

PARECER JURÍDICO

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

DIREITO ADQUIRIDO
ATO JURÍDICO PERFEITO
COISA JULGADA
MATÉRIA AMBIENTAL

PREFÁCIO: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

NOTA EXPLICATIVA PRÉVIA: MARCELO TERRA

PARECER JURÍDICO

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO



SÃO PAULO - 2013

FICHA TÉCNICA

PARECER JURÍDICO

Coordenação

Marcelo Terra

Agradecimentos

Adelmo Felizati

Basilio Chedid Jafet

Claudio Bernardes

Ives Gandra da Silva Martins

Ricardo Yazbek

Diagramação

Secovi-SP

Direitos reservados a:

Secovi-SP e Fiabci/Brasil

(11) 5591-1306

secovi@secovi.com.br / fiabci@fiabci.com.br

Tiragem: 1.000 exemplares - Impresso em 2013

É permitida a reprodução total ou parcial deste documento, desde que destacadamente citados o autor e a fonte.

NOTA EXPLICATIVA PRÉVIA

Marcelo Terra

A Fiabci-BR e o Secovi-SP se sentem extremamente orgulhosos de trazer a público o inteiro teor do Parecer do renomado Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, destacado jurista e constitucionalista português, respeitadíssimo em toda a Europa e também no Brasil e principalmente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Em nome das empresas associadas e em prol do desenvolvimento de um mercado imobiliário pautado pela necessidade do império da certeza e previsibilidade, motes da sempre desejada e indispensável segurança jurídica, a Fiabci-BR e o Secovi-SP pediram ao Prof. Dr. Gomes Canotilho o exame dos princípios constitucionais (Carta Brasileira de 1988) do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito e sua integração hermenêutica a outro princípio constitucional, o do direito ao meio ambiente.

Qual a razão dessa indagação e preocupação? Todos aqueles que vivem a lida diária dos empreendimentos imobiliários encontram, com alguma frequência, doutrina ou posicionamento judicial bastante radical no sentido de que em matéria do meio ambiente não existe direito adquirido, nem coisa julgada, nem ato jurídico perfeito.

Vale dizer, o meio-ambiente serviria como uma motosserra a ceifar, sem dó, nem piedade, os pilares constitucionais da presunção de legitimidade do ato administrativo, da confiança do administrado, do direito individual ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada, ao direito adquirido, da propriedade individual, da razoabilidade e da proporcionalidade, enfim, o meio-ambiente seria um instrumento para aniquilar a segurança jurídica, sob a roupagem fácil do politicamente correto.

O estudo do Prof. Dr. Gomes Canotilho sublinha textualmente que a Constituição Brasileira guarda a peculiaridade (não presente em diversas Cartas de outros Estados) de traçar a nível constitucional o princípio do respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, sem distinção de matéria e situações.

Anota, também, que tais princípios se apresentam como manifestação daqueles outros de proteção da confiança e da boa-fé, ambos reflexos do princípio da segurança jurídica.

O Estado de Direito só pode aspirar a radicar-se como Estado de segurança jurídica, quando o direito fornece esquemas normativos sólidos para segurança das pessoas.

Também afirma que nossa Constituição elenca vários outros princípios de igual estatura e importância.

E, de acordo com a tendência da moderna hermenêutica constitucional, sublinha a importância da mecânica da ponderação dos princípios, à luz de cada caso concreto.

Todos os direitos, inclusive os fundamentais, estão sujeitos a um sopesar de custos e benefícios, de razões e de interesses, de princípios e bens.

Essa ponderação de princípios tem sido adotada muitas vezes em matéria urbanística e ambiental de um modo extremamente radical e sempre pendendo a balança para o lado urbanístico-ambiental, fazendo letra não escrita o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

O Parecer do Prof. Dr. Gomes Canotilho quebra esse paradigma. Sim, o meio ambiente é de fundamental importância, mas não se pode entender sua total e irrestrita prevalência em sacrifício do direito individual de propriedade.

De fato, a necessidade da proteção da confiança impõe que eventuais intervenções restritivas devam obedecer ao princípio da proibição do excesso nos seus vários elementos constitutivos (necessidade, adequação e proporcionalidade).

Para ele, a Constituição não elege qualquer um dos direitos nela consagrados a “direito fundamental supremo”.

Impossível se argumentar que um direito é supremo relativamente a outro em qualquer condição ou circunstância.

Não basta invocar ideias, ideologias, cosmovisões do mundo e da vida.

Não basta proclamar ser o direito ao ambiente um direito fundamental para, sem qualquer esforço de argumentação e de ponderação, proclamar seu caráter preferente e absoluto.

Impossível talhar uma prioridade em abstrato.

Prof. Dr. Gomes Canotilho discorda frontalmente da assertiva da livre revogação de atos administrativos, com base na ideia de que a atualização do interesse público legitimaria sempre essa revogabilidade.

Diverge, ainda, da possibilidade de revogação – sem pagamento de indenização – resultante da modificação de situações de fato e de direito.

A garantia constitucional do direito adquirido impede a livre revogação dos atos administrativos (licenças de construção, por exemplo).

Obviamente, em determinadas situações, poderá o Poder Público (aí incluso o Poder Judiciário) entender que o direito individual há de se reduzir em favor de um interesse coletivo.

Mas, tal caracterizará uma desapropriação, que pressupõe a obediência aos ditames constitucionais da indenização (justa e prévia), o que, atualmente, os defensores radicais do urbanismo e do meio-ambiente fazem questão de se esconder atrás do linguajar e da tese politicamente correta.

Sustenta a possibilidade de as licenças urbanísticas, ainda que inválidas, gerarem efeitos, naquelas situações em que, sem qualquer cumplicidade ilícita do particular, a autoridade praticou ato nulo.

Nessa linha, o Prof. Dr. Gomes Canotilho diz: o indivíduo que confiou no ato administrativo e por ele orientou o planejamento da sua atividade, correria o risco de o seu investimento, em vez de orientado e respeitado pelo Direito, tornar-se jogo de azar.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança existem como exteriorização do fato de que o Estado de Direito quer a determinados direitos fundamentais (direitos de propriedade, direito adquirido, iniciativa econômica).

Critica o integrismo ambiental autoritário, de sorte que somente a lei poderia definir os pressupostos das autorizações interventivas, isto em defesa dos particulares (do seu investimento, da sua atividade, da sua propriedade).

Enfim, um trabalho de fôlego de um jurista de escol.

A Fiabci-BR e o Secovi-SP se sentem extremamente orgulhosos de poderem contribuir para o desenvolvimento de um mercado imobiliário sustentável ambientalmente e igualmente sustentável juridicamente, em prol de uma democracia verdadeira.

Marcelo Terra

*Coordenador do Conselho Jurídico da Presidência do Secovi-SP e
Diretor da Fiabci-BR*

PREFÁCIO

Ives Gandra da Silva Martins

O parecer de José Joaquim Gomes Canotilho sobre direito adquirido, ato jurídico, coisa julgada e matéria ambiental ultrapassa, de muito, os limites de um mero estudo para um caso particular, ganhando a estatura de um verdadeiro tratado sobre a matéria, tais as facetas que explorou, na reflexão das quatro questões, à luz do ordenamento pátrio, da jurisprudência e da doutrina nacional e comparada.

Principiando sua meditação pela segurança jurídica, de rigor, um dos cinco direitos fundamentais da lei suprema brasileira (caput do artigo 5º), reflete sobre os três alicerces maiores (art. 5º inc. XXXV), para tecer considerações de particular profundidade.

É de se lembrar que a segurança do direito, que está na essência dos regimes democráticos, só adquire sua certeza plena no momento em que a pacificação jurisprudencial se faz sobre os contornos das disposições legais que a conformam. Ronald Coase e David North, Prêmios Nobel de Economia, afirmavam, inclusive, que só é possível uma economia de mercado em regimes jurídicos estáveis, o que só ocorre nas democracias.

As primeiras considerações de Canotilho versam sobre o direito adquirido, como instituto petrificado na Constituição Brasileira e a proteção do cidadão, pelo prisma da segurança, seja no âmbito legislativo, seja —e principalmente— a partir dos atos administrativos. Examina, assim, o pressuposto dos atos vinculados ou discricionários da Administração, que importa na obrigação dos cidadãos de segui-los, não podendo ser arbitrários ou incorretos, para não macular a confiança que a sociedade deve ter no Poder Público.

Mesmo os atos nulos, precários ou provisórios são vinculantes e, se agiu o cidadão de boa-fé, deve ser ressarcido do prejuízo que a Administração lhe causar. Neste ponto, é interessante a doutrina de Miguel Reale, Celso Antonio de Mello e Fátima Fernandes de Souza sobre os atos inexistentes, que distinguem dos atos nulos, mas que, por comprometerem o poder público e a sociedade, devem ter tratamento jurídico pertinente, não necessariamente igual ao ofertado aos atos nulos.

Neste aprofundamento jurídico-dogmático, realça o eminente jurista a relevância do ato autorizativo, no que diz respeito à proteção do direito adquirido, do “caso decidido”, distinguindo entre os princípios do caso julgado e da coisa julgada.

No campo dos conflitos de direitos, examinando a relativização da segurança jurídica em face da proteção da confiança, no caso decidido administrativamente, examina os alicerces da autorização em face do respeito aos direitos fundamentais, entre os quais se inclui o direito do cidadão de não ser punido por erro da administração, se agiu de boa-fé e confiança no Poder Público.

Esclarece as questões envolvendo os efeitos legislativos dos atos autorizativos, concluindo que, em ocorrendo a colisão de direitos, se prevalecente o direito do Poder Público de revogar o ato autorizativo, cabível se torna o que denomina de indenização por sacrifício em benefício do cidadão.

Em estudo meu, publicado na Revista de Direito Administrativo (RDA) de junho de 2004 (p. 601/9) no que diz respeito ao direito à indenização, realcei duas decisões do Supremo Tribunal Federal, a respeito de questões ambientais, lembrando, neste breve prefácio, pelo menos trechos de duas delas, a primeira do Ministro Celso de Mello:

“Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública” e mais adiante: “A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário” (grifos meus) STF -RE 134.297-8- SP – 1a. T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 22.09.95.

e a do Ministro Francisco Rezek, no RE 100.717-6-SP:

“A jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos está firmada no sentido de que são indenizáveis as matas de preservação permanente, inclusive em razão do valor ecológico que representam, consoante resulta dos numerosos julgados arrolados pelo ora recorrido, na petição de embargos infringentes (fls. 564/8)” (grifos meus) STF, Serviço de Jurisprudência, publ. D.J. 10/02/84, Ementário n. 1323-3.

É que o direito de indenização decorre do próprio texto constitucional, como se lê no artigo 37, § 6º, da CF:

“§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”,

ao consagrar a responsabilidade objetiva, que torna imprescritível o direito de regresso, neste caso, por culpa ou dolo, do Estado contra o agente público, por força do § 5º do mesmo dispositivo, assim redigido:

“§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. (grifos meus).

Se o cidadão age de boa-fé, não pode ser prejudicado por leis supervenientes ou por atos autorizativos do Poder Público, mesmo que evitados de erros, nulos ou inexistentes, na medida em que confiou na Administração.

O estudo do Professor José Joaquim Gomes Canotilho é uma estupenda contribuição para a reflexão de temas desta magnitude, principalmente no mundo atual, em que uma incorreta percepção da prevalência do interesse público sobre os direitos do cidadão, tem levado, em muitos países e até mesmo no Brasil, ao abuso do direito por parte da Administração.

Tenho pelo eminente mestre particular admiração, tendo tido o privilégio de proferir o discurso de recepção, no seu ingresso na Academia Internacional de Direito e Economia, quando ao lado de Fernando Henrique Cardoso, os dois tomaram posse, sucedendo, respectivamente, a Celso Bastos e ao economista e professor americano Rudiger Dornbusch.

O direito evolui a partir da contribuição dos grandes mestres, da reflexão acadêmica, da influência que os doutrinadores exercem sobre o Poder Público. Os grandes filósofos foram alicerçando os fundamentos dos pensadores jurídicos, que, por sua vez, colaboraram para a percepção dos direitos individuais, consagrados pela relatoria do jusfilósofo René Cassin, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que, no dizer de Norberto Bobbio (A era dos direitos), se “declarados” no século XX, terão sua “garantia assegurada” no século XXI.

Entre os grandes mestres que conformaram o direito mundial, na atualidade, está José Joaquim Gomes Canotilho, que não só contribuiu na elaboração do texto constitucional brasileiro promulgado em 05/10/1988, como na elaboração de muitas das Constituições da Comunidade Lusíada, inclusive de Portugal.

Esta é a razão pela qual o convite para prefaciar seu parecer, neste livro, honrou-me sobremaneira, visto que conseguiu esgotar a matéria que lhe foi proposta sobre direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito no âmbito ambiental, permitindo que todos os estudiosos conheçam a relevância da sua meditação sobre o tema, assim como, certamente, possibilitará ao Poder Judiciário e a Administração Pública brasileira tirarem as conseqüências que auxiliarão a formulação de uma pacífica jurisprudência de respeito aos 3 institutos e à boa fê do cidadão, com o que, lembrando Rawls, a justiça será o corolário natural de valorização da cidadania.

No melhor estilo coimbrão, “Bem haja!” o novo livro.

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

PARECER JURÍDICO

José Joaquim Gomes Canotilho

*DIREITO ADQUIRIDO - ATO JURÍDICO PERFEITO
COISA JULGADA - MATÉRIA AMBIENTAL*

ÍNDICE

PARTE 1

- 15** **Pedido de Parecer**
- **Parecer**
- 17** **Discurso Geral sobre os institutos do Direito adquirido, Ato jurídico Perfeito e Coisa julgada**
- 18** A especificidade jurídico-constitucional brasileira: garantia expressa dos institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada
- 1. Sentido geral dos institutos*
 - 2. Suspensão reflexiva em torno dos enunciados textuais da Constituição Brasileira de 1988.*
- 19** Direito adquirido
- 1. Breve relance pela doutrina e jurisprudência brasileiras*
 - 2. Âmbito juridicamente protegido do direito adquirido*
 - 3. Atos Constitutivos de direito e direito adquirido*
- 21** Proteção da segurança jurídica e do direito adquirido no âmbito da administração
- 1. Atos administrativos constitutivos de direito*
 - 2. Da “livre revogabilidade” para a “irrevogabilidade”*
 - 3. Atos administrativos favoráveis e “caso decidido”*
 - 4. Atos administrativos favoráveis e “localização jusfundamental”*
- 23** A relativização do efeito de caso decidido do ato administrativo e da proteção da confiança
- 1. Atos administrativos nulos*
 - 2. Atos precários e atos provisórios*

- 25 **Aprofundamento Jurídico-Dogmático**
- 26 O “próprio” da juridicidade administrativo-estatal
1. *Ato autorizativo*
 2. *Proteção do adquirido*
 3. *O “próprio” do direito adquirido*
 4. *O próprio do “caso decidido”*
- 28 A revisão de atos administrativos válidos
1. *Incerteza, Risco e Revisão*
 2. *Sentido geral da revisão de atos administrativos*
 3. *A lei legitimadora da revisão de atos administrativos como lei restritiva*
- 29 O princípio do “caso julgado” ou da coisa julgada
1. *“Caso julgado” e atos jurídicos perfeitos*
 2. *“Coisa julgada” e limites temporais*

- 31 **Conflitos de Direitos**
- 32 Estado de direito e Estado de direito ambiental
1. *As razões invocadas para a relativização da segurança jurídica e proteção da confiança no caso decidido administrativo*
 - a) *Reserva de autorização*
 - b) *Reserva de autorização e reserva de direitos fundamentais*
- 33 Efeito de legalização do ato administrativo autorizativo
1. *O problema dos efeitos legalizadores*
 2. *Clarificação jurídico-dogmática do efeito legalizador*
- 36 O problema da invalidade superveniente por mérito e da caducidade por abuso do uso
- 36 O problema da colisão de direitos
1. *Colisão de direitos*
 2. *Indemnização por sacrifício*
- 39 **Conclusões**

PEDIDO DE PARECER

1. O SECOVI-SP solicitou-nos um parecer no sentido de esclarecer as dimensões jurídico-constitucionais dos institutos direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada expressamente garantidos no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Para se compreender o objeto do pedido permitimo-nos registrar a transcrição do texto de consulta (6 de Março de 2012):

O Secovi-SP congrega e representa empresas do mercado imobiliário, responsável pela realização e promoção de empreendimentos imobiliários dos mais variados tipos (incorporações, loteamentos, etc).

Nos últimos anos, várias dessas empresas foram surpreendidas por liminares, tutelas antecipadas e, até mesmo, decisões de mérito, impedindo o início de obras ou sua continuidade em face da superveniência de legislação urbanística ou ambiental, criadoras de maiores restrições do que aquelas vigentes ao tempo das emissões das licenças autorizadoras da execução e implantação dos empreendimentos, sempre com fundamento no princípio de que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Veze há, também, que a superveniência não é de nova norma, mas de novel interpretação à velha norma, mantida esta inalterada em seu texto.

Ao se rebelarem contra a aplicação do novel texto ou da novel hermenêutica, as empresas esbarram na teoria cada vez mais freqüente do SACRIFÍCIO DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA em relação à tutela do ambiente, como se vê no exemplo do v. acórdão do TJSP na Ação Rescisória n.º 690.623-5/0, da Câmara de Meio Ambiente do Egr. Tribunal de Justiça de São Paulo (cópia anexa).

Entende o Secovi-SP que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são cláusulas pétreas de direitos individuais (CF, art. 5.º, inciso XXXVI) a serem respeitados de forma absoluta em qualquer tema ou matéria, sob pena de infringência, também, do direito de propriedade (CF, art. 5.º, inciso XXII) e do princípio de que o sacrifício do direito de propriedade individual em prol de um interesse público depende da prévia e justa indenização em processo expropriatório (CF, art. 5.º, inciso XXIV).

Recentemente, o Egr. Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento de que "... aprovado e licenciado o projeto par construção de empreendimento pelo Poder Público competente, em obediência à legislação correspondente e às normas técnicas aplicáveis, a licença então concedida trará a presunção de legitimidade e definitividade, e somente poderá ser: a) cassada, quando comprovado que o projeto está em desacordo com os limites e termos do sistema jurídico em que aprovado; b) revogada, quando sobrevier interesse público relevante, hipótese

na qual ficará o Município obrigado a indenizar os prejuízos gerados pela paralisação e demolição da obra; ou c) anulada, na hipótese de se apurar que o projeto foi aprovado em desacordo com as normas edilícias vigentes"^{[1][2]}.

Fora dessas hipóteses, a licença administrativa é hígida, devendo ser respeitada integralmente.

O Min. Gilmar Mendes em profundo estudo a respeito do tema "direito adquirido e o Novo Código Civil assim resumiu a jurisprudência do STF: "A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ajuda a compreender a natureza constitucional do princípio do direito adquirido no nosso sistema. Resta evidente que, diferentemente do que ocorre em outros modelos, não há cogitar entre nós da invocação das leis de ordem pública para justificar a incidência imediata de leis novas. É certo, outrossim, que se aplica, entre nós, por força de definição constitucional, a doutrina subjetiva ou do direito adquirido. Em relação aos contratos resta evidente que não se tolera sequer a chamada retroatividade mínima, restando regulados pela lei velha os efeitos futuros dos negócios jurídicos anteriormente celebrados"^[3].

Em face do exposto, o Secovi-SP tem a honra de solicitar ao Ilustre Professor a emissão de seu Parecer de defesa da prevalência do princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, inclusive em matéria urbanística ou ambiental.

O Secovi-SP deliberará, a seu exclusivo critério, pela divulgação ou não do Parecer a terceiros. Optando positivamente, haverá uma ampla circulação a todos seus associados e também à comunidade jurídica brasileira em geral, mediante os mais variados meios, inclusive publicação em volume especialmente dedicado ao tema, juntamente com outros estudos".

2. Estruturar-se-á o parecer em três partes (i) uma destina-se a representar um discurso jurídico-argumentativo global de forma a permitir uma inteligibilidade geral dos vários problemas que se costumam colocar a propósito do âmbito de proteção constitucional dos institutos em causa, ou seja, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; (ii) outra procura fornecer um aprofundamento jurídico-dogmático que se nos afigura indispensável a uma problematização coerente dos tópicos discursivos apresentados na Parte I; (iii) a terceira centrar-se-á na problemática do conflito de direito.

3. Não nos foi submetido à apreciação qualquer caso concreto onde a reproblemática jurídica e dogmática das categorias jurídicas atrás referidas tivesse sido discutida. Isto implica que o trabalho não incida sobre quaisquer atos normativos, sentenças judiciais ou atos administrativos que, direta ou indiretamente, tivessem lesado qualquer pessoa, individual ou jurídica, representada pela nossa Consulente. Neste contexto, o nosso trabalho torna-se, simultaneamente, mais fácil e mais difícil. Mais fácil, porque nos permite analisar os problemas sem qualquer coação utilitária. Mais difícil, porque corremos o risco de fazer generalizações abstratas afastadas dos problemas que se colocam na vida real. De todo o modo, julgamos compreender a razão profunda do pedido de parecer.

[1] STJ. Resp n.º 1.011.581/RS. JE/13.983 (cópia anexa).

[2] STJ. Resp n.º 1.227.328-SP. JE/13.979 (cópia anexa).

[3] MENDES, Gilmar. Anotações sobre o Princípio do Direito Adquirido Tendo em Vista a Aplicação do Novo Código Civil <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/501/502>. Acesso em 21 de janeiro de 2012.

PARTE 1

*DÍCURSO GERAL SOBRE OS INSTITUTOS
DO DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO
PERFEITO E COISA JULGADA*

A ESPECIFICIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: GARANTIA EXPRESSA DOS INSTITUTOS DO DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA

Diferentemente do que acontece com outros ordenamentos constitucionais, os institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada beneficiam de garantia expressa no texto da Constituição Federal do Brasil de 1988. Com efeito, o enunciado linguístico do art. 5.º, XXXVI da CFB transporta um enunciado deontológico de natureza impositiva-proibitiva:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹.

Estes institutos não são desconhecidos, como é óbvio, em outros ordenamentos. Poder-se-á mesmo dizer que eles encontram menção nas leis gerais e em algumas precipitações normativo-constitucionais na maior parte das ordens jurídicas onde se afirma a natureza estruturante do princípio do estado de direito, ou, se se preferir, do princípio da juridicidade estatal. Não raras vezes, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada emergem como institutos concretizadores dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Afigura-se-nos, porém, constituir um caminho hermenêutico sólido, proceder a um enquadramento jurídico-constitucional positivamente ancorado na Constituição Brasileira de 1988. A isso destinamos as considerações subsequentes.

1. Sentido geral dos institutos

1. Como já insinuámos, as categorias de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada são categorias jurídicas enunciadas expressamente em normas de hierarquia constitucional (CF, art. 5/XXXVI). E não se trata de qualquer enunciado textual, mais ou menos programático. Estamos em face de uma norma com um operador deontológico de proibição: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Dada a sua centralidade jurídico-constitucional, a mais recente e categorizada doutrina brasileira tem dedicado ao tema importantes e profundas análises doutrinárias e jurisprudenciais. Em jeito de síntese, a explicação é esta: “a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada é manifestação dos princípios de proteção da confiança e da boa-fé, que, a seu termo, traduzem a eficácia

reflexiva do princípio da segurança jurídica, orientada a determinado sujeito e a determinado caso concreto”². O que está em causa é, pois, a segurança jurídica inerente a qualquer Estado democrático de direito. Noutras palavras rigorosas e sintéticas: a segurança constitucionalmente garantida é a segurança do Direito e segurança pelo Direito, do cidadão frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos capazes de efetivar a segurança como direito individual e como valor social³. As duas seguranças – a segurança do direito e a segurança através do direito – constituem uma qualidade do próprio direito. Quer se trate de um princípio autónomo, quer se trate de um subprincípio do princípio estruturante do Estado de direito, o sentido da segurança é a base da própria inserção comunitária. Um célebre jurista italiano exprimiu com clareza e plasticidade o que está em causa: “ter a certeza ou estar certo do direito não é outra coisa senão a visibilidade dos confins. Para poder exercer a sua liberdade o individuo deve saber aquilo que pode e aquilo que não pode fazer. Que um direito possa ser o meu direito é uma condição para que seja direito, mas não pode ser meu se não for delimitado o espaço que me pertence. O direito ou é certo ou não é direito”⁴.

2. Os “confins” da certeza situam-se no passado, no presente e no futuro. O Estado de direito só pode aspirar a radicar-se como Estado de segurança jurídica quando o direito fornece esquemas normativos sólidos para a segurança de pessoas. Para tornar eficaz essa segurança deve o próprio direito ser seguro. O que é que se entende por direito seguro? As respostas dos cultores do direito apontam, tendencialmente, para a ideia de que o direito seguro apresenta determinadas características reconduzíveis a três elementos estruturantes: fiabilidade (credibilidade), calculabilidade (previsibilidade) e cognoscibilidade (inteligibilidade)⁵.

2. Suspensão reflexiva em torno dos enunciados textuais da Constituição Brasileira de 1988

A doutrina brasileira tem acentuado a ambiguidade do texto constitucional relativamente à intangibilidade das situações individuais previstas no art. 5/XXXVI da Constituição. A razão da explicitação da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada é clara: consolidação jurídica das situações por razões objetivas. O texto constitucional é, porém, bastante equívoco porque: (1) os direitos adquiridos são o género de consolidação jurídica das situações e o ato jurídico perfeito e a sentença que constituiu “caso julgado” ou “coisa julgada” na fonte geradora de direitos consolidados;

¹ Sublinhados nossos.

² Cfr. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, São Paulo, 2011, p. 206. Livro muito importante onde se faz o “estado da arte” sobre o princípio da segurança jurídica.

³ Cfr. Humberto Ávila, *ob. cit.*, p. 204. No direito estrangeiro, vide no mesmo sentido o importante trabalho de Andreas Von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, 2006, p. 102 ss.

⁴ Cfr. Carnelutti, “Certeza, autonomia, libertà, diritto”, citado por A. Von Arnould, *Rechtssicherheit*, p. 127.

⁵ Cfr. Andreas Von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, 2006, p. 104 ss.; Humberto Ávila, *ob. cit.*, p. 125 ss.

(2) em segundo lugar, o ato jurídico perfeito tanto pode referir-se a situações consolidadas por negócios jurídicos particulares como por atos administrativos constitutivos de “caso decidido”; (3) em terceiro lugar, o operador deontológico da proibição não pode restringir-se a normas legislativas, abrangendo outros atos normativos (regulamentos, resoluções de entidades reguladoras)⁶.

De qualquer forma, em termos de aproximação geral, poderemos acolher a síntese excelente de Humberto Ávila: “... a segurança jurídica além de um princípio jurídico, pode manifestar-se como princípio concretizado legislativamente em regra, como é o caso tanto da regra que proíbe a retroatividade tributária quanto da regra que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; um princípio concretizado jurisprudencialmente em regra, de que são exemplos as normas individuais editadas por decisões judiciais que versam sobre a proteção da confiança legítima ou sobre a intangibilidade de situações individuais em razão do longo transcurso do tempo, de uma metanorma de interpretação e aplicação de outras normas [...] um direito subjetivo decorrente da aplicação reflexiva do próprio princípio da segurança jurídica, como são os direitos individuais garantidos pelo Poder Judiciário com base no denominado princípio da proteção de confiança”⁷.

É seguro concluir-se, assim, que, no direito brasileiro, o princípio da segurança jurídica, com as várias modelações jurídico-dogmáticas acabadas de referir, continua a afirmar-se como um princípio estruturante da ordem jurídica brasileira. Podemos mesmo afirmar que, como já antecipamos atrás, na ordem constitucional brasileira, a garantia da segurança jurídica surge reforçada, pois, a Constituição Federal de 1988, diferentemente do que acontece com outros textos constitucionais, deu

acolhimento expresso às categorias jurídico-dogmáticas de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Numa outra obra, também recente, de um jurista brasileiro esclarece-se que a proteção da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido – “triade de proteção liberal”⁸ – “adquiriu” direito de cidade na Constituição de 1934 (art. 113.3), regressou (depois de omitida na Constituição de 1937), à Constituição de 1946 (art. 144.º/3), permaneceu na Constituição de 1967 (art. 153.º/3), vindo a obter consagração explícita na qualidade de “medida específica de garantia da segurança jurídica material” na Constituição de 1988, art. 5, XXXVI. “Esta proteção ao direito adquirido (i), ao ato jurídico perfeito (ii) e à coisa julgada (iii) equivale à garantia constitucional que preserva os cidadãos contra a retroatividade das leis para modificar situações já constituídas, consolidadas ou julgadas no passado”⁹. Referindo-se ao “contribuinte” – mas o mesmo raciocínio vale para outros campos – o autor acrescenta: “A resistência dessa tríade de garantias oferece ao contribuinte proteção contra qualquer ato de Estado. Ora, se até mesmo a lei é vedado modificar o ato jurídico perfeito, que dirá às autoridades administrativas. E, de igual modo, os atos do judiciário”. Numa formulação elegante que pertence ao Supremo Tribunal Federal, poderia resumir-se assim o sentido básico do enunciado deontológico do art. 5/XXXVI da Constituição Brasileira de 1988¹⁰: “A cláusula constitucional de salvaguarda do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada – exatamente porque veiculada em típica norma de sobredireito – visa a dar concreção e efetividade à necessidade de preservação da segurança das relações jurídicas instituídas e estabelecidas sob a égide do próprio ordenamento positivo”¹¹.

DIREITO ADQUIRIDO

1. Breve relance pela doutrina e jurisprudência brasileiras

A tríade – direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada – carece de uma urgente desambiguação de conceitos. Se consultarmos algumas das obras dedicadas ao tema verificaremos que são muitas as dúvidas sobre a caracterização rigorosa de direito adquirido, ato jurídico perfeito e do caso julgado. Vale a pena, por isso, algumas suspensões reflexivas sobre este tema. Começaremos pelos *direitos adquiridos*.

José Afonso da Silva, no curto mas incisivo comentário ao art. 5/XXXXVI¹², começa por salientar o que se acabou de dizer: “a doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido. E esta incerteza é tanto mais de estranhar quando na ordem jurídica brasileira há muito que existe uma definição legal de “direito adquirido”. É de presumir que a Constituição Federal de 1988 tenha tomado em consideração a norma definitiva da lei de Introdução ao Código Civil (LICC) de 1942 (art. 6.º/2): “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício

tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. José Afonso da Silva distingue entre *direito adquirido* e *direito subjetivo*: (i) é um *direito subjetivo* “se o direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada”; (ii) é um *direito adquirido* se não foi exercido, pois se o direito subjetivo, ao vir a lei nova, transforma-se em direito

⁶ Cfr. José Afonso da Silva, “Constituição e segurança jurídica”, in Carmen Lucia A. Rocha (org.), *Constituição e Segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Belo Horizonte, 2004, p. 21 ss; José Carlos Moreira Alves, “Direito Adquirido”, *Forum Administrativo*, 15 (2002), p. 582.

⁷ Cfr. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e reatualização no Direito Tributário*, São Paulo, 2011, p. 670. Os sublinhados são do próprio autor.

⁸ Cfr. Heleno Taveira Torres, *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, São Paulo, 2011, p. 436.

⁹ Cfr. ob. e autor cit., p. 436.

¹⁰ Cfr. ob. e autor cit., p. 437.

¹¹ *Itálicos do texto que transcrevermos de Heleno Taveira Torres, Direito Constitucional*, cit., p. 437, nota 380. A autoria da síntese pertence ao Ministro Celso de Mello (STF, Pleno ADIN, 493/0-DF, 25-06-1992, DJ 04-09-1992).

¹² Cfr. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, 2005, p. 133.

adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade do seu titular, incorporando-se no seu patrimônio, parece ser exercido quando lhe convier”. Por sua vez, Heleno Taveira Torres retoma a crítica à definição da Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro (“incorre naquilo que caracteriza toda e qualquer definição legal: imprecisão e determinação”)¹³, definindo como adquirido “aquele cujo exercício foi autorizado ou vê-se assegurado a partir do fato jurídico, na condição de típico *direito subjetivo*”.

Particularmente importante é a contextualização jurisprudencial feita por José Afonso da Silva, ao citar um extrato de uma decisão do STF, em que a sutileza conceitual do ministro Celso de Mello é de novo exemplar, ao articular direito adquirido e ciclo de formação e ao distinguir entre direito adquirido e simples expectativa: “A questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há-de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno – vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado –, constitui fato capaz de impedir que se complete, legitimamente o processo de aquisição do direito, inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera *spes juris*, a possibilidade de útil evocação da cláusula pertinente do direito adquirido¹⁴.”

2. Âmbito juridicamente protegido do direito adquirido

O excuro antecedente relativo à literatura brasileira sobre o âmbito constitucionalmente protegido de direito adquirido permitiu-nos entrever uma primeira dificuldade na exata compreensão dos esquemas caracterizadores deste direito. *Prima facie*, parece sugerir-se que as situações reconduzíveis a “direito adquirido” estariam mais fortemente protegidas na ordem jurídico-constitucional brasileira de que noutros ordenamentos em que não há uma consagração constitucional expressa. Em primeiro lugar, ao enunciado linguístico – “a lei não prejudicará o direito adquirido...” – pode ser atribuído um significado restritivo, dizendo-se que lá onde não se configurarem “direitos adquiridos” inexistirá qualquer proteção perante a lei nova. José Afonso da Silva parece apontar nesse sentido: “se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou, mesmo, interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime de lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas no seu *iter*, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide¹⁵.”

Este modo de abordar a questão transporta um triplo risco sob o ponto de vista das garantias constitucionalmente garantidas aos particulares: (i) parece menosprezar a indissociabilidade da proteção do “direito adquirido” da proteção constitucional alicerçada no princípio da juridicidade estatal, ao qual é

inerente o princípio da segurança jurídica (e o princípio conexo da proteção da confiança), (ii) parece excluir a medida da proteção do direito adquirido a partir dos *direitos fundamentais* que, em muitos casos concretos, pode exigir uma garantia mais reforçada do que o de um simples “direito adquirido” baseado na lei; (iii) ao articular direito subjetivo e direito adquirido, parece excluir do âmbito de proteção do princípio da segurança jurídica certas *situações juridicamente protegidas* não reconduzíveis a direitos subjetivos.

Mesmo que se considere inquestionável a constatação de que a questão da normatividade da segurança jurídica só pode ser respondida no âmbito de uma ordem jurídico-constitucional concreta, é metodicamente aconselhável não proceder a uma redução apriorística do âmbito normativo de uma norma constitucional de garantias jusfundamentais.

3. Atos constitutivos de direitos e direito adquirido

A doutrina do “direito adquirido deixa em geral por resolver o problema de saber quais são os *atos constitutivos de direitos adquiridos*. E a primeira grande omissão problematizadora regista-se logo em relação aos atos que a nossa consulente tem em vista – *os atos administrativos válidos favoráveis aos particulares*. Poder-se-ia dizer que estes atos estão incluídos nos “atos jurídicos perfeitos” também normativamente plasmados no art. 5/XXXVI da Constituição Federal de 1988. A avaliar, porém, pela caracterização que a doutrina em geral faz do “ato jurídico perfeito” (de resto, na continuação de reiteradas construções dogmáticas) esta reconduzir-se-ia ao negócio jurídico. José Afonso da Silva, retomando a lição de Pontes de Miranda, acentua: “O ato jurídico perfeito, a que se refere o art. 153.º, §§3.º (agora art. 5/XXXVI) é o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpretações, a fixação do prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição com sua eficácia (ato jurídico *stricto sensu*). Menos problemático será, afinal, o enunciado linguístico da Lei de Introdução ao Código Civil quando reputa como ato jurídico perfeito o “ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efectuou”. Este enunciado permite incluir no ato jurídico perfeito não apenas os negócios jurídicos privados mas também os atos administrativos jurídico-públicos. Alguma doutrina prefere incluir estes atos e respectiva problemática no campo dos “direitos adquiridos” ou no campo do “caso julgado”, estendendo a ideia de “caso julgado jurisdicional” ao “caso resolvido” ou “caso decidido” de natureza jurídico-administrativa. Qualquer que seja o enquadramento mais idóneo na ordem jurídico-constitucional brasileira, não deve minimizar-se a centralidade jurídica e dogmática que os atos administrativos constitutivos de direitos assumem no contexto da garantia dos direitos fundamentais e da segurança jurídica dos particulares. A esta complexa problemática dedicaremos o capítulo seguinte.

¹³ Cfr. autor e ob. cit., p. 441.

¹⁴ Sentença STF, Ag Rg no AI, 186-537.1, DJU-1, de 18-02-2003, apud José Afonso da Silva, *Comentário Textual*, cit., p. 134.

¹⁵ Cfr. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual*, cit., p. 134.

PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DIREITO ADQUIRIDO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO

A administração tem várias formas à sua disposição para desenvolver as múltiplas atividades que lhe são destinadas pela lei. Desta pluralidade de “formas de ação” resulta também a necessidade de uma diversidade de abordagens relativamente a questões suscitadas pela garantia da segurança jurídica em geral e do direito adquirido em particular. Todavia, enquanto as formas regulamentares suscitam problemas semelhantes ou dos atos normativos primários (leis, medidas provisórias), designadamente quanto à admissibilidade de normas retroativas, já outras formas – em especial o *ato administrativo* – exigem uma análise mais desenvolvida e específica.

1. Atos administrativos constitutivos de direitos

1.1 O domínio em que o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança e a regra da garantia do direito adquirido se perfilam com maior resistência perante os atos da administração é o da *revogação de atos administrativos válidos favoráveis aos particulares*. As razões que levam, nestes casos, as leis, a jurisprudência e a doutrina a dar mais robustez jurídico-constitucional aos princípios constitucionais referidos – segurança jurídica e proteção da confiança – e à regra específica da proteção do direito adquirido são basicamente três: (i) em primeiro lugar, não pode ser invocado pela administração, ao contrário do que acontece na anulação de atos ilegais, o dever de obediência ao princípio da legalidade; (ii) em segundo lugar, dada a força de estabilidade do ato administrativo, deve considerar-se que a eventual superveniência de fortes considerações dos interesses públicos atuais só poderá legitimar a revogação de atos favoráveis ao particular mediante justa indemnização pelos danos resultantes dessa revogação; (iii) a proteção da confiança não raro está associada à proteção de direitos, liberdades e garantias, o que significa deverem as eventuais intervenções restritivas obedecer ao princípio da proibição do excesso nos seus vários elementos constitutivos (necessidade, adequação e proporcionalidade)¹⁶.

1.2 Das considerações antecedentes resulta já a nossa divergência relativamente às posições que defendem a livre revogabilidade de atos administrativos favoráveis, com base na ideia de que a *atualização do interesse público* legitimará sempre essa revogabilidade. Em alguns sistemas jurídicos, prevê-se que esta revogabilidade, a existir, pressupõe, como *condições necessárias*, a verificação de causa de revogação específica (prevista na lei ou em atos regulamentares) ou que tenha sido posta no próprio ato administrativo.

1.3 Costuma também invocar-se a possibilidade de revogação resultante de *modificações de situações de fato e de direito* subjacentes à prática do ato administrativo. Tratando-se, como se trata, de atos administrativos favoráveis aos particulares, compreendem-se as cautelas na definição normativa dos *pressupostos* que, em geral,

aponta para a verificação *cumulativa*: (i) da *autorização* legal concedida à administração à não emanação do ato quando verificados fatos posteriores ou novos preceitos jurídicos; (ii) da existência de interesse público, gravemente posto em perigo sem a revogação do ato; ou (iii) *interesse público urgente* legitimador da revogação considerada indispensável para eliminar ou evitar o grave prejuízo para o bem comum.

1.3 Mesmo com estas cautelas, ainda não estão resolvidos todos os problemas. É que a revogação em nome do *interesse público* não isenta a administração de pagar uma justa indemnização pela violação dos direitos fundamentais eventualmente afetados pela violação da confiança digna da tutela. Se, nos casos da existência de cláusula expressa de revogação ou de incumprimento de cláusula de modo, não se coloca o problema desta proteção ressarcitória, já nos casos analisados de revogação por razões de interesse público considera-se que o direito à indemnização deve considerar-se como indemnização por *expropriação* ou pelo *sacrifício*¹⁷ (Vide *infra*, Parte III, cap. 4.º - 2).

1.4 Não é apenas o universo subjetivo da revogação de atos administrativos favoráveis que merece ser aqui problematizado direta e indiretamente. É que o problema da revogabilidade acabou por contribuir para o aparecimento da categoria de *direitos adquiridos* e de *atos criadores de direitos*. De alguma forma, o carácter constitutivo de direitos perfila-se como causa ou justificação da irrevogabilidade do ato. É lógica esta articulação: a *situação adquirida* e a criação de um *direito* com base nesta situação radica nos *efeitos individuais* produzidos pelos atos administrativos. A doutrina francesa insiste nesta noção de “*droits acquis*”: os direitos adquiridos configuram-se como direitos à manutenção de uma *situação adquirida*, materializada autonomamente pelo exercício jurídico de faculdades concretamente radicadas num ato administrativo¹⁸. Esta compreensão não se confinou à *doutrina* do direito público. Também a jurisprudência tem afinado a conceção de “*direitos adquiridos*”. O *Conseil d'État* francês definiria os parâmetros de atuação da administração: *os atos administrativos válidos* não podem ser revogados se e na medida em que forem *atos constitutivos de direitos*¹⁹. Como talvez se poderá intuir, estamos perante uma das

¹⁶ Assinalando com rigor a articulação do princípio da proteção da confiança com a defesa de direitos fundamentais, veja-se Kyriell-A. Schwarz, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden-Baden, 2002, p. 258 ss. No direito brasileiro, cfr. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, cit., p. 343 ss.

¹⁷ Vide Hartmut Maurer, “Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten”, *Fest. Richard Boorberg*, Stuttgart, 1997, p. 223 ss.

¹⁸ Veja-se a excelente tese de Constantin Yannopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, 1997, p. 207 ss.

¹⁹ A doutrina, ao sistematizar a jurisprudência do *Conseil d'État*, insere na ampla categoria de atos criadores de direitos: decisões de nomeação e promoção na função pública, atos autorizativos (de construção, demolição, criação de uma central nuclear, apresentação a exames e concursos), atribuição de subsídios, anulação de sanções disciplinares, atos de reconhecimento da existência ou extensão de direitos pre-existentes (atestados, verificações, cutifiações, delimitação do domínio público).

problemáticas justificadoras do presente parecer. Vale a pena, por isso, aprofundarmos a nossa suspensão reflexiva.

1.5 A doutrina jusadministrativa é quase unânime em considerar o ato administrativo como a forma de ação legalmente conformada e vinculadamente disciplinada pelo princípio da juridicidade estatal que, em termos práticos, define as relações jurídicas entre o Estado e os particulares²⁰. O ato da administração torna-se eficaz com a sua emanção e desenvolve depois do decurso do prazo de impugnabilidade a força de “caso decidido” ou “caso resolvido”. A doutrina alemã alude aqui a *Bestandkraft*.

Não admira, por isso, que o particular possa contar com a decisão de um ato administrativo que lhe é favorável e, conseqüentemente, poder dispor de “direitos” constituídos por esse mesmo ato. A função do ato administrativo consistiria em concretizar e estabilizar as relações entre Estado-administração e os particulares²¹. De um modo mais rigoroso, poderemos dizer que o conteúdo regulatório de um ato administrativo favorável transporta as seguintes dimensões: eficácia, força de “caso decidido” ou de “caso resolvido” e efeito vinculante²². Mas a “história” do ato administrativo não é apenas a da sua evolução sistematicamente “concretizadora” e “estabilizadora”. Dir-se-ia até que, nos finais do séc. XIX e nos começos do séc. XX, a doutrina e jurisprudência dominantes era no sentido contrário, ou seja, a da livre revogabilidade dos atos administrativos, mesmo quanto favoráveis ao particular e respeitadores da lei vigente. As fórmulas correntes eram estas: “qualquer ato administrativo pode, em princípio, ser retirado pela autoridade que o praticou ou, o que é a mesma coisa, ser anulado pelo seu superior”, a “administração tem sempre a faculdade de retornar aos seus atos e revogá-los²³.”

2. Da “livre revogabilidade” para a irrevogabilidade”

Sendo assim, como é que surge a doutrina dos atos constitutivos de *direitos*? As vias que conduziram à forte acentuação dos efeitos atrás mencionados – “eficácia”, “força de caso decidido” e “vinculatividade” – foram basicamente duas: (1) submissão ao princípio da juridicidade do próprio exercício de “poderes discricionários” da administração; (ii) aprofundamento jurídico do sentido de “conceitos opacos” utilizados pela doutrina como eram os de “interesse público”,

²⁰ Cfr., por exemplo, a sofisticada doutrina alemã: H. Maurer, “Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz”, in *Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Vol. IV, 3ª ed., Heidelberg, 2006, p. 440*; Ch. Bumke, “Verwaltungsakte”, in *Hoffman-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, II, p. 1034 ss.*

²¹ Cfr. H. Maurer, “Kontinuitätsgewähr...”, cit., p. 441.

²² Cfr. Bumke, “Verwaltungsakte”, cit., p. 1056 ss., que alude a “Wirksamkeit” (eficácia), “Bestandkraft” e “Bindungswirkung”

²³ Note-se, porém, que esta doutrina não deixava já de estabelecer restrições à revogação de atos perfeitos, eficazes e originariamente válidos.

²⁴ Pela natureza deste trabalho não nos foi possível estudar a história dos atos administrativos constitutivos de direito no Brasil. Continua a ser incontornável a leitura de Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário, Rio de Janeiro, 1957, p. 195 ss.*

²⁵ Ex: proteção das prestações de reforma aos rendistas a partir de uma compreensão de “propriedade social”. Isto é acentuado pela doutrina mais moderna. Cfr. Herman-Josef Blanke, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 2000, p. 51 ss.; Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, cit.; Heleno Taveira Torres, *Direito Constitucional*, cit., p. 554 ss.

²⁶ Cfr. Ch. Bumke, “Verwaltungsakte...”, cit., p. 226.

²⁷ Estamos a trabalhar com as causas de revogação expressamente consagradas no Código de Procedimento Administrativo Alemão. Isso não significa que tenham sido acolhidos no ordenamento brasileiro.

“legalidade” e “mérito”. De uma forma lenta mas sustentada, jurídica e dogmaticamente, impôs-se o ónus de justificação da revogação e os seus limites: (i) quando e como este poder revogatório é suscetível de ser exercitável, em termos concretos e válidos; (ii) insuperabilidade dos limