anulabilidade” – podem ser praticadas de ofício ou não,

124 Exemplifique-se: “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”; ou “Art. 168, parágrafo único: As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”; ou ainda “Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”.

produzem efeitos retroativos ou não, convivem com convalidação ou não, entre outras regras de operação, isso é opção accidental de cada ordenamento jurídico positivo.

Retomando a cogitação das categorias abstratas de nulidade e anulabilidade, verifica-se o alinhamento da lógica da nulidade com as premissas filosóficas jusnaturalistas, e o alinhamento da lógica da anulabilidade com as premissas filosóficas juspositivistas.

Com efeito, está implícito no raciocínio da nulidade uma compreensão do fenômeno jurídico (do ato de criação normativa) como um fenômeno natural, que possui uma existência independente da vontade humana criadora – essência das linhas de pensamento jusnaturalistas.

A seu turno, a essência das diversas linhas de pensamento que podem ser ditas positivistas (ou realistas) têm em comum centrar a essência do fenômeno jurídico (do ato de criação normativa) na vontade humana, o que leva, no caso em questão, ao raciocínio da anulabilidade.

Emblemática, nesse sentido, é a posição de Hans Kelsen (1962, p. 159-160), considerando que “uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas ser anulável” e que “a anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus”, dos quais um dos extremos seria o que tradicionalmente se diz “nulidade” (anulabilidade com efeitos *ex tunc*). Assim, não existe a nulidade de uma norma enquanto situação dada anteriormente à decisão (jurídica), tomada por um órgão competente, de retirada de sua validade – decisão essa que tem natureza constitutiva.

Em suas palavras:

O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma. [...] Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava

em ouro, assim também tudo aquilo a que o direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade. (Kelsen, 1962, p. 161-162)

Essas ideias comportam relevante desdobramento teórico, igualmente muito rico no âmbito da Escola da Teoria Pura do Direito, sobre a existência de uma “margem de erro” (Fehlerkalkül) inerente ao direito e de uma “autorização alternativa” (Alternativermächtigung)<sup>125</sup> para uma decisão definitiva, no caso da decisão de última instância (Kelsen, 1962)<sup>126</sup>.

São elementos teóricos que, entre outras aplicações, explicam a convivência de atos normativos, igualmente válidos, mas contendo manifestações de vontade com conteúdos conflitantes em termos da conduta humana por eles regradada (por exemplo: uma sentença judicial, cujo conteúdo conflite com o conteúdo de norma presente na constituição, pode vir a permanecer definitivamente válida por transitar em julgado; ou um ato administrativo, cujo conteúdo conflite com o conteúdo de norma contida em uma lei, pode vir a permanecer definitivamente válido ante a passagem do tempo, a acarretar decadência do poder jurídico da administração em retirar-lhe a validade, ou a acarretar a prescrição de ações judiciais no mesmo sentido).

Do ponto de vista pessoal, manifesto franca adesão à tese da anulabilidade, como modelo teórico adequado para a compreensão do fenômeno jurídico.

Insisto: não estou a sustentar que não existe a nulidade enquanto previsão do direito positivo brasileiro (como aqui já exemplificado com o Código Civil). Estou, sim, dizendo que mesmo isso que a lei chama de nulidade, em essência, não pode negar o poder criativo-volitivo do órgão aplicador do direito.

Ainda que se chame de nulidade a situação de retirar-se validade de um ato jurídico, sua essência será daquilo que aqui se está a chamar de anulabilidade – seja uma anulabilidade com efeitos retroativos, ou não, ou uma anulabilidade decidida de ofício, ou não.

Os argumentos de Kelsen são completos. Para testá-los, basta verificar-se empiricamente a realidade social. Quotidianamente, idênticas questões de

125 Sobre o tema, ver Rodrigo Garcia Cadore, “Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül – Wie geht das Recht mit Fehlern um?” – a quem agradeço pela interlocução sobre o tema e por outras referências bibliográficas, dentre as quais Christoph Kletzer, “Kelsen’s development of the Fehlerkalkül-theory”, e de Philipp Reimer, “Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit – Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül”.

126 Segundo Kelsen (1962, p. 146): “[...] o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância”.

direito são levadas a distintos aplicadores do direito – juízes, por exemplo – que podem proferir sentenças em sentidos discrepantes, todas potencialmente transitáveis em julgado. Esse simples raciocínio evidencia que não há uma solução de direito juridicamente “correta” a priori dada, ou seja, decorrente da natureza das coisas, independentemente das decisões judiciais (das quais se está cogitando no exemplo).

