

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

DIOGO QUEIROZ OLIVEIRA

**SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ: A TEORIA DO
FATO CONSUMADO E AS DECISÕES JUDICIAIS DE CARÁTER LIMINAR OU
ANTECIPATÓRIA**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

DIOGO QUEIROZ OLIVEIRA

**SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ: A TEORIA DO
FATO CONSUMADO E AS DECISÕES JUDICIAIS DE CARÁTER LIMINAR OU
ANTECIPATÓRIA**

Trabalho de monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

DIOGO QUEIROZ OLIVEIRA

**SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ: A TEORIA DO
FATO CONSUMADO E AS DECISÕES JUDICIAIS DE CARÁTER LIMINAR OU
ANTECIPATÓRIA**

Trabalho de monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo

Brasília-DF, 11 de fevereiro de 2016.

RESUMO

Neste trabalho, será examinada a teoria do fato consumado. O presente estudo terá como objeto os elementos que são discutidos nos Tribunais Superiores (STJ e STF) como relevantes para fundamentar a utilização da teoria do fato consumado e em que medida estes elementos influenciam para que a teoria do fato consumado seja aplicada nos casos em que uma decisão liminar é reformada muito tempo após ter sido proferida. Partir-se-á da análise do conteúdo dos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé, a fim de examinar de que forma sustentam a aplicação da teoria do fato consumado, para depois ser investigado especificamente o conteúdo dessa teoria. Tradicionalmente, os citados princípios sempre foram utilizados para proteger o cidadão contra atos do Estado-Administração. A teoria do fato consumado, por sua vez, suscita o debate acerca da possibilidade de se invocar estes princípios contra atos praticados pelo Estado-Juiz que são as decisões judiciais e que devem ser respeitadas pelas partes processuais. Examinam-se a natureza e características das decisões judiciais antecipatórias e em que medida estas características se confrontam com a teoria do fato consumado e os princípios que a fundamentam. Analisam-se, por fim, os julgados do STJ e STF em que se fez referência à teoria do fato consumado a fim de se examinar em que medida os elementos acima citados influenciam na aplicação ou não dessa teoria.

Palavras-chave: Fato consumado. Segurança jurídica. Proteção à confiança. Boa-fé. Decisão antecipatória.

ABSTRACT

In this work, the theory of the *fait accompli* will be examined. This study will object elements that are discussed in the Superior Courts (STJ and STF) as relevant to support the use of *fait accompli* theory and to what extent these elements influence to the theory of the *fait accompli* to be applied in cases where an injunction decision is restored long after being given. It will break the content analysis of the principles of legal certainty, protection of trust and good faith in order to examine how best to support the application of the theory of the *fait accompli*, and then be specifically investigated the content of this theory. Traditionally, the above principles have always been used to protect citizens against acts of the State Administration. The theory of the *fait accompli*, in turn, raises the debate about the possibility of invoking these principles against acts performed by the judge state that are judicial decisions and that should be respected by procedural parties. Examine the nature and characteristics of anticipatory judgments and to what extent these characteristics are confronted with the theory of the *fait accompli* and the principles that underlie it. Are analyzed, finally, the Justices of the Supreme Court and the Supreme Court in which he made reference to the fact that the theory consummated in order to examine to what extent the elements mentioned above influence on whether or not this theory.

Keywords: Consumed fact. legal certainty. Protection of confidence. Good faith. Anticipatory decision.

LISTA DE ABREVIATURAS

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ.....	9
1.1 Segurança Jurídica.....	9
1.2. Proteção à confiança.....	14
1.3. Boa-fé.....	17
2. TEORIA DO FATO CONSUMADO.....	21
3. REFORMA DAS DECISÕES JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS.....	27
3.1 Breve diferença entre a medida antecipada satisfativa de mérito, a medida cautelar e a liminar.....	27
3.2 Natureza e características das decisões judiciais antecipatórias.....	28
3.3 Aplicação da teoria do fato consumado nos Tribunais Superiores.....	29
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será examinada a teoria do fato consumado. O presente estudo terá como objeto os elementos que são discutidos nos Tribunais Superiores (STJ e STF) como relevantes para fundamentar a utilização da teoria do fato consumado e em que medida estes elementos influenciam para que a teoria do fato consumado seja aplicada nos casos em que uma decisão liminar é reformada muito tempo após ter sido proferida.

Num primeiro momento, os elementos que podem influenciar a aplicação ou não da teoria do fato consumado são: a) tempo transcorrido entre a decisão liminar e a decisão que a reformou; b) boa-fé e interesse individual do particular; c) prejuízo à Administração e eventual ofensa ao interesse público na manutenção da situação garantida pela decisão liminar que foi reformada; d) prejuízo a terceiros.

No primeiro capítulo, será analisado o conteúdo dos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé, a fim de examinar de que forma sustentam a aplicação da teoria do fato consumado, destacando que tradicionalmente, estes princípios sempre foram utilizados para proteger o cidadão contra atos do Estado-Administração para depois ser analisada especificamente o conteúdo dessa teoria.

No segundo capítulo, será analisado especificamente o conteúdo da teoria do fato consumado que, por sua vez, suscita o debate acerca da possibilidade de se invocar aqueles princípios contra atos praticados pelo Estado-Juiz, que são as decisões judiciais e que devem ser respeitadas pelas partes processuais.

No último capítulo, serão examinadas a natureza e características das decisões judiciais antecipatórias e em que medida estas características se confrontam com a teoria do fato consumado e os princípios que a fundamentam.

Além disso, serão analisados os julgados do STJ e STF em que se fez referência à teoria do fato consumado a fim de se examinar em que medida os elementos acima citados influenciam na aplicação ou não dessa teoria.

1. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ

As ideias de segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé são amplamente reconhecidas e invocadas por aqueles que lidam com situações jurídicas, sejam operadores do direito, juristas e cidadãos, cada qual da sua forma.

Em relação ao cidadão comum, e aqui me refiro ao que não seja profissional do direito, ainda que não tenha noção da definição destes princípios, certamente pauta suas condutas baseadas neles. Assim, logo se observa a relevância de se analisar a aplicação destes princípios e suas consequências para os sujeitos envolvidos nas situações em que são invocados.

A despeito da grande proximidade quanto à definição do conteúdo destes princípios, não se trata de expressões sinônimas para designar uma única ideia. Atualmente, já são reconhecidas as nuances que os diferenciam, sem, no entanto, afastar-se um do outro (COUTO E SILVA, 2005). Desta forma, serão examinadas as características que identificam cada um desses princípios.

1.1 Segurança Jurídica

A segurança jurídica cuida-se de princípio que pode ser analisado sob duas concepções: uma de natureza objetiva, que se relaciona com a questão dos limites da retroatividade dos atos do Estado, dizendo respeito às cláusulas constitucionais do direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada; e uma outra concepção de natureza subjetiva que significa a ideia de proteção à confiança (COUTO E SILVA, 2005).

Como é próprio da característica dos princípios, não se encontra uma definição precisa num texto normativo acerca do conceito e conteúdo de determinado princípio. De fato, a definição vai sendo construída pelos juristas e pela jurisprudência na análise dos casos concretos submetidos a julgamento.

Da mesma forma, acontece com o princípio da segurança jurídica, em especial no direito positivo brasileiro. Na atual Constituição não se constata qualquer referência expressa ao termo “segurança jurídica”, mas, por outro lado, se observa referência à ideia exatamente oposta, qual seja, a de “insegurança jurídica” na redação do artigo 103-A, § 1º incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu o instituto da súmula vinculante editada somente pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988):

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Estabelece o dispositivo constitucional a possibilidade de edição de súmula vinculante quando exista controvérsia acerca de interpretação de normas capaz de acarretar insegurança jurídica.

Além disso, é possível reconhecer implicitamente o princípio da segurança jurídica no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição de 1988, nos já citados direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, verdadeiras aplicações do referido princípio (DI PIETRO, 2009).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 364), ao iniciarem a análise do referido inciso em sua obra, assim colocam o grande dilema quando o assunto é aplicação da lei no tempo: “De um lado, a ideia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e a necessidade de mudança.” E em outro trecho acrescentam que o princípio possui assento constitucional com base no princípio do Estado de Direito.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 127) entende que o princípio da segurança jurídica extrapola um ou alguns dispositivos constitucionais específicos, dada a

sua grande relevância dentro de um Estado Democrático de Direito, sendo, assim, de sua própria essência. E conclui sua ideia expondo o seguinte:

a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.

No mesmo sentido, expõe Almiro de Couto e Silva (2005), colocando a segurança jurídica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito e no mesmo nível hierárquico do subprincípio da legalidade. Conclui o autor que ambos os subprincípios constituem dois pilares de sustentação do Estado de Direito.

Portanto, a ideia de segurança jurídica encontra amparo constitucional, conforme exposto linhas acima.

Por sua vez, no que tange à legislação infraconstitucional, a referência à segurança jurídica pode ser constatada em diversos dispositivos seja de forma expressa com a utilização da própria expressão, seja de forma implícita a partir da previsão de instrumentos destinados a garantir a segurança jurídica.

Provavelmente, uma das primeiras referências expressas ao termo segurança jurídica se deu na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal. Além da previsão expressa no *caput* do artigo 2º, a lei também contém aplicações do princípio, por exemplo, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII e artigo 54 (BRASIL, 1999):

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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

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

A professora Di Pietro (2009) que participou da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que resultou na lei, comenta o primeiro artigo acima transcrito relacionando-o diretamente com a boa-fé:

A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Em relação ao artigo 54 da Lei nº 9.784, de 1999, ganha relevo artigo já citado neste trabalho de Almiro de Couto e Silva (2005) no qual realiza análise minuciosa do dispositivo. Para o presente trabalho, o que importa destacar é a consequência da aplicação do dispositivo, qual seja, a manutenção de um ato administrativo inválido em razão do decurso do prazo decadencial de cinco anos.

O embate disciplinado pelo artigo é entre o poder de autotutela da Administração Pública de anular seus próprios atos quando eivados de irregularidades e a segurança jurídica que se deve assegurar ao cidadão favorecido pelo ato. Assim, passados cinco anos da edição do ato, e não tendo havido má-fé do destinatário, privilegia-se a estabilidade da relação jurídica criada pelo ato, ainda que irregular.

Destaque-se que, antes da Lei nº 9.784, de 1999, a questão da manutenção do ato inválido já era objeto de debate na doutrina. Neste sentido, foi o trabalho de Miguel Reale (1980, p.70-71) sobre a revisão dos atos administrativos apresentando exemplo, que se tornou clássico, do funcionário de fato:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares

exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária.

Acrescentava o referido autor alguns requisitos que deveriam ser observados para que a manutenção do ato fosse válida: a) se a ilegalidade não decorresse de dolo; b) se a manutenção do ato não afetasse direitos ou interesses legítimos de terceiros; e c) se não causasse danos maiores ao erário (REALE, 1980).

No mesmo ano da edição da Lei nº 9.784, de 1999, foram editadas as Leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre a ação direta de constitucionalidade e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ambas as normas contêm dispositivos relacionados à segurança jurídica ao preverem o reconhecimento da validade de relações jurídicas constituídas por leis declaradas inconstitucionais (BRASIL, 1999):

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.

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.

Assim, é atribuída a faculdade ao Supremo Tribunal Federal de restringir os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade atribuindo-lhe eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado.

Da mesma forma como aplicada na manutenção de um ato administrativo inválido, o motivo para os dispositivos das Leis nº 9.868, de 1999 e 9.882, de 1999 é a estabilidade das relações jurídicas constituídas com base em lei inconstitucional.

De fato, antes da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, é inegável a sua produção de efeitos, ainda que não no mundo jurídico, mas pelo menos no mundo dos fatos, gerando legítimas expectativas nos destinatários, notadamente, tendo em vista a presunção de constitucionalidade de que as leis se revestem.

Portanto, observa-se que além de ter assento constitucional, o princípio da segurança jurídica tem sido previsto, ainda que timidamente, em dispositivos legais justificando tanto a manutenção de atos administrativos inválidos quanto a manutenção de relações jurídicas constituídas sob leis declaradas inconstitucionais.

Essas ideias que perpassam o conteúdo desse princípio fundamentam a aplicação da teoria do fato consumado a fim de que seja mantida uma situação de fato gerada por uma decisão judicial proferida em cognição precária, ou seja, antes da decisão final que resolve a lide, e, cujos efeitos, permanecem por longo tempo.

Passa-se à análise da concepção de natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica, que é a ideia de proteção à confiança.

1.2. Proteção à confiança

O princípio da proteção à confiança (ou proteção à confiança legítima) apesar de no Brasil ter ganhado destaque recentemente, começou a se desenvolver mais fortemente na década de 50 a partir de decisão do Tribunal Administrativo de Berlim em 1956 e, logo em seguida, decisão do Tribunal Administrativo Federal em 1957, vindo posteriormente várias manifestações jurisprudenciais no mesmo sentido. Couto e Silva (2005) apresenta, resumidamente, o caso discutido na primeira decisão:

Na primeira dessas decisões tratava-se de anulação de vantagem prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental, o que ela fez. Percebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício lhe foi retirado, ao argumento de que era ilegal, por vício de competência, como efetivamente ocorria. O Tribunal, entretanto, comparando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este incidia com mais força ou mais peso no caso, afastando a aplicação do outro.

Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 80) apresenta de forma resumida que num primeiro momento o princípio foi utilizado na jurisprudência alemã para proteger os particulares contra mudanças promovidas pelo Estado decorrentes de planejamento econômico e para a limitação dos efeitos retroativos provocados pelo desfazimento de atos administrativos ilegais que favoreceram os administrados, ideia que se aproxima da segurança jurídica tratada no tópico acima. No entanto, num momento posterior a aplicação do princípio foi ampliada “para todas as formas de atuação estatal que sejam juridicamente relevantes e capazes de afetar os particulares.”

Posteriormente, o princípio da proteção à confiança foi previsto na Lei de Processo Administrativo alemã, de 1976, sendo elevado à categoria de princípio de valor constitucional, na década de 1970, por interpretação do Tribunal Federal Constitucional. Segundo Di Pietro (2009), "a preocupação era a de, em nome da proteção à confiança, manter atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade."

Conforme exposto ao tratar da segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança representa o aspecto subjetivo daquele, ao passo que o aspecto objetivo seria a segurança jurídica propriamente dita. Esta é a concepção que se originou no direito alemão e que mais recentemente tem sido abordada no Brasil (COUTO E SILVA, 2005).

É que, conforme destaca Couto e Silva (2005), em razão da tradição jurídica constitucional brasileira de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, como dito verdadeiras aplicações da segurança jurídica, não houve preocupação quanto à segurança jurídica vista sob o aspecto subjetivo da proteção à confiança.

No entanto, continua aquele autor, a segurança jurídica referida nos artigo 54 da Lei nº 9.784, de 1999, artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999 e artigo 11 da Lei nº 9.882, de 1999, é vista predominantemente pelo lado subjetivo significando, portanto, "proteção à confiança".

A relação entre a segurança jurídica, vista sob o aspecto objetivo, e a proteção à confiança, vista sob o aspecto subjetivo, também foi tratada por J. J. Gomes Canotilho (2000, p. 256):

o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se

consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios — segurança jurídica e proteção à confiança andam — estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.

Voltando ao clássico exemplo do funcionário de fato, importante destacar a análise feita por Couto e Silva (2005) relacionando com o princípio da proteção à confiança expondo que os atos do funcionário investido irregularmente são considerados válidos mais levando em conta a confiança gerada nas pessoas em virtude da presunção de legalidade que se revestem os atos do Poder Público.

Possível perceber que a ideia exposta acima de confiança possui íntima relação com o elemento da boa-fé do destinatário do ato que "acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros." (DI PIETRO, 2009).

No mesmo sentido é o que expõe Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 22) de que "a boa-fé objetiva é reiteradamente lembrada como um instituto que influenciou o surgimento do princípio da proteção à confiança." Quanto à relação entre os dois princípios esse autor argumenta no seguinte sentido:

Na realidade, o princípio da proteção da confiança está mais associado à exigência dirigida aos agentes públicos de não frustrar, mediante decisões contraditórias, uma expectativa legítima daqueles que se relacionam com o Estado. Por sua vez, o princípio da boa-fé objetiva tem um campo de atuação mais voltado para impulsionar as pessoas a um comportamento ético e leal que não tenha como propósito a obtenção de uma vantagem indevida. Dessa maneira, os dois se reforçam mutuamente, mas não se confundem.

A teoria do fato consumado, por sua vez, busca exatamente proteger o jurisdicionado que teve uma decisão antecipatória a seu favor e exerce o direito decorrente desta decisão, mas que algum tempo depois a decisão é cassada ou reformada.

Nesses casos, suscita-se o princípio da confiança para proteger a expectativa legítima gerada no autor da ação beneficiário de uma situação que permaneceu inalterável por considerável período de tempo.

Como visto, a boa-fé guarda íntima relação com a proteção à confiança. Assim, passa-se à análise do princípio da boa-fé, também utilizado como fundamento para a aplicação da teoria do fato consumado.

1.3. Boa-fé

A ideia de boa-fé surgiu no Brasil primeiramente restrita ao direito civil. No Código Civil de 1916 foi prevista, ainda que de forma implícita, em sua forma subjetiva. Estava ela ligada à intenção do agente, buscando analisar o aspecto interior e psicológico quando de um comportamento relevante numa relação jurídica privada. Entre os exemplos encontrados naquele Código possível citar a boa-fé subjetiva, voltada, preponderantemente, à tutela da posse e da usucapião (SOUZA, 2012).

Por sua vez, a ideia de boa-fé objetiva no direito civil foi prevista expressamente apenas com o Código Civil de 2002 em seus artigos 113¹, 187² e 422³. A concepção objetiva de boa-fé tem relação com a conduta em si do agente, ou seja, se agiu com observância de normas e padrões exigidos de todos na sociedade como lealdade, honestidade, probidade. Estes padrões, valores, são exigidos de todos como verdadeiros arquétipos, *standards* de comportamento.

No texto constitucional de 1988, não há referência expressa acerca da boa-fé. No entanto, é possível extraí-la de princípios e valores previstos expressamente pela Constituição, especialmente tratando-se da boa-fé objetiva.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer em seu texto diversos dispositivos que revelam a preocupação com a justiça material. Entre eles, destaca-se o artigo 1º, inciso III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, e o

¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

artigo 3º, inciso I, que prevê como objetivo da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Observa-se, assim, que ao lado dos direitos individuais objetos de especial proteção desde as revoluções burguesas do século XVIII, também há deveres e fundamentos, os quais expressam ideais de justiça e solidariedade humana, que são impositivos não só para o Estado, mas também para a sociedade como um todo.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, como preceitos constitucionais servem como limitadores da autonomia privada, impondo a todos deveres positivos de cooperação e colaboração.

Esta nova ordem de valores fixada na Constituição provocou uma releitura da ideia de boa-fé até então restrita a uma concepção subjetiva. A partir de então, as relações jurídicas pautadas na ideia de boa-fé objetiva e seus deveres acessórios, dentre os quais os deveres de lealdade, de informação e de transparência, não são fundamentadas na exclusiva vontade das partes, mas na ordem objetiva instituída pelo próprio ordenamento jurídico (SOUZA, 2012).

Além disso, é possível extrair a boa-fé da Constituição a partir do princípio da moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de vários dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 85, inciso V, que inclui entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, a lesão à probidade administrativa; o artigo 15, inciso V, que prevê a possibilidade da perda ou suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade administrativa; e o artigo 37, §4º, que prevê lei que discipline os atos de improbidade administrativa, indicando as consequências desse ilícito (DI PIETRO, 2009).

No plano infraconstitucional do direito administrativo, a menção expressa ao princípio da boa-fé veio com a edição da Lei nº 9.784, de 1999. No artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, a lei inclui entre os critérios a serem observados nos processos administrativos a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (BRASIL, 1999). Trata-se, portanto, de referência à boa-fé em sua concepção objetiva.

Também no sentido objetivo de boa-fé, é a previsão no artigo 4º, inciso II, que insere entre os deveres do administrado perante a Administração o de "proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé" (BRASIL, 1999). Logo, o primeiro dispositivo impõe a boa-fé à Administração Pública e, o segundo, ao administrado (DI PIETRO, 2009).

Possível, também, relacionar a boa-fé com a moralidade e a proteção às expectativas geradas no administrado por atos da Administração Pública. Nesse sentido, argumenta Egon Bockmann Moreira (2007 apud SOUZA, 2012):

A boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa.

Assim, a ideia de expectativa legítima criada na outra parte é o que aproxima os princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé. Esta expectativa surge, também, em razão da estabilidade de atos que dada a sua permanência por considerável período de tempo no mundo jurídico, gera a confiança que será mantido. Sobre este vínculo, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 97-98) considera o princípio da confiança como um dos elementos materiais da boa-fé:

[...] convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá), ainda se ressentir – pelo menos no direito pátrio – de algum maior desenvolvimento do direito público (especialmente no campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados. Importante lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

De fato, a boa fé possui inequívoca relação com a confiança na forma de atuação que cabe esperar das partes numa relação jurídica. Certamente, no âmbito das relações jurídico-administrativas, esse modo de atuar é o esperado pela Administração Pública, em respeito ao administrado, e do administrado em relação àquela.

Assim, a confiança visa evitar que os administrados sejam surpreendidos por modificações no direito positivo ou na conduta do Poder Público, que possam ferir direitos constituídos oriundos ainda que de atos administrativos manifestamente ilegais, ou frustrar-lhes expectativas alimentadas pelo próprio Poder Público, garantindo assim segurança jurídica e estabilidade nas relações jurídicas entre Administração Pública e cidadão.

Thulio Caminhoto Nassa (2010, p. 83) em monografia sobre a boa-fé no âmbito da Administração Pública, também conceitua este princípio relacionando-o à confiança depositada no cidadão decorrente de suas condutas:

Por isso, pode-se afirmar que a boa fé administrativa, influenciada a partir dos elementos iniciais de seu regime jurídico, consiste no dever de corresponder à confiança depositada pelo cidadão na tutela do interesse público, conforme os padrões de conduta exigidos e juridicizados pela sociedade numa relação de espaço-tempo.

Nota-se, pois, que esta recebe da filosofia, da história do direito e do recente direito civil a carga semântica que sempre lhes foram comum, ou seja, o valor de proteção à confiança. Com efeito, no exercer da atividade administrativa, a Administração Pública deverá atuar de acordo com o dever de conduta, assumido e esperado pela sociedade, não cabendo, assim, espaço para a deslealdade e incoerência.

Portanto, elementos como estabilidade, expectativa, confiança fazem parte do conteúdo dos princípios aqui destacados da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé. Tradicionalmente, sempre foram utilizados para proteger o cidadão contra atos do Estado-Administração. A teoria do fato consumado, no entanto, baseia-se nestes elementos para justificar a manutenção dos efeitos gerados por uma decisão judicial antecipatória não obstante sua reforma ou cassação muito tempo após que foi proferida.

Em outras palavras, a teoria do fato consumado suscita o debate acerca da possibilidade de se invocar estes princípios contra atos praticados pelo Estado-Juiz que são as decisões judiciais e que devem ser respeitadas pelas partes processuais.

Apresentados os elementos que compõem o conteúdo dos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé e também exposta de forma geral o modo como esses princípios fundamentam a teoria do fato consumado, passa-se a análise específica dessa teoria.

2. TEORIA DO FATO CONSUMADO

Como corolário das ideias acima expostas é a teoria do fato consumado que consiste na preservação de situações consolidadas no plano fático seja com base num ato administrativo, ou seja com base num provimento jurisdicional.

Neste sentido, já expôs o Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial 1457689/MG (BRASIL, 2015) que “a chamada teoria do fato consumado trata de matéria constitucional, porquanto vinculada aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança legítima”

Segundo esta teoria, modificado, após longo período de tempo, o fundamento que garante um *status* ou uma vantagem legítima ao indivíduo frente à Administração, esta situação benéfica não pode ser alterada para prejudicar o administrado em razão da confiança legítima e boa-fé que depositou naquela situação até então amparada juridicamente.

A teoria do fato consumado na jurisprudência tem origem em julgados do STF da metade da década de 1960 em ações nas quais se questionava a possibilidade de regimentos internos de universidades exigirem dos alunos nota cinco para aprovação.

Não obstante a edição da Súmula nº 58⁴ pelo STF validando esta exigência dos regulamentos universitários, surgiu o problema gerado nos casos iniciados antes do estabelecimento do verbete sumular, nos quais estudantes obtiveram liminares para ingressar na faculdade ou para cursar disciplinas. Na ocasião, o STF chancelou os estudos realizados com base em provimentos cautelares ilegais em razão do quadro de dúvida objetiva sobre a validade dos regimentos universitários (FERREIRA, 2002).

Doutrinariamente, a teoria do fato consumado também ganha amparo, ainda que sem referência expressa a essa denominação.

Carvalho Filho (2014) se refere à teoria do fato consumado como sendo a limitação ao poder-dever de invalidar o ato administrativo viciado quando as consequências jurídicas gerarem consolidação fática, caso em que a sua manutenção atende mais ao interesse público.

⁴ Súmula 58 do STF: “É válida a exigência de média superior a quatro para a aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento.”

Seabra Fagundes (1950 apud COUTO E SILVA, 2004, p. 28) ao tratar de estabelecer o cotejo entre a invalidade dos atos jurídicos no Direito Privado e no Direito Público assim escreveu na sua obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum dado concreto pode acontecer que a situação resulte do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos.

Nessas situações, segundo Seabra Fagundes (1950 apud COUTO E SILVA, 2004) duas alternativas se abririam ao administrador, conforme as circunstâncias: praticar novo ato, sem as deficiências do anterior, ou manter-se em silêncio, renunciando tacitamente ao direito de invalidá-lo.

Miguel Reale (1968 apud COUTO E SILVA, 2004, p. 29), em sua obra “Revogação e Anulamento do Ato Administrativo”, sustentava que o exercício do poder anulatório dado à Administração Pública estaria sujeito a um prazo razoável, como exigência decorrente do princípio do *due process of law*. Assim, estaria infringido este princípio quando fossem “destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável”.

Acrescentava Reale (1968 apud COUTO E SILVA, 2004, p. 29) que “o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia”, sendo necessário distinguir duas hipóteses: “a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; b) a perda pela administração do benefício da declaração unilateral de nulidade”

Couto e Silva (2004) parte da necessária diferenciação que deve existir entre a teoria da invalidade dos atos administrativos e a dos atos jurídicos do Direito Privado. Para este autor, a supremacia do interesse público é o elemento que impõe divergências substanciais no tratamento da invalidade dos atos administrativos do aplicado aos atos jurídicos de Direito Privado. Assim, enquanto neste o nulo não convalida e nem convalida, os atos administrativos inválidos, nulos ou anuláveis sanam sempre que sobre eles cair uma camada razoável de tempo, com a tolerância da Administração Pública.

Ao final, Couto e Silva (2004, p. 31) apresenta a seguinte conclusão em que reconhece o elemento de consolidação da situação como relevante para não invalidar um ato:

15. Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé, convalidam, convalidam ou sanam.

[...]

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

Nesse mesmo sentido, Ricardo Marcondes Martins (2014) utiliza a expressão estabilização do vício que consiste na transformação de um ato inválido num ato irregular para se referir à teoria do fato consumado. O ato irregular é aquele que possui um vício que o Direito despreza, de modo que não se exige a correção estatal. Para o autor, com o passar do tempo e a geração de efeitos, é possível que um ato inválido se transforme num ato irregular.

Para justificar a aplicação da teoria do fato consumado, esse autor traz a questão da ponderação de valores para a estabilização do vício. Assim, a produção de efeitos jurídicos e a estabilização das relações decorrentes do tempo transcorrido devem ser levadas em conta pelo Estado (Martins, 2014, p. 499-500):

Na verdade, não se mantém o ato simplesmente pela “consumação dos fatos”, mas porque a edição do ato inválido gera efeitos jurídicos; esses efeitos fazem incidir valores jurídicos em favor da manutenção do ato; para a correção do vício, diante da modificação das situações fáticas e jurídicas, é necessária a ponderação de valores; a ponderação pode apresentar como resultado a estabilização do vício.

[...]

Com a introdução de um ato inválido no sistema e a geração de efeitos por parte dele, surgem razões em prol de sua manutenção. Dentre elas, destaca-se o princípio da estabilização das relações. Sem embargo, mais importante do que a estabilidade das relações é a imposição constitucional de que as

pessoas sejam tratadas com respeito pelo Estado, pois o fim último deste é o bem comum, é a realização da felicidade humana, é a concretização do princípio da dignidade. A imposição de um gravame, de um sofrimento, deve ser proporcional às exigências do interesse público, ou seja, ao peso dos valores concretizados pela imposição desse sofrimento.

Estes são os aspectos que envolvem a aplicação da teoria do fato consumado em se tratando de situações consolidadas no plano fático com base num ato administrativo.

Como dito linhas acima, a teoria do fato consumado também é aplicada em situações consolidadas no plano fático com base num provimento jurisdicional.

A questão judicial e processual que enseja a aplicação da teoria do fato consumado é a das medidas antecipatórias que, uma vez concedidas, geram efeitos imediatos e, após o transcurso do longo tempo de tramitação processual, o Poder Judiciário reforma ou cassa aquela decisão. Nestes casos, invoca-se esta teoria para manter a situação de fato consolidada ou não (OLIVEIRA, 2015)

A tutela antecipada concedida, por ter caráter precário, deve, em caso de improcedência do pedido, ser cassada, retornando o beneficiário da prestação jurisdicional satisfativa ao estado anterior que se encontrava antes do deferimento de seu pedido antecipatório. Em suma, estas são as características da provisoriedade e reversibilidade dos provimentos antecipatórios que serão tratadas mais à frente.

Por sua vez, a teoria do fato consumado é utilizada para manter, em definitivo, o estado em que se encontra a parte beneficiada pela medida antecipatória satisfativa antes concedida e que seria prejudicada com a sua cassação (OLIVEIRA, 2015).

Questão importante levantada por Weber Luiz de Oliveira (2015) é a legitimidade do Poder Judiciário validar o fato consumado, em outras palavras, estabilizar uma situação fática gerada processualmente de modo indevido, impróprio ou ilegal.

Desta forma, poder-se-ia estar admitindo um poder subjetivo ao Judiciário de que na adoção da teoria do fato consumado está sendo aplicado o entendimento pessoal do juiz em detrimento da lei positiva aprovada majoritariamente pelo Poder Legislativo, eleito

democraticamente. Assim, estar-se-ia diante de uma decisão contramajoritária, violadora do princípio da democracia (OLIVEIRA, 2015).

Odim Brandão Ferreira (2002, p. 115) busca conceituar a teoria do fato consumado nos provimentos de caráter antecipatório/liminar posteriormente reformados nos seguintes termos:

O fato consumado é o 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.

Marga Inge Barth Tessler (2004) expõe que os fundamentos das decisões que acolhem a teoria do fato consumado giram em torno da excepcionalidade da situação, e que o problema deve ser encarado não apenas sob o aspecto da legalidade, mas também do ponto de vista da finalidade social das leis. Acrescenta que a inércia da administração permitiria a constituição de situações de fatos com aparência de legalidade, o que mereceria prestígio do ordenamento jurídico no sentido de respeitar fatos ocorridos.

Essa autora destaca também como elemento primordial da teoria do fato consumado, a questão temporal, aproximando-a da figura da prescrição ou decadência (Tessler 2004, p. 98):

Trata-se da peculiar maneira de o Judiciário responder ao decurso do tempo. A jurisdição enfrenta a passagem do tempo de diversas formas, e uma delas é justamente a consideração da consumação de efeitos, que não convém sejam anulados[...] A jurisprudência prestigiou a teoria para oferecer uma solução socialmente aceitável. Ela é fruto direto da incapacidade do Judiciário de entregar em tempo útil e hábil uma solução.

Por fim, a autora também traz a questão da ponderação de princípios, entre eles o da legalidade e da segurança jurídica, que é ínsito na aplicação da teoria do fato consumado e que será mais examinado quando da análise da jurisprudência do STJ e STF acerca da aplicação da teoria (Tessler, 2004, p. 99)

A teoria do fato consumado opera em face da inexorabilidade do fator tempo, incide para equilibrar os princípios da legalidade [...] com o princípio da segurança jurídica. A missão da Justiça é, ao fim, a pacificação social,

desmistifica a lógica e dá prioridade à vida. Na tensão dos valores, feita a hierarquização axiológica, prevalece o fato consumado, pois não convém seja modificado sob pena de afrontar valores, justamente a segurança jurídica e a paz social.

Nesse mesmo sentido expõe José Henrique Mouta (2012, p. 112-113) ao tratar especificamente dos casos que envolvem a nomeação e posse em cargo público decorrente de decisão liminar em mandado de segurança. Esta situação será melhor analisada mais a frente quando do exame da jurisprudência do STJ e STF acerca do fato consumado, sendo que para o momento vale transcrever as reflexões expostas pelo autor sobre o tema:

D. AINDA SOBRE O CANDIDATO APROVADO E NOMEADO SUB JUDICE: APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO?

Outro aspecto a ser enfrentado refere-se a consequência processual caso ocorra nomeação e posse de candidato sub judice, com a posterior denegação da segurança. Aqui, o questionamento por certo enfrentará vários direitos fundamentais, divididos em dois grupos: a) ligados ao impetrante - dignidade da pessoa humana e boa-fé; b) ligados à administração pública - legalidade, impessoalidade.

Por vezes na prática forense o intérprete enfrenta situação onde ocorreu a denegação da segurança algum tempo depois da nomeação e posse do candidato sub judice, passando a analisar a consequência administrativa da decisão. O tempo e a demora processual podem gerar consequências irreversíveis? Será correta e viável a simples exoneração do servidor que durante muitos anos exerceu com brio e zelo sua atividade pública? Os atos administrativos por ele praticados são nulos, anuláveis, válidos ou mesmo inexistentes? Imagine um magistrado, um membro do Ministério Público, ou mesmo um advogado público nomeado sub judice, suas manifestações judiciais serão evadidas de vícios, caso o mandado de segurança por ele impetrado não tenha êxito em seu mérito?

Examinados os conteúdos dos princípios que fundamentam a teoria do fato consumado e os elementos como estabilidade, tempo e expectativa, os quais circundam essa teoria, serão brevemente analisadas a natureza, as características e os efeitos das decisões antecipatórias, porquanto influenciam na utilização dessa teoria na jurisprudência do STJ e STF.

3. REFORMA DAS DECISÕES JUDICIAIS ANTECIPATÓRIAS E A TEORIA DO FATO CONSUMADO

Antes de adentrar especificamente na questão dos elementos que proporcionam a aplicação da teoria do fato consumado, necessário apresentar uma breve diferenciação entre os institutos da tutela antecipada, tutela cautelar e a liminar.

3.1 Breve diferença entre a medida antecipada satisfativa de mérito, a medida cautelar e a liminar

O direito processual prevê diversos instrumentos que buscam garantir a máxima efetividade do processo e diminuir os efeitos prejudiciais do tempo sobre os resultados daquele.

Entre estes instrumentos estão as medidas cautelares e as medidas antecipatórias satisfativas de mérito, as quais formam o gênero “tutela de urgência”, pois representam providências tomadas antes do encerramento natural e definitivo do processo, a fim de afastar possíveis danos à efetividade deste decorrentes do transcurso do tempo que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva (THEODORO JÚNIOR, 2002)

A distinção principal entre a tutela cautelar e a tutela antecipada reside no terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são de ordem processual e visam preservar a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, todavia, antecipar o bem do direito material para a parte autora. Por outro lado, as medidas antecipatórias satisfativas de mérito concedem à parte beneficiária usufruir antecipadamente do próprio direito material buscado cuja tutela é o objeto do provimento jurisdicional de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2002).

Em relação à liminar, costuma-se confundi-la com medida de urgência, existindo certa confusão entre as expressões liminar, cautelar e tutela antecipada. Conforme exposto acima, para diminuir os efeitos prejudiciais do tempo sobre os resultados do processo, há necessidade de pronunciamentos emergenciais no curso da relação jurídica processual. Estas manifestações podem ou não ser liminares (MOUTA, 2012).

Liminar é adjetivo que qualifica no sentido de ser inicial, ou seja, assim que se iniciou o processo e normalmente concedida antes da oitiva da parte contrária, após mera cognição sumária. Nas palavras de Didier Júnior *et al* (2012, p. 488) trata-se “de um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início.”

Estabelecidas as diferenças básicas entre a medida cautelar, a liminar e a medida antecipatória satisfativa de mérito, passa-se a expor a natureza e características desta última.

3.2 Natureza e características das decisões judiciais antecipatórias

Quanto à natureza da decisão antecipatória satisfativa cuida-se de uma técnica processual em que se concede de imediato a tutela definitiva permitindo ao beneficiário a pronta fruição do objeto do provimento final de mérito.

Possui duas características essenciais: a sumariedade da cognição e a precariedade (ou provisoriedade).

A decisão antecipada é fundada em cognição sumária, na qual o magistrado realiza uma análise superficial do objeto da causa, com base num juízo de probabilidade.

A característica da precariedade (ou provisoriedade), por sua vez, indica que a decisão antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, ou seja, ela é provisória até que venha a decisão definitiva confirmando-a ou cassando-a. Desta característica é possível extrair outra, que é a da reversibilidade dos provimentos antecipatórios.

A reversibilidade determina que revogada ou modificada a decisão que concedeu a tutela antecipada, as partes devem retornar ao estado anterior. E esta é a principal característica da decisão antecipatória que se confronta com a teoria do fato consumado e os princípios que a fundamentam.

Acerca dessa característica da reversibilidade, relevante o que explica José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 431-432):

Rejeitada a pretensão do autor, não parece possível sejam mantidos os efeitos decorrentes da antecipação da tutela. Essa providência foi tomada

com base em cognição sumária, que apontou para a probabilidade do direito afirmado na inicial. Investigação mais profunda dos fatos revelou, todavia, o equívoco dessa conclusão, o que motivou a improcedência da pretensão.

Não é compatível com esse resultado manterem-se os efeitos gerados pela antecipação, que pressupõem direito provável, mas que agora, diante da cognição exauriente, mostrou-se inexistente.

No próximo capítulo, serão analisados os elementos que são discutidos nos Tribunais Superiores (STJ e STF) como relevantes para a teoria do fato consumado e em que medida estes elementos influenciam para que essa teoria seja aplicada nos casos em que uma decisão antecipatória é revogada ou modificada muito tempo após ter sido proferida.

3.3 Aplicação da teoria do fato consumado nos Tribunais Superiores

A questão acerca da estabilização de uma situação jurídica garantida por provimento judicial antecipatório que posteriormente é reformado, na maior parte dos casos perpassa a necessidade de ponderação de princípios constitucionais.

Por exemplo, no caso de posse em cargo público mediante a concessão da tutela antecipada, de um lado há o princípio da obrigatoriedade do concurso público que impede a estabilização dessas situações, uma vez que, tendo o órgão público responsável pelo certame considerado o(a) candidato(a) reprovado(a) em etapa eliminatória, a aplicação do princípio conduz, em tese, à invalidação do provimento.

Neste sentido, registra-se, ainda, a aplicação do princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos, a necessidade de os concursos públicos se pautarem por critérios impessoais bem como a presunção de veracidade e validade dos atos administrativos.

De outro lado, tem-se o princípio da segurança jurídica, que como exposto nesse trabalho, na sua vertente subjetiva protege a confiança legítima.

Num primeiro momento, os elementos que podem influenciar a aplicação ou não da teoria do fato consumado são: a) tempo transcorrido entre a decisão liminar e a decisão que a reformou; b) boa-fé e interesse individual do particular; c) prejuízo à Administração e

eventual ofensa ao interesse público na manutenção da situação garantida pela decisão liminar que foi reformada; d) prejuízo a terceiros.

O tempo normalmente é colocado como fator preponderante para se aplicar a teoria do fato consumado. No Agravo Regimental no Recurso Especial 1205434/RS (BRASIL, 2012), o STJ manteve válidas a nomeação e a posse de servidores aprovados para o cargo de auditor fiscal do tesouro nacional que se encontravam no exercício do cargo há mais de 10 anos.

No início do voto, o Ministro Relator chega a admitir a inaplicabilidade da teoria do fato consumado para candidatos em concursos públicos empossados em cumprimento de decisão antecipatória. Todavia, em razão das “peculiaridades fáticas” entendeu pela aplicação da teoria, uma vez que “a situação restou definitivamente consolidada pelo decurso do tempo.” (BRASIL, 2012).

Assim, diante da situação fática, na ponderação entre os princípios da legalidade e da igualdade com o princípio da segurança jurídica, o Tribunal entendeu o fator tempo como relevante para garantir a situação de servidores públicos do envolvidos. Transcrevem-se trechos do voto condutor do acórdão:

Diante desse quadro, impõe-se a aplicação da teoria do fato consumado, a fim de atingir o equilíbrio entre os princípios da legalidade e da igualdade com os princípios da segurança jurídica e da estabilidade nas relações sociais tocadas pelo Direito Público, de modo a confirmar-se juridicamente uma solução socialmente aceitável; é inegável que Administração Pública pode muito, mas não pode tudo, não podendo, por exemplo, sobrepor-se aos efeitos do tempo ou impedir que o seu decurso inevitável produza resultados que não podem ser ignorados, como se o desfazimento de atos administrativos pudesse devolver às pessoas o tempo pretérito e todas as suas passadas alegrias.

Neste julgado, foi destacado ainda como elemento ensejador da teoria do fato consumado, que a demora na resolução definitiva da questão não deveria ser atribuída aos servidores, mas ao Poder Judiciário e à Administração:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. AUDITORES FISCAIS DO TESOIRO NACIONAL NO EXERCÍCIO DO CARGO HÁ MAIS DE 10 ANOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. [...]

2. [...] Ademais, não se pode imputar aos Servidores a consolidação de tal situação, porquanto a demora é atribuível ao Judiciário ou à própria Administração.

3. O decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. [...]

4. Agravo Regimental da UNIÃO FEDERAL desprovido.

(AgRg no REsp 1205434/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012).

Sobre o elemento da demora no julgamento como ensejador da aplicação da teoria do fato consumado, o Ministro Cesar Asfor Rocha no julgamento do Recurso Especial nº 12.175-PE (1993) apresentou argumentos contrários à utilização isolada deste elemento:

“[...] recebo o argumento do fato consumado com muito temperamento e com muita reserva. Aceitá-lo em termos absolutos, importaria em admitir que os mandados de segurança, na sua grande maioria, ao terem liminar concedida, seriam resolvidos por esse simplório argumento, com o que o direito em si não seria analisado.

Tenho que ao ingressar em juízo, o autor sempre assume o risco de ter ou não acolhida a sua pretensão. Com efeito, deve ele, inclusive – e digo isso com um certo dissabor – arrostar com o infortúnio que possa advir da hipótese de indeferimento do seu pleito. A não ser assim, além de ficar estimulado a postergar o curso do processo, sempre terá a garantia de que, na demora da definição da causa, restará a vitória apenas pelo decurso do tempo. Seria assim, uma prescrição às avessas. Nesta, a inércia do titular leva à perda de direito que irretorquivelmente lhe é reconhecido; naquele, o passar do tempo importa em conquista de direito por quem talvez não o tenha.

[...]

Resolver a querela pela aplicação do argumento do fato consumado apenas pela demora da solução definitiva da causa, importa em dar por prejudicado o direito da autoridade impetrada, quando, em verdade, ele está vivo e reclama apreciação.

Se se quer, com a aplicação da tese do fato consumado, evitar prejuízo para a impetrante pela demora do judiciário (que ao ingressar em juízo sabia que poderia ganhar ou perder), estar-se-á sendo injusto com a autoridade impetrada, punindo-a pela mesma demora para cuja ocorrência em nada colaborou”

Destacou o Ministro que a demora para o julgamento do mandado de segurança também não pode ser atribuída à autoridade impetrada, de modo que se praticará injustiça em reconhecer a estabilização da situação fática em favor do autor apenas pelo transcurso de tempo.

Após, o Ministro expôs os elementos que entende relevantes para ensejar a aplicação da teoria do fato consumado:

Por isso é que digo que só posso aceitar a aplicação da tese do fato consumado com muito comedimento, cum granum salis, devendo ser notada a presença concomitante de vários outros elementos, como o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de uma situação fática quase consolidada, cujo desfazimento importa em violência à lógica e ao bom senso; boa-fé do autor; ausência de artifícios do impetrante com o propósito de prolongar a demanda; razoabilidade do direito postulado; e que o benefício que resultar para o autor seja inversamente proporcional ao prejuízo de que possa o réu ser afetado.

Do trecho destacado é possível observar a relevância dada à boa-fé do autor da demanda em não retardar propositalmente a resolução da demanda bem como a segurança jurídica decorrente de uma situação fática quase consolidada e que caso desfeita ocasionará “violência à lógica e ao bom senso”.

Ainda sobre a posse em cargo público por meio de decisão antecipatória de tutela, a aprovação em estágio probatório também já foi levada em conta para se reconhecer a consolidação da situação, o que demonstra a relevância do fator tempo para aplicação da teoria do fato consumado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROCURADOR AUTÁRQUICO DO INSS. NOMEAÇÃO E POSSE POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONCEDIDA EM 17.03.2000. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não se olvida que a jurisprudência do STJ orienta pela inaplicabilidade, em regra, da teoria do fato consumado em matéria de concurso público. Todavia, em situações excepcionais, mediante acurada análise do caso concreto, esta Corte tem admitido a incidência do referido preceito à luz do princípio da segurança jurídica. Precedentes.

2. No caso dos autos, a autora conseguiu, por meio de antecipação de tutela, nomeação e posse no cargo de procurador autárquico em 17.03.2000, tendo sido aprovada no estágio probatório (fls. 604), o que revela a consolidação da situação fática apta a autorizar a excepcional aplicação da teoria do fato consumado.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1182102/RJ, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014)

O aspecto temporal também já foi levado em consideração pelo STJ na situação de colação de grau na universidade sem que o aluno formado tenha realizado a prova obrigatória do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE).

Nesses casos, também são considerados os danos irreparáveis para o beneficiário da medida antecipatória em ter sua situação modificada muito tempo após estar usufruindo os efeitos favoráveis daquela decisão.

Sobre este argumento, relevante a crítica feita por Odim Brandão Ferreira (2002, p. 240) ao destacar que o suposto dano advindo da reforma ou cassação da decisão antecipatória não deve ser atribuído na noção jurídica de dano que tem como pressuposto atos ilícitos. Ocorre que a decisão final contrária à decisão antecipatória reconhece justamente que o autor não tem direito ao que postula. Assim, entende que a noção de dano ao autor da ação que usufruiu decisão antecipatória por longo período de tempo não pode servir como fundamento para a teoria do fato consumado:

[...] Logo, só existiria dano jurídico relevante ao beneficiário da liminar mantida com apoio no fato consumado, caso se demonstrasse que ele faria jus ao que postula. Contudo, por definição, a situação de fato consolidada opera apenas quando o beneficiário da liminar não possui direito subjetivo nem se encontra em situação juridicamente protegida. O prejuízo experimentado pelo autor com a cassação da liminar ilícita não constitui dano jurídico, razão pela qual não deve ser compensado com qualquer benefício, sobretudo contra legem. O desfecho do processo contrário a quem agiu ilicitamente é o que justifica o Judiciário.

Além disso, é feita ponderação quanto aos danos sociais decorrentes da manutenção do diploma e os danos sociais decorrentes da observância da legalidade que exige a realização da prova do ENADE pelo aluno antes da colação de grau, embora o STJ não examina a fundo quais seriam estes citados danos sociais:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES (ENADE). OBRIGATORIEDADE. DIPLOMA EXPEDIDO POR FORÇA DE LIMINAR. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. A jurisprudência desta Corte, em reiterados precedentes, tem perfilhado entendimento de que a participação no Exame Nacional do Desempenho dos Estudantes (ENADE) é obrigatória para todos os estudantes regularmente convocados a realizá-lo, sendo legal o condicionamento da colação de grau

e, conseqüentemente, da expedição do diploma universitário ao comparecimento do estudante ao certame.

2. Não obstante, no presente caso, a liminar concedida em primeira instância possibilitou que o recorrido obtivesse o diploma de conclusão do curso superior, o que enseja a consolidação da situação de fato, uma vez que a reversão desse quadro implicaria, inexoravelmente, danos desnecessários e irreparáveis ao agravado.

3. Em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo por intermédio do mandado de segurança concedido (in casu, a conclusão do curso e obtenção do diploma), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do fato consumado. Precedentes: AgRg no REsp 1416078/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/12/2014; AgRg no REsp 1409341/PE, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, DJe 04/12/2013; AgRg no REsp 1291328/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 09/05/2012; AgRg no REsp 1049131/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 25/06/2009.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1478224/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

Em comunhão com o fator temporal, também já foi utilizado pelo STJ o elemento de eventual prejuízo à Administração Pública ou a terceiros decorrente da manutenção dos efeitos da decisão antecipatória com a aplicação da teoria do fato consumado. Assim, inexistindo prejuízo à Administração ou a terceiros, é possível a aplicação da teoria do fato consumado.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONCLUSÃO DO CURSO AMPARADA EM DECISÃO PRECÁRIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. EXCEPCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. INAPLICABILIDADE.

2. No caso dos autos, não obstante os efeitos da sentença concessiva da segurança, que garantiram ao autor da demanda prosseguir nas atividades de discente do instituto réu, terem caráter precário, certo é que não houve decurso excessivo do tempo, inércia da Administração ou morosidade do Judiciário, pois entre a sentença concessiva da segurança e a reforma pelo Tribunal de origem transcorreram-se poucos meses, cujo acórdão foi publicado antes de o autor terminar a cadeira de estágio e defender sua tese.

3. A teoria do fato consumado somente se aplicaria à hipótese se não trouxesse prejuízo para a Instituição e tampouco para terceiros, mas, na presente hipótese, como bem frisado pelas instâncias ordinárias, "acaso acatada a pretensão ora deduzida, vilipendiada ficaria a garantia constitucional do devido processo, uma vez se daria força definitiva a uma decisão de 1º grau reformada pela instância revisora, o que equivaleria a, no

caso concreto, negar à Administração o acesso à ordem jurídica por meio do recurso que então interpôs" (fl. 72, e-STJ).

[...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1463990/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015)

No caso julgado acima, refutou-se a aplicação da teoria do fato consumado uma vez que não houve decurso excessivo de tempo, inércia da Administração ou morosidade do Judiciário. Além disso, entendeu-se que a aplicação da teoria traria prejuízo à Administração, pois havia interposto, no devido tempo, recurso contra a decisão liminar que garantiu a permanência do autor como aluno da instituição de ensino.

Por sua vez, no caso analisado no Recurso Especial 1172660/DF aplicou-se a teoria do fato consumado em razão do transcurso do prazo de quase seis anos da concessão da liminar pelo magistrado de primeira instância até o julgamento do recurso pelo Tribunal. A liminar havia garantido ao autor a frequência no Curso de Formação de Oficiais Especialistas IEC/CFOE do Departamento de Ensino da Aeronáutica, de modo que sua permanência nos quadros daquela Força Armada não traria prejuízo à União, considerando os vários serviços prestados por ele à instituição:

RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL NO QUAL SE AMPARA O APELO NOBRE. ADMISSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR. DECADÊNCIA. FATO CONSUMADO. CONCESSÃO DE LIMINAR. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À UNIÃO E A TERCEIROS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

3. Este Superior Tribunal de Justiça aplica excepcionalmente a teoria do fato consumado, mesmo em situação fática decorrente de liminar concessiva, se a reversão do provimento judicial precário ocorreu muito tempo depois de sua prolação, havendo a concretização de relação jurídica. Precedentes.

[...]

5. Situação fática consolidada após o decurso de quase 6 anos contados da concessão da liminar até o julgamento da Corte Federal, amoldando-se, pois, a hipótese dos autos à jurisprudência desta Corte Superior quanto ao fato consumado.

6. Merece ser prestigiado, no presente caso, o princípio da segurança jurídica, para firmar-se a situação do autor que desde 2002 atua como Segundo Tenente no Quadro de Oficiais Especialistas em Controle de Tráfego Aéreo do Corpo de Oficiais da Ativa da Aeronáutica, em Brasília.

7. É de se destacar que a aplicação da teoria do Fato Consumado na hipótese em exame não traz qualquer prejuízo para a União e tampouco para terceiros, mas apenas consolida situação que, amparada em liminar,

propiciou ao ora recorrente as respectivas promoções na carreira durante o lapso temporal de 12 (doze) anos, promoções estas decorrentes da extensa folha de serviços prestados à Administração Pública, conforme se depreende dos cargos ocupados por ele.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1172660/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014)

Também foi aplicada a teoria do fato consumado no caso de remoção de servidor a pedido garantida por provimento liminar reformado muito tempo depois e cuja manutenção não causaria prejuízo à Administração.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REMOÇÃO. ART. 36, PAR. ÚNICO, III, DA LEI N. 8.112/90. MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL. CONSOLIDAÇÃO NO TEMPO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Esta Corte vem permitindo a aplicação da teoria do fato consumado, mitigando a regra do art. 36, parágrafo único, inciso III, 'b', da Lei n. 8.112/90, ante a consolidação no tempo da situação fática consubstanciada na remoção do servidor público, **na hipótese de ausência de prejuízo para a Administração.**

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1072689/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015)

Acerca do eventual prejuízo à terceiros, decorrente da aplicação da teoria do fato consumado, Weber Luiz de Oliveira (2015) defende que inexistindo prejuízo é possível a utilização da teoria. Para isso, o autor argumento no seguinte sentido:

A aferição a ser feita é se no caso concreto inexistirá prejuízo à outras pessoas, que, por exemplo, participaram do certame, seleção ou concurso objeto da discussão judicial e, restando negativa a resposta na medida que apenas influencia a vida do litigante, não há impedimento de aplicar os princípios valorativos existentes no ordenamento jurídico-constitucional em detrimento da regra de conduta delimitada.

[...]

[...] as pessoas e coletividades, públicas e privadas, que terão seus interesses jurídicos influenciados diretamente, devem ter o poder de contraditar previamente o ato final objeto do pedido jurisdicional que aplicará a teoria do fato consumado. Sendo demonstrado no processo que haverá ofensa a direitos de terceiros, daí exsurge ofensa ao princípio da isonomia e a teoria do fato consumado não deve ser aplicada. Inexistindo interesse juridicamente tutelados que não só o do beneficiário do processo, e desde que também inexistam ofensa maior à lei e aos princípios constitucionais estruturantes do sistema jurídico (segurança jurídica, igualdade, boa-fé, estabilidade das relações sociais e institucionais, dignidade da pessoa humana), a teoria do fato consumado pode ser aplicada.

Por fim, o STJ entende que a teoria do fato consumado não pode ser aplicada em se tratando de matéria de direito ambiental, pois equivaleria a perpetuar um suposto direito de poluir que vai de encontro à ideia de um meio ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. EFEITOS SUBJETIVOS DA COISA JULGADA INALTERADOS. PRECEDENTES. FATO CONSUMADO. MATÉRIA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. Por fim, cumpre esclarecer que, em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1491027/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015).

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO IBAMA. PRECEDENTE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

[...]

5. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes: REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18/10/2013; REsp 948.921/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/11/2009.

[...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 739.253/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 14/09/2015).

Portanto, para o STJ podem ser destacados como elementos que influenciam na aplicação da teoria do fato consumado: a) tempo considerável transcorrido entre a decisão liminar e a decisão que a reformou; b) a existência de danos irreparáveis para o beneficiário da medida antecipatória em ter sua situação modificada muito tempo após estar usufruindo os efeitos favoráveis daquela decisão; c) ausência de prejuízo à Administração e a terceiros; d) a demora na resolução definitiva do processo judicial não deve ser atribuída ao beneficiário da decisão antecipatória, o que pode ser entendido como boa-fé do autor da ação em não protelar

o desfecho do processo a fim de que permaneça mais tempo usufruindo dos efeitos da decisão antecipatória; e) não se tratar de matéria de direito ambiental.

Além disso, em relação à matéria de estudantil, colação de grau sem a realização da prova do ENADE, também é feito pelo STJ uma ponderação quanto aos danos sociais decorrentes da manutenção do diploma e os danos sociais decorrentes da observância da legalidade que exige a realização da prova do ENADE pelo aluno antes da colação de grau, embora a análise quanto aos danos sociais seja superficial.

Em relação ao STF, a despeito de ter sido o Tribunal que primeiro reconheceu a aplicação da teoria do fato consumado, conforme exposto neste trabalho, há algum tempo não vem mais reconhecendo que a teoria do fato consumado justifique a manutenção dos efeitos de uma decisão antecipatória apesar do provimento judicial final tê-la cassado.

A mudança na jurisprudência do STF se iniciou no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 120.893 (BRASIL, 1987) de relatoria do Ministro Moreira Alves, que em seu voto repudia a teoria do fato consumado apresentando os seguintes argumentos:

Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido por fundamento jurídico que não sei qual seja – a denominada ‘teoria do fato consumado’, desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.

[...] Ora, admitir – como por vezes tem feito esta Corte – que se mantenham situações de fato consolidadas no tempo por atraso da prestação jurisdicional não implica sustentar (o que este Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à preservação de quaisquer situações de fato que, por qualquer motivo, se prolongaram no tempo. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda evidência.

Do trecho acima transcrito, extrai-se que a demora no julgamento do processo em que se concedeu uma medida antecipatória e, por consequência, o longo tempo transcorrido que consolidou a situação garantida por aquela decisão, não justificam a aplicação da teoria do fato consumado, uma vez que se estará admitindo um direito pelo só fato da demora.

Após esta decisão, o STF passou a rechaçar a teoria do fato consumado com diversos acórdãos apenas reproduzindo ou mencionando a decisão acima transcrita. Outras decisões acrescentavam argumentos de que o tempo não legitima uma situação reconhecidamente ilegal bem como destacavam o caráter precário das decisões antecipatórias. É o que se observa, respectivamente, no Recurso Extraordinário 190.664 (BRASIL, 2000), no Recurso em Mandado de Segurança 23.636 (BRASIL, 2001) e no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 23.544 (BRASIL, 2001), os quais se transcrevem trechos dos votos:

Quanto ao efeito do chamado fato consumado, [...], não penso que o escoar do tempo em que perdura a liminar possa ter o condão de sanar a inconstitucionalidade da sua concessão, ou suprimir ao Município a faculdade de interpor os recursos sucessivamente cabíveis em defesa do ato administrativo regularmente praticada (recusa da posse).

É que a mera concessão de medida liminar - considerada a natureza essencialmente instável e provisória de que se reveste - não basta, só por si, para garantir a "posse definitiva" em cargo público, de provimento efetivo, como pretendem os ora recorrentes. Na realidade, a parte ora recorrente, invocando provimento de índole cautelar, busca obter, desta Suprema Corte, decisão, que, por imprimir um sentido de definitividade a simples medida de caráter liminar, culminará por conferir-lhe, prematuramente, inadmissível carga de estabilidade, em tudo incompatível com as notas de transitoriedade, cautelaridade, provisoriedade e instabilidade que tipificam a liminar mandamental.

Tenho para mim, [...], que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, *tractu temporis*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada [...]

Mais recentemente, o STF analisou no Recurso Extraordinário 608.482 (BRASIL, 2014), com repercussão geral, o caso específico de candidata empossada em cargo público mediante decisão liminar e que após longo tempo exercendo a profissão, a liminar é revogada.

O Tribunal manteve a jurisprudência dos anos anteriores entendendo pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado nestes casos, sendo incabível invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima frente à precariedade das decisões judiciais antecipatórias.

Como dito, no caso de posse em cargo público mediante a concessão da tutela antecipada, de um lado há o princípio da obrigatoriedade do concurso público que impede a estabilização dessas situações, uma vez que, tendo o órgão público responsável pelo certame

considerado o(a) candidato(a) reprovado(a) em etapa eliminatória, a aplicação do princípio conduz, em tese, à invalidação do provimento.

Neste sentido, registra-se, ainda, a aplicação do princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos, a necessidade de os concursos públicos se pautarem por critérios impessoais bem como a presunção de veracidade e validade dos atos administrativos.

De outro lado, tem-se o princípio da segurança jurídica, que como exposto nesse trabalho, na sua vertente subjetiva protege a confiança legítima.

Diante deste embate, o STF entendeu não ser cabível sustentar os princípios da boa-fé do candidato ou ainda da proteção à confiança legítima frente a uma decisão judicial que soluciona a lide de forma definitiva.

Para o Ministro Relator, Teori Zavascki (2014), esses princípios têm aplicação quando por ato da própria Administração Pública, normalmente decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, é concedida ao servidor alguma vantagem ou lhe é garantida alguma condição jurídica gerando nele confiança de que se trata de um status ou vantagem legítima.

Nesses casos, a superveniente constatação da ilegitimidade pela Administração e, por consequência, a supressão da condição ou da vantagem viola a boa-fé e a confiança gerada pelo seu ato primitivo, sendo possível, excepcionalmente, a invocação da teoria do fato consumado para justificar a manutenção do *status* ou a desnecessidade de restituição de valores recebidos.

Caso diverso é o relativo à condição ou vantagem garantida à pessoa mediante uma decisão antecipatória, de natureza cautelar ou não, em que posteriormente é revogada ou modificada. Nessas hipóteses, o Ministro Relator Teori Zavascki (2014) destacou que o ato que concede a vantagem ou condição decorre do Poder Judiciário por provocação do particular e não de ato próprio da Administração Pública. Além disso, ressaltou as características da precariedade e revogabilidade a qualquer tempo dessa espécie de decisão para justificar a inaplicabilidade da teoria do fato consumado:

É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida – ou seja, a nomeação e posse em cargo público – se deu, não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor

e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprir a ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais - que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao status quo ante -, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos.

Acrescentou, ainda, o Ministro Relator ser incabível invocar os princípios da boa-fé e proteção à confiança, uma vez que o beneficiário da decisão judicial antecipatória tem ciência da natureza provisória desta decisão “[...] cuja revogação acarreta automático efeito ex tunc, sem aptidão alguma, conseqüentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.”

Neste sentido, citou a doutrina de Humberto Theodoro Júnior acerca da reversibilidade das medidas cautelares e das medidas antecipatórias de mérito, que sujeita o beneficiário retornar ao *status* que detinha antes da concessão destas medidas pelo juízo:

Pontes de Miranda já vislumbrava, mesmo antes da criação do instituto genérico da antecipação de tutela, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva fundada no art. 588, CPC (atual art. 475-O), a toda e qualquer execução provisória fundada em "outros títulos que a sentença.

Daí se poder concluir que todos os atos executivos provisórios admitidos e tutelados pelo direito processual sujeitam o promovente à responsabilidade objetiva, sejam elas medidas cautelares (art. 811), medidas de antecipação de tutela (art. 273) ou medidas promovidas no processo de execução provisória de sentença (art. 475-O).

As medidas de antecipação de tutela hão de receber igual tratamento das medidas cautelares não só porque pertencem ao mesmo gênero das medidas cautelares - tutela provisória de urgência - como porque o legislador, ao regulá-las, fez expressa referência ao antigo art. 588, submetendo-as ao disposto nos incisos I e II do citado dispositivo legal.

[...]

As medidas de antecipação de tutela acham-se vinculadas à cláusula legal de reversibilidade. Proíbe a lei a concessão de qualquer antecipação de tutela que crie simplesmente o perigo da irreversibilidade (CPC, art. 273, § 2º). E para assegurar a reversibilidade, no caso de insucesso da parte autora no julgamento final da causa, é claro que o sucumbente deverá responder, amplamente, pela reposição das coisas no seu status quo ante.

[...]

Por fim, impende concluir que se a responsabilidade objetiva, nesse quadro, é a solução imposta pela lei para as medidas cautelares e para a execução provisória de sentença, com igual intensidade terá de ser observada também nas antecipações de tutela, dada a substancial identidade de razões que as justificam no plano normativo. Medida cautelar (conservativa) e medida

antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero - a tutela de urgência – porque ambas têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando, sumariamente, provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte”

Por fim, foi destacado em seu voto o possível prejuízo a terceiro, elemento que inviabiliza a aplicação da teoria do fato consumado:

Se nem esses princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Aliás, a esse interesse individual se opõe, desde logo e com manifesta supremacia, até mesmo outro interesse particular de mesma natureza, daquele candidato que, tendo se submetido e obtido aprovação no concurso, foi, no entanto, alijado do cargo, que acabou ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.

Portanto, pelo voto do relator seguido pela maioria, se entendeu inaplicável a teoria do fato consumado contra atos do Estado-Juiz, seja porque o ato que concede a vantagem ou condição decorre do Poder Judiciário por provocação do particular e não de ato próprio da Administração Pública, seja porque a característica da reversibilidade das medidas cautelares e das medidas antecipatórias de mérito sujeita o beneficiário retornar ao *status* que detinha antes da concessão destas medidas pelo juízo.

Além disso, como fundamento constitucional, o STF concluiu que nesta hipótese o princípio da obrigatoriedade do concurso público e o princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos impedem a estabilização dessas situações. Acrescentou ser incabível invocar os princípios da boa-fé e proteção à confiança, uma vez que o beneficiário da decisão judicial antecipatória tem ciência da natureza provisória desta decisão.

Embora tenha sido a tese vencida, relevante expor neste trabalho os argumentos apresentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em que analisa os elementos que devem ser considerados para aplicação da teoria do fato consumado.

Primeiramente, o Ministro Barroso rechaça a utilização da expressão “teoria do fato consumado” uma vez que, segundo ele, “dá a impressão de que uma ilegalidade consumada pode ser fonte geradora de direito.”

Assim, a questão não deve ser tratada sob esta denominação, mas analisada como uma hipótese que exista ou não proteção à confiança legítima a ser assegurada pelo Poder Judiciário. Trata-se, como já exposto aqui, em última análise, de ponderação entre o princípio da confiança legítima e os princípios da impessoalidade, igualdade, subjacentes à exigência constitucional do concurso público.

Diante deste aparente conflito, são apresentados três parâmetros, elementos, que devem ser levados em conta para que o princípio da proteção à confiança legítima prevaleça sobre a obrigatoriedade do concurso público, ou seja, para que a teoria do fato consumado, expressão adotada neste trabalho, seja aplicável.

Primeiro parâmetro destacado pelo Ministro e citado neste trabalho é o tempo decorrido entre as decisões judiciais contrapostas. Neste sentido, existe “relação de direta proporcionalidade entre o decurso de tempo e o fortalecimento da expectativa da preservação da posse em cargo público” (BRASIL, 2014), de modo que quanto maior o tempo a pessoa exerça o cargo público decorrente de uma decisão antecipatória, maior será sua expectativa e sua confiança de que sua condição está se consolidando.

Para uma análise objetiva do tempo, foi sugerido pelo Ministro Barroso o período de cinco anos utilizado no artigo 54 da Lei nº 9.784, de 1999, como prazo decadencial para a Administração anular os atos administrativos que decorram efeitos favoráveis aos destinatários, desde que não estejam de má-fé.

Aliado ao tempo, a boa-fé do indivíduo deve ser levada em conta. Para isso, propôs que ela pode ser aferida mediante a plausibilidade da pretensão jurídica do autor e a ausência de procrastinação deliberada do processo judicial. Este é o segundo parâmetro a ser considerado.

Por fim, o terceiro parâmetro sustentado pelo Ministro Barroso, é o grau de estabilidade da decisão judicial. Assim, no caso de posse amparada apenas em liminar que tenha durado um longo tempo, a situação é bem menos estável na hipótese de haver uma sentença de primeiro grau, e menos ainda no caso de uma decisão de Tribunal. Desta forma,

quanto mais elevado o órgão judicial do qual provém a decisão, maior é a expectativa do direito gerada no autor da ação.

Com esses três elementos ou parâmetros, o Ministro admite que o princípio da proteção à confiança tem aplicação não somente à Administração Pública, Estado-Administração, mas também ao Poder Judiciário, pois o Estado-Juiz também pode gerar expectativas legítimas para os cidadãos. Neste sentido, exemplificativo o seguinte trecho de seu voto que divergiu da maioria (BRASIL, 2014):

Portanto, a aplicação do princípio da proteção da confiança pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da posse em cargo público determinada por decisão judicial prolatada há décadas pode, presentes determinadas condições adiante exploradas, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica.

No mesmo sentido de que a teoria do fato consumado, fundamentada na proteção à confiança, segurança jurídica, deve ser aplicada também contra atos contraditórios do Estado-Juiz, foi o voto do Ministro Luiz Fux:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E há um outro detalhe, quer dizer, se a própria Administração não pode, em cinco anos, desfazer os atos dela, o Judiciário pode, a qualquer tempo, jogar uma pessoa à deriva. Eu também não concordo com a tese de que o princípio da proteção da confiança ou da segurança jurídica só é oponível ao estado da Administração e não é oponível ao estado jurídico. Entendo que é absolutamente inconcebível que a Administração só possa anular os seus atos no máximo em cinco anos, e o Judiciário pode colocar uma pessoa no olho da rua sem esperança, sem chance, vinte anos depois, porque, enfim, a sentença de mérito foi confirmada, mas, quando ela entrou, entrou a título precário.

Portanto, o STF apesar de ter sido o Tribunal que originou a teoria do fato consumado, alterou sua jurisprudência e a confirmou no julgamento do Recurso Extraordinário 608.482, com repercussão geral, para afastar a possibilidade de se aplicá-la no caso de posse em cargo público mediante a concessão da tutela antecipada.

Por fim, o STJ tem seguido esse último julgamento do STF do Recurso Extraordinário 608.482, e, portanto, não aplica mais a teoria do fato consumado em se tratando de posse em cargo público decorrente de decisão judicial antecipatória:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA. ART. 543, § 3º, DO CPC. CONCURSO PÚBLICO. POSSE E MANUTENÇÃO NO CARGO EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA POSTERIORMENTE CASSADA. APLICAÇÃO DA DENOMINADA "TEORIA DO FATO CONSUMADO". IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL.

I - O Supremo Tribunal Federal firmou, em repercussão geral, o entendimento segundo o qual não se aplica a denominada "Teoria do Fato Consumado" quando a posse e a manutenção no cargo público dão-se em virtude de provimento judicial de natureza precária.

Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte posteriores à consolidação desse posicionamento.

II - Agravo Regimental provido para, reformando a decisão monocrática, negar seguimento ao Recurso Ordinário.

(AgRg no RMS 40.682/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 24/09/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO - ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. REPERCUSSÃO GERAL. RE 604.482/RN. INAPLICABILIDADE. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral acerca da aplicação da "Teoria do Fato Consumado", apreciou e julgou o RE 604.482/RN, de relatoria do Min. TEORI ZAVASCKI, ocasião em que decidiu ofender a ordem constitucional vigente, relativamente ao acesso aos cargos públicos, a permanência de candidato não aprovado no certame público que tomou posse em razão de decisão liminar ou antecipatória da tutela, a qual foi posteriormente revogada ou alterada.

2. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos.

(EDcl no REsp 1040039/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015)

A questão que permanece é quanto à aplicação da teoria do fato consumado em situações distintas da analisada no Recurso Extraordinário 608.482 (2014) como por exemplo outras julgadas pelo STJ, tais como colação de grau na universidade sem que o aluno formado tenha realizado a prova obrigatória do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE), matrícula em universidade mediante decisão antecipatória, remoção de cônjuge, conclusão de curso para promoção em carreiras militares.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordada a teoria do fato consumado e buscou-se examinar os elementos que fundamentam a aplicação da teoria pelos tribunais superiores (STJ e STF).

Partindo da análise dos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé, observou-se que elementos como estabilidade, expectativa, confiança fazem parte do conteúdo desses princípios e são aspectos levados em conta para fundamentar a utilização da teoria do fato consumado.

Tradicionalmente, os citados princípios sempre foram utilizados para proteger o cidadão contra atos do Estado-Administração. A teoria do fato consumado, no entanto, baseia-se nestes elementos para justificar a manutenção dos efeitos gerados por uma decisão judicial antecipatória não obstante sua reforma ou cassação muito tempo após ter sido proferida. Em outras palavras, a teoria do fato consumado suscita o debate acerca da possibilidade de se invocar estes princípios contra atos praticados pelo Estado-Juiz que são as decisões judiciais e que devem ser respeitadas pelas partes processuais.

Antes da análise específica acerca da aplicação da teoria do fato consumado pelo STJ e STF, foram examinadas as características essenciais das decisões antecipatórias: a sumariedade da cognição, a precariedade (ou provisoriedade) e reversibilidade.

Esta última característica é a principal da decisão antecipatória que se confronta com a teoria do fato consumado e os princípios que a fundamentam, pois determina que revogada ou modificada a decisão que concedeu a tutela antecipada, as partes devem retornar ao estado anterior.

Para analisar a jurisprudência do STJ e STF, foram apontados como elementos que podem influenciar a aplicação ou não da teoria do fato consumado: a) tempo transcorrido entre a decisão liminar e a decisão que a reformou; b) boa-fé e interesse individual do particular; c) prejuízo à Administração e eventual ofensa ao interesse público na manutenção da situação garantida pela decisão liminar que foi reformada; d) prejuízo a terceiros.

No STJ, observou-se que podem ser destacados como elementos que influenciam na aplicação da teoria do fato consumado: a) tempo considerável transcorrido entre a decisão liminar e a decisão que a reformou; b) a existência de danos irreparáveis para o beneficiário

da medida antecipatória em ter sua situação modificada muito tempo após estar usufruindo os efeitos favoráveis daquela decisão; c) ausência de prejuízo à Administração e a terceiros; d) a demora na resolução definitiva do processo judicial não deve ser atribuída ao beneficiário da decisão antecipatória, o que pode ser entendido como boa-fé do autor da ação em não protelar o desfecho do processo a fim de que permaneça mais tempo usufruindo dos efeitos da decisão antecipatória; e) não se tratar de matéria de direito ambiental.

Em relação ao STF, a despeito de ter sido o Tribunal que primeiro reconheceu a aplicação da teoria do fato consumado, conforme exposto neste trabalho, há algum tempo não vem mais reconhecendo que a teoria do fato consumado justifique a manutenção dos efeitos de uma decisão antecipatória apesar do provimento judicial final tê-la cassado.

A mudança na jurisprudência do STF se iniciou no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 120.893 (1987) de relatoria do Ministro Moreira Alves, que em seu voto repudiou a teoria do fato consumado sob o fundamento de que a demora no julgamento do processo em que se concedeu uma medida antecipatória e, por consequência, o longo tempo transcorrido que consolidou a situação garantida por aquela decisão, não justificam a aplicação da teoria do fato consumado, uma vez que se estará admitindo um direito pelo só fato da demora.

Nas decisões que se seguiram, foi reiterado o argumento de que o tempo não legitima uma situação reconhecidamente ilegal bem como destacado o caráter precário das decisões antecipatórias.

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 608.482 (2014), com repercussão geral, o STF manteve a jurisprudência dos anos anteriores. A situação específica era o caso de candidata empossada em cargo público mediante decisão liminar e que após longo tempo exercendo a profissão, a liminar foi revogada.

Neste caso, o debate de matéria constitucional era de um lado o princípio da obrigatoriedade do concurso público que impede a estabilização dessas situações, o princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos, e a necessidade de os concursos públicos se pautarem por critérios impessoais bem como a presunção de veracidade e validade dos atos administrativos.

De outro lado, era o princípio da segurança jurídica, que na sua vertente subjetiva protege a confiança legítima e a boa-fé do beneficiário da decisão antecipatória.

O STF concluiu que nesta hipótese o princípio da obrigatoriedade do concurso público e o princípio da isonomia ao acesso aos cargos públicos impedem a estabilização dessas situações. Além disso, é incabível invocar os princípios da boa-fé e proteção à confiança, uma vez que o beneficiário da decisão judicial antecipatória tem ciência da natureza provisória desta decisão.

Foi destacado pelo STF, também, o possível prejuízo a terceiro, elemento que inviabiliza a aplicação da teoria do fato consumado, porquanto no caso de concurso público existe o interesse do outro candidato que tendo obtido aprovação no concurso é alijado do cargo ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.

Finalmente, permanece a questão acerca da aplicação da teoria do fato consumado em situações distintas da analisada no Recurso Extraordinário 608.482 (2014) como por exemplo outras julgadas pelo STJ, tais como colação de grau na universidade sem que o aluno formado tenha realizado a prova obrigatória do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE), matrícula em universidade mediante decisão antecipatória, remoção de cônjuge, conclusão de curso para promoção em carreiras militares.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança : uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: dez 2015.

BRASIL, **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em dez. 2015.

BRASIL, **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em jun. 2015.

BRASIL, **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em jun. 2015.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1205434/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1205434&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1457689/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 16/04/2015.

Disponível em
 <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1457689&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em dez. 2015.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1205434/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012. Disponível em
 <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1205434&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 12.175/PE, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Rel. p/ Acórdão Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/1992, DJ 29/03/1993, p. 5220. Disponível em <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=12175&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AgRg no REsp 1182102/RJ, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014. Disponível em
 <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1182102&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1478224/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015. Disponível em
 <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1478224&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1172660/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014. Disponível em
 <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1172660&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1072689/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1072689&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1491027/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1491027&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 739.253/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 14/09/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=739253&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RMS 40.682/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 24/09/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=40682&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no REsp 1040039/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1040039&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. AI 120893 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/10/1987, DJ 11-12-1987 PP-28277 EMENT VOL-01486-03 PP-00549. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=273706>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. RE 190664, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 29/06/1999, DJ 17-12-1999 PP-00029 EMENT VOL-01976-03 PP-00591. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=231689>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. RMS 23691 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/08/2001, DJ 21-06-2002 PP-00120 EMENT VOL-02074-02 PP-00290. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24954>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. RMS 23544 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 21-06-2002 PP-00120 EMENT VOL-02074-02 PP-00266. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24950>> Acesso em jan. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. 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. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>> Acesso em jan. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99)**. Revista Brasileira de Direito Público — RBDP, v. 2, n. 6, p. 759, jul./set. 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.** Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em: jun. 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal.** Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Invalidação do ato administrativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al. (Coord). **O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 497-504.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999.** São Paulo: Malheiros, 2007.

MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança.** 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

NASSA, Thulio Caminhoto. **A boa fé no regime jurídico de Direito Administrativo.** Disponível em <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150872.pdf>> Acesso em dez. 2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 242, p. 225-250, abr. 2015.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

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 Brasileiro. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. O princípio da boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. **Revista da AGU**, Brasília, ano XI, nº 32, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/119/364>>. Acesso em: jun. 2015.

TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 95-101, out/dez. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 17, p. 24-52, 2002.