Todo ato de aplicação do direito, justamente por “aplicar” direito, fundamenta-se em norma anteriormente posta, mas, ao mesmo tempo, é ele próprio essencialmente outra norma jurídica, introduzindo efeitos de direito nas situações a que se aplica; nesse sentido, todo ato de aplicação do direito também é ato de criação do direito (Kelsen, 1962)<sup>127</sup>.

O ato de retirada da validade de outro ato jurídico somente produz-se por meio da ação volitiva de um órgão aplicador do direito – não é movimento espontâneo das forças da natureza. Ainda que, psicologicamente, no seu íntimo, o indivíduo que ocupe a função de aplicador do direito comporte-se como se estivesse apenas a constatar uma situação de fato predefinida, esse comportamento, em verdade, expressa a sua decisão, a sua vontade, de assim fazê-lo.

No cotidiano das situações jurídicas, a pessoa que pretender não estar sujeita à incidência de uma norma (legal, administrativa, contratual, jurisdicional) por entendê-la contrária ao direito deve mobilizar um órgão aplicador do direito para decidir sobre sua invalidade.

O simples não cumprir a norma, por parte do sujeito, sob o argumento (formulado subjetivamente em seu íntimo) de entendê-la inválida não produz o efeito jurídico da invalidade: potencialmente, esse sujeito sofrerá a sanção correspondente; se eventualmente, de fato, não a sofre, isso não significa que a norma descumprida não valesse, senão apenas que, concretamente, não foram mobilizados os órgãos aplicadores do direito para se desencadear a aplicação da sanção.

Essa motivação íntima de boa-fé do sujeito que descumpre uma norma por (subjetivamente) entendê-la inválida não tem o condão de, por si só, criar uma situação de direito de verdadeira invalidade de tal norma; do mesmo modo que não o tem a atitude do sujeito que descumpre deliberadamente uma norma que supõe válida.

---

127 Segundo Kelsen (1962, p. 87), “a aplicação do direito é simultaneamente produção do direito. [...] Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”.

### 3. A compreensão da legalidade na tradição constitucional brasileira

Como afirmado na introdução deste texto – aliás, como é notório –, o Brasil alinha-se à tradição do constitucionalismo ocidental, adotando um sistema de legalidade, tanto em seu sentido formal como em seu sentido material.

A síntese dessa ideia, no plano histórico, é expressa de modo exemplar no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

A doutrina clássica extrai dessas regras os dois sentidos fundamentais de legalidade, complementares e harmônicos: a legalidade formal e a legalidade material.

No sentido formal, toma-se por lei – instrumento socialmente legitimado a definir os limites do exercício da liberdade humana – o ato jurídico produzido pelo órgão de representação da vontade dos indivíduos, conforme procedimento previamente estabelecido na norma básica de organização e definição das competências dos poderes estatais (constituição, em sentido amplo).

O sentido formal, portanto, prestigia a noção política de liberdade, supondo que toda restrição ao seu exercício decorrerá de uma decisão direta ou indiretamente relacionada à vontade dos próprios indivíduos (cuja liberdade tem assim seu exercício disciplinado).

É o sentido que corresponde, na Constituição brasileira vigente, ao disposto no art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Já no sentido material, entende-se que a lei deve tendencialmente ser geral e abstrata, ou seja, deve a lei aplicar-se a quaisquer destinatários, não previamente identificados, cuja conduta venha a coincidir com a hipótese de incidência da lei (“geral”); e, ainda, deve a lei formular hipóteses de incidência voltadas a casos futuros e não a situações concretas já ocorridas (“abstrata”).

O sentido material, portanto, prestigia a noção política de isonomia, admitindo que a lei, sendo geral e abstrata, tende a não criar privilégios ou a propiciar perseguições, tratando igualmente todos os membros da sociedade (Duguit, 2007, p. 96)<sup>128</sup> – ainda que essa igualdade comporte a clássica fórmula de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. É o sentido que corresponde, na Constituição brasileira vigente, ao disposto no art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

A afirmação de todos serem iguais perante a lei não é uma vedação constitucional a que haja leis (em sentido formal) que sejam individuais e/ou concretas.

O alcance da legalidade material implica, portanto, caso se produza uma lei (em sentido formal) individual e/ou concreta, que ela deva ter por fundamento uma previsão anterior e superior<sup>129</sup>, esta necessariamente geral e abstrata. Ou seja, leis individuais e/ou concretas não são necessariamente inconstitucionais, mas poderão ser consideradas inconstitucionais (por violação da regra da igualdade de todos perante a lei) se não se fundamentarem em um critério constitucional de discriminação<sup>130</sup>.

O sistema de legalidade (formal e material) da Constituição brasileira aplica-se como uma garantia das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos (art. 5º) e tem como reflexo condicionar toda ação estatal – notadamente a ação executiva, de exercício da função administrativa – a operar nos limites da legalidade (art. 37).

Com efeito, a legalidade é princípio da administração pública, como expressamente afirmado no *caput* do art. 37 da Constituição. Esse texto menciona

---

128 Nas palavras de Léon Duguit (2007, p. 96): “On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu'ils étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance”.

129 Em se tratando de lei formal, tal previsão superior há que ser da própria Constituição.

130 Vide, por exemplo, os casos de leis que criam as chamadas ações afirmativas.

apenas a palavra “legalidade”, sem descrevê-la em uma fórmula analítica; todavia é compreendido como referindo-se tanto ao sentido formal como ao sentido material de lei – este último reforçado pela previsão do princípio da impessoalidade, no mesmo rol de princípios da administração pública dado pelo art. 37.

A legalidade aplicada aos indivíduos, justamente por lidar com sujeitos dotados de vontade subjetiva (de livre-arbítrio), tem por corolário considerarem-se livres as condutas não vedadas pela lei.

Já a legalidade aplicada à administração pública, partindo-se da premissa fundamental do Estado de Direito – no sentido de que o Estado não tem vontade subjetiva, isto é, que a vontade do Estado não é a vontade subjetiva dos governantes, mas sim a vontade objetiva do direito –, tem por consequência a Administração somente poder agir nos limites da lei.

Não há que se cogitar de uma vontade (de um livre-arbítrio) da Administração (ou, mais amplamente, do Estado) para além dos limites da lei, que supostamente pudesse justificar uma conclusão análoga àquela aplicável aos indivíduos, nos termos do citado art. 5º, II. Se partimos da premissa do Estado de Direito, toda “vontade” da administração resume-se à vontade (objetiva) contida na lei.

Essa compreensão da legalidade, tradicionalmente dita “estrita”, aplicável à Administração, leva à clássica discussão do alcance dessa vinculação da Administração à lei. De fato, a ideia expressa pela doutrina em fórmulas como “a Administração só pode agir nos limites da lei”, ou “a Administração só pode fazer o que a lei determina”, entre outras, é uma ideia forçosamente imprecisa.

O que são esses limites da lei? Como a lei efetivamente determina a conduta da Administração? Prevendo em detalhes todos os elementos dessa conduta? Antevendo todas as circunstâncias concretas das hipóteses de incidência da lei, de modo a descrever com precisão a conduta a ser adotada pelo administrador?

Esses questionamentos abrem espaço para toda discussão sobre discricionariedade administrativa; e sobre os graus de vinculação à lei, variando de uma noção de “conformidade” (identidade mais estrita) a uma noção (mais fluida) de “não contrariedade” entre a ação administrativa e a previsão legal – para empregar aqui a célebre formulação de Charles Eisenmann (2014, p. 535 *et seqs.*).

Dado o objetivo deste ensaio, não é o caso de se aprofundar a discussão da legalidade por esse viés de vinculação e discricionariedade.

Por outro lado, da mesma noção básica de legalidade aplicada à administração pública, derivou, na doutrina tradicional do direito administrativo, uma compreensão de que a Administração não pode, em absoluto, praticar atos desconformes a comandos de leis<sup>131</sup>; ou ainda que qualquer desconformidade implica, inexoravelmente, a invalidade do ato administrativo.

É um raciocínio que, implicitamente, desconsidera a base de todo raciocínio realista-positivista, voltado a uma análise científica e objetiva do direito: a distinção entre o ser e o dever-ser (Kelsen, 1962, p. 203-212).

A tese tradicional da nulidade do ato administrativo confunde, ao menos implicitamente, o dever da Administração de vinculação à lei com o (suposto) fato de que a administração age, por força da natureza, necessariamente de modo vinculado à lei (Kelsen, 1996)<sup>132</sup>. Como corolário, em lugar de considerar o ato administrativo contrário à lei como passível de ter sua validade retirada por outro ato jurídico que venha a verificar essa contrariedade (anulando, assim, o primeiro), a tese tradicional supõe que o ato administrativo contrário à lei é um ato sem validade (nulo) *ab initio* e *ipso facto*.

Aliás, essa era a mesma visão que tradicionalmente a doutrina aplicava à inconstitucionalidade das leis: a desconformidade da lei à Constituição leva inexoravelmente à sua invalidade.

Quanto à inconstitucionalidade, verifique-se a análise de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a respeito da postura da doutrina tradicional:

A natureza do ato inconstitucional – ensina tradicionalmente a doutrina, tanto estrangeira (v. g., Marshall) quanto nacional (v. g., Rui) – é nulo e írrito. Dessa forma, ele não obriga, não sendo de se aplicar. Ou, se aplicado, nula é essa aplicação. Assim, o efeito da declaração de nulidade retroage *ex tunc*, não sendo válidos os atos praticados sob o seu império.

131 Essa questão da conformidade aos comandos de leis abre campo para outra discussão presente na doutrina brasileira contemporânea, que é a defesa da substituição de uma noção de vinculação à legalidade – como se legalidade quisesse dizer apego à literalidade da lei – por uma noção de vinculação ao direito (aqui incluindo a Constituição e todos os valores dela decorrentes). Essa postura faz parte do mesmo quadro de constitucionalização do direito, a seguir mencionada.

132 É a confusão enganosa, denunciada por Kelsen, entre “necessidade causal” e “necessidade normativa”: “La règle de fait peut avoir le caractère d’une loi causale, en vertu de laquelle, sous certaines conditions, quelque chose de déterminé doit nécessairement avoir lieu. L’expression de ‘falloir-êtré’ exprime la nécessité causale. Si l’on admet que le devoir-êtré exprime aussi une nécessité, il faut distinguer clairement la nécessité causale de la nécessité normative. Mais, comme dans la langue usuelle, le terme ‘norme’ peut signifier, non seulement une règle normative, mais aussi une règle de fait, les deux sortes de nécessité ne sont pas parfois clairement distinguées entre elles, les mots de ‘devoir-êtré’ et de ‘falloir-êtré’ sont utilisés comme des synonymes, ce qui est extrêmement trompeur” (Kelsen, 1996, p. 11). [Buscando-se as expressões em português, entenda-se “devoir-êtré” como “dever ser” e “falloir-êtré” como “ter de ser”.]

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repetidas vezes declarou nulo o ato inconstitucional, como o quer a doutrina clássica. (Ferreira Filho, 2015, p. 63)

E quanto aos atos administrativos, refira-se a emblemática posição de Hely Lopes Meirelles:

*Ato nulo* é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser *explícita* ou *virtual*. É *explícita* quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é *virtual* quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. [...] Embora alguns autores admitam o *ato administrativo anulável*, passível de convalidação, não aceitamos essa categoria em direito administrativo, pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público, e não ser admissível a manutenção de atos *ilegais*, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da *legalidade administrativa*. Daí a impossibilidade jurídica de convalidar-se o ato considerado *anulável* que não passa de um ato originariamente *nulo*. (Lopes Meirelles, 1989, p. 149-150)

No tocante aos atos administrativos e sua “nulidade”, a jurisprudência do STF há tempo já se cristalizara em torno da Súmula n. 473 (ou, como se poderia dizer de modo mais fiel à terminologia original: Enunciado n. 473 da Súmula do STF), aprovada em 3 de dezembro de 1969:

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.

Os acórdãos que são oficialmente invocados como precedentes para a formulação da Súmula n. 473<sup>133</sup>, assim como diversos outros que a aplicam nos anos subsequentes, partem da premissa de que atos ilegais, por isso mesmo, não geram direitos e podem (devem) ser anulados<sup>134</sup> – ou seja, ter sua invalidade reconhecida – a qualquer tempo.

133 RMS 16935 (DJ 24/5/1968), MS 12512 (DJ 1/10/1964), MS 13942 (DJ 24/9/1964) e RE 27031 (DJ 4/8/1955).

134 Aqui a palavra “anulados” refere-se a “invalidados”, não implicando adesão à tese da anulabilidade, como decorre da compreensão sistemática da jurisprudência em questão.

## 4. Vetores de evolução legislativa e jurisprudencial

No entanto, ainda que sem expressa ou consciente adesão à lógica da anulabilidade pelo viés da teoria geral do direito, parte substancial da doutrina brasileira passou a sustentar, após os primeiros anos de aplicação da Constituição de 1988, a necessidade de mais atenção à segurança jurídica.

Em linhas gerais, a Constituição de 1988 ampliou poderes do Judiciário e dos órgãos de controle da Administração. E o fez seja diretamente, ampliando as competências e os instrumentos de controle, seja indiretamente, recorrendo a formulações muito baseadas em princípios, cuja aplicação é mais propensa à criatividade interpretativa por parte do Poder Judiciário<sup>135</sup>.

Tal ampliação dá-se ainda no contexto da amplificação do alcance normativo da própria Constituição, dotada de texto extremamente extenso, detalhado e inclusivo de temas que normalmente poderiam supor-se merecedores de tratamento infraconstitucional. É o fenômeno descrito como a constitucionalização do direito (Guastini, 2002)<sup>136</sup>.

Esse movimento de constitucionalização do direito e de ampliação da atuação do Poder Judiciário (senão mesmo de seu ativismo) tem por consequência, no plano da aplicação do direito, o comprometimento da segurança jurídica.

O modo como se estrutura o exercício da função jurisdicional no Brasil, com um sistema difuso de controle de constitucionalidade, podendo qualquer juiz, em qualquer instância, manifestar-se sobre a inconstitucionalidade das leis ou dos atos administrativos, entretanto sem os temperamentos de um sistema de valorização de precedentes (como no caso dos países de *common law*), e ainda num contexto em que a Constituição mesma dá argumentos para, com grande margem de manobra interpretativa, questionar-se a consti-

135 Não é o caso de se desenvolver este ponto aqui, mas fica a referência a toda a discussão sobre politização da justiça e judicialização da política no regime de 1988 – cuja análise pioneira foi feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em “Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça” – e sobre o ativismo judicial – objeto de estudo de Elival da Silva Ramos, em *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*.

136 Muitos trabalhos tratam do tema, valendo referir, como síntese conceitual, o pensamento de Riccardo Guastini: “*un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante*”, acarretando como principais consequências: (i) que a legislação deixe de ser considerada atividade livre em seus fins, para ser tida como atividade discricionária (quanto à escolha de meios) condicionada a fazer atuar fins preestabelecidos pela Constituição; (ii) que os juízes tenham poderes e deveres de aplicar não somente as leis, mas antes a Constituição: seja uma aplicação direta da Constituição, tida como norma vinculante, seja uma aplicação das leis em uma interpretação que sempre as adeque à Constituição; (iii) que as relações privadas também sejam condicionadas pela Constituição; (iv) que até a doutrina veja-se pautada pela Constituição, nela buscando o fundamento axiológico das leis e tendendo a expor o conteúdo normativo como um mero desenvolvimento de princípios constitucionais (Guastini, 2002, p. 148-155).

tucionalidade (questionar-se a legalidade, em sentido mais largo) de qualquer norma, é um evidente fator de insegurança no tocante à previsibilidade e à permanência de regras estabelecidas em leis, atos administrativos e contratos ou atos jurídicos individuais em geral.

É certo que, nessa situação, o Poder Judiciário mesmo ou outros órgãos de controle têm adotado mecanismos de contenção e mitigação desses efeitos – por exemplo: novos mecanismos de controle principal e abstrato de constitucionalidade das leis, com competência concentrada no Supremo Tribunal Federal; súmulas e outras fórmulas para vincularem-se os demais órgãos jurisdicionais às decisões do STF; recurso a termos de ajustamento de conduta ou congêneres.

No entanto, outra linha de ação, visando igualmente à busca de maior segurança jurídica, veio de iniciativa da legislação, amparada por uma nova corrente de pensamento doutrinário e posteriormente referendada pela jurisprudência.

Essa tendência legislativa, se analisada por um viés científico, de teoria geral, pode ser identificada com o que se vem chamando neste ensaio de uma lógica da anulabilidade.

Cito três exemplos bastante significativos, no âmbito do direito legislado. Em primeiro lugar, no tocante a atos administrativos, a lei geral de processo administrativo federal, Lei n. 9.784/1999<sup>137</sup>, ao mesmo tempo repetiu os termos da já citada Súmula n. 473 do STF (apenas trocando o verbo “poder” por “dever” – sentido que, de todo modo, já era dado à jurisprudência sumulada), mas introduziu elementos que, na época, foram importantes inovações: o limite temporal para a Administração exercer seu poder de anulação de certos atos ilegais e a possibilidade de convalidação de atos ilegais.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

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

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

137 Acompanhada ou mesmo antecedida de leis análogas de outras esferas da federação – como é o caso da Lei n. 10.177/1998, do Estado de São Paulo.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Em ambas essas hipóteses introduzidas como novidades pela Lei n. 9.784/1999 (arts. 54 e 55) tem-se por resultado a situação em que um ato administrativo, desconforme a um parâmetro legal segundo o qual deveria ter sido produzido, pode permanecer válido, seja por não poder ser invalidado (restando como originalmente foi praticado), seja por ter sido convalidado (preservando-se, assim, seus efeitos originais (Barbin, 2019).

Em segundo lugar, quanto à própria inconstitucionalidade das leis, a Lei n. 9.868/1999 e a Lei n. 9.882/1999, cuidando respectivamente das ações diretas de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabeleceram a possibilidade de o STF reconhecer a desconformidade de uma lei ou de ato normativo à Constituição, ainda assim mantendo os efeitos (passados) da norma inconstitucional – ou até mesmo mantendo a validade da norma para seguir produzindo (novos) efeitos até certo marco temporal futuro:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Lei n. 9.868/1999)

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição 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. (Lei n. 9.882/1999)

E um terceiro exemplo, mais recente, é dado pelos artigos introduzidos pela Lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dos quais destacam-se, sobre o ponto em questão:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O art. 20 admite que, mesmo ante uma desconformidade à norma que seja fundamento da validade de um ato, não necessariamente seja reconhecida a invalidade deste ato desconforme. E o art. 21 dá margem para que o órgão competente pela invalidação de uma norma ou de um ato jurídico (o qual não deixa de ser norma) possa fixar os efeitos concretos da invalidação, ou seja, modulando tais efeitos.

Todas essas leis, citadas como exemplos, expressamente invocam a ideia de segurança jurídica, como fundamento da opção de política legislativa adotada.

Quanto à Lei n. 9.868/1999 e à Lei n. 9.882/1999, os artigos aqui transcritos já mencionam a segurança jurídica. E quanto à Lei n. 9.784/1999 e à LINDB, a segurança jurídica é mencionada em outros dispositivos:

Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Lei n. 9.784/1999)

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (LINDB)

A jurisprudência do STF, no tocante à questão da invalidação dos atos administrativos, na primeira década do século XXI, mesmo para casos não alcançados pela vigência da Lei n. 9.784/1999 – casos envolvendo fatos praticados antes da vigência da Lei, mas que só chegaram à apreciação do STF em momento posterior – progressivamente foi fixando o entendimento de que o princípio da segurança jurídica, implícito na cláusula constitucional do Estado de Direito, já seria suficiente para provocar o impedimento da invalidação de atos administrativos praticados há um certo tempo.

Há diversos exemplos em que o Tribunal invocou o princípio da segurança jurídica, admitindo que a Lei n. 9.784/1999 não se poderia aplicar retroativamente

ao caso, para adotar o prazo quinquenal do seu art. 54 como parâmetro para invalidação de atos administrativos<sup>138</sup>.

Posteriormente, com a chegada ao STF de casos que já vinham julgados nas instâncias inferiores com base na Lei n. 9.784/1999, consolidou-se a jurisprudência no sentido de se admitir a persistência da validade de atos administrativos que eventualmente estejam desconformes à lei em que se fundamentam<sup>139</sup>.

No mesmo sentido, posteriormente às Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, o STF passou a aplicar a modulação de efeitos da inconstitucionalidade<sup>140</sup>, por vezes até mesmo mantendo a lei reconhecidamente inconstitucional como válida, para seguir produzindo efeitos até um termo futuro<sup>141</sup>.

Analisando-se, pois, o posicionamento do STF, pode-se constatar que, antes por uma preocupação com as consequências práticas da insegurança jurídica, do que por uma adesão consciente a uma perspectiva teórica para a compreensão do fenômeno jurídico, o direito brasileiro evoluiu para uma leitura da legalidade (em sentido largo, incluindo a constitucionalidade) por meio da lógica da anulabilidade, desconectando “conformidade da norma jurídica à lei” (inclusive à constituição) e “validade da norma jurídica”.

## 5. Conclusão

A proposta da obra em que se insere o presente artigo, segundo seus organizadores, é que sejam analisados dispositivos da Constituição de 1988 que, nos

138 Citem, entre muitos outros exemplos, MS 24.268 (julgado em 5/2/2004), MS 22.357 (julgado em 27/5/2004), RE 348.364 AgR-AgR-AgR-AgR (julgado em 14/12/2004), RE 329.001 AgR (julgado em 23/8/2005), MS 24.927 (julgado em 28/9/2005), MS 26.353 (julgado em 6/9/2007), MS 24.448 (julgado em 27/9/2007), MS 26.405 (julgado em 17/12/2007), MS 25.963 (julgado em 23/10/2008).

139 Nem seria o caso de citarem-se exemplos, tão numerosas são as situações. Uma simples busca no sítio de internet do STF por acórdãos que se refiram à aplicação do art. 54 da Lei n. 9.874/1999 aponta para mais de 280 resultados.

140 Do mesmo modo, são inúmeros os casos em que o STF aplica o art. 27 da Lei n. 9.868/1999. Esse próprio artigo, aliás, é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, distribuídas em 2000 e que, até o momento em que se escreve este ensaio (consulta feita ao sítio de internet do STF em 30 de abril de 2021), não foram julgadas: ADI 2.154 e ADI 2.258. Entretanto, a aplicação do referido artigo da lei durante todo esse tempo é fortemente indicativa do provável insucesso dessas ADIs.

141 Por exemplo, o caso do RE 197.917 (julgado em 6/6/2002), em que o STF, interpretando a norma constitucional sobre a proporcionalidade entre população e número de vereadores, reduziu o número de assentos em certa Câmara Municipal, mas fixou efeitos “*pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” da lei municipal discutida, a qual apenas produziria efeitos nas eleições seguintes; ou casos da ADI 3.316 (julgada em 9/5/2007), da ADI 2.240 (julgada em 9/5/2007), da ADI 3.489 (julgada em 9/5/2007) e da ADI 3.689 (julgada em 10/5/2007), em que se discutia a constitucionalidade de leis estaduais de criação de municípios, em desacordo com as regras introduzidas pela Emenda Constitucional n. 15/1996, nos quais o STF manteve a vigência das leis inconstitucionais pelo prazo de 24 meses.

mais de 30 anos de sua vigência, hajam ganhado novo significado interpretativo, validado na jurisprudência, sem que tenha havido alteração expressa de seu texto normativo.

Os exemplos trabalhados neste ensaio remetem, é certo, a mudanças legislativas infraconstitucionais. Todavia, o modo como tais mudanças ocorreram indica que as próprias alterações legislativas (de rigor, inovações legislativas) seguiram-se a uma tendência de evolução já então verificada na jurisprudência do STF e verificada em parcela do pensamento doutrinário.

De todo modo, a consolidação dessas inovações deu-se em um quadro de alteração da interpretação do alcance do princípio constitucional da legalidade, aplicado à administração (ao estado), sem que tenha havido alteração do texto constitucional a respeito.

A mesma previsão textual da legalidade persiste na Constituição, porém a interpretação que o STF passou a lhe dar permitiu o acolhimento, como constitucionais, dos citados dispositivos legais, trabalhados como exemplos neste ensaio.

Ao acolher as consequências da segurança jurídica sobre a legalidade, o STF não fez propriamente um raciocínio de “ponderação” entre esses dois princípios. Na verdade, considerou que está implícita na noção de legalidade (legalidade em um sentido largo: como dito de início nesse ensaio, a tradução técnico-jurídica do Estado de Direito) a garantia da segurança jurídica<sup>142</sup>.

Ou seja, o STF ampliou a interpretação do princípio da legalidade, para nele mesmo vislumbrar a necessidade de garantia da segurança jurídica – permitindo o descolamento entre “desconformidade à lei” e “invalidade”; e abandonando, portanto, a leitura tradicional da legalidade (aqui incluída a constitucionalidade).

É certo que o STF não abandonou a terminologia tradicional, referindo-se com grande frequência às categorias de nulidade e anulabilidade<sup>143</sup> – não pela postura de teoria geral, senão sobretudo pela distinção que anteriormente se disse acidental, mirando as consequências atribuídas a essas palavras pelo direito positivo brasileiro.

142 Como exemplos de casos em que o STF expressamente afirma o princípio da segurança jurídica como implícito no estado de direito, citem-se, entre vários outros: MS 22.357 (julgado em 27/5/2004), RE 348.364 AgR-AgR-AgR-AgR (julgado em 14/12/2004), MS 24.448, (julgado em 27/9/2007), RE 587.604 AgR, (julgado em 16/12/2008), MS 25.403 (julgado em 15/9/2010), RE 601914 AgR (julgado em 6/3/2012), MS 22.315 (julgado em 17/4/2012), RE 646.313 AgR (julgado em 18/11/2014), ADI 954 ED (julgado em 20/6/2018).

143 Mais uma vez, seriam inúmeros os exemplos a citar. Apenas para ilustrar o que se está dizendo, destaque-se a seguinte frase, contida no acórdão do RE 1162788 (julgado em 25/9/2018): “O art. 54 da Lei n. 9.784/1999, aplicável ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do direito público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles *nulos* ou *anuláveis*)”.

Nesse sentido, verifique-se o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, analisando a “natureza do ato inconstitucional”:

É preciso observar, porém, que o direito brasileiro se está aproximando da tese kelseniana. De fato, as referidas Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, sem renegar por completo a tese da nulidade do ato inconstitucional<sup>144</sup>, admitem uma atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade. (Ferreira Filho, 2015, p. 64)

De todo modo, compreendida a distinção teórica de início apontada neste ensaio, pode-se concluir que a interpretação do princípio da legalidade aplicável à administração pública (explícito no *caput* do art. 37) – bem como, em sentido mais largo, do princípio da legalidade a abranger a própria constitucionalidade das leis – alterou-se ao longo da vigência da Constituição de 1988 para, substancialmente, acolher a lógica da anulabilidade.

No plano pessoal, creio ser uma evolução importante e acertada. A lógica da anulabilidade implica maior respeito às posturas institucionais (objetivas), com valorização da competência dos órgãos da sociedade investidos do poder de decidir sobre a aplicação do direito, retirando, portanto, ênfase das posturas (subjetivas) dos indivíduos que exerçam as funções desses órgãos: trata-se, essencialmente, da mesma distinção entre a postura positivista de defesa da objetividade do direito (essência do estado de direito) e as posturas naturalistas vulneráveis aos valores subjetivos dos indivíduos que exerçam função estatal e que pretendam compreender o direito a partir de verdades dogmaticamente reveladas (e subjetivamente por eles mesmos apreendidas), independentemente das opções volitivas (objetivas) da sociedade.

## Referências

BARBIN, Emilie. *La régularisation des actes administratifs*. 2019. Tese de doutorado. Université Jean Moulin Lyon 3 e Universidade de São Paulo, 2019.

CADORE, Rodrigo Garcia. *Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül: Wie geht das Recht mit Fehlern um?* In: JESTAEDT, Matthias; POSCHER, Ralf;

144 Cite-se, como exemplo significativo de reverência persistente do STF à ideia de nulidade (ainda que substancialmente dando-lhe alcance que a teoria geral diria de anulabilidade), o seguinte trecho de ementa de acórdão: “A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei n. 9.868/1999, art. 27)” (ADI 4.425 QO, j. 25/3/2015).

KAMMERHOFER, Jörg. *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2020.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Éditions Panthéon Assas, 2007 (edição facsimilar de Paris: Fontemoing, 1923, 4. ed.).

EISENMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. t. II. Paris: LGDJ Lextenso, 2014 (edição facsimilar de Paris: LGDJ, 1983).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ideias para a nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 198, 1994.

GUASTINI, Riccardo. La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento. In: MAZZARESE, Tecla (Org.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, vols. I e II. (traduzido por João Baptista Machado, a partir da 2ª edição, de 1960). Coimbra: Arménio Amado, 1962.

KELSEN, Hans. *Théorie générale des normes*. (traduzido por Olivier Beaud e Fabrice Malkani, a partir da edição de 1979). Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'état*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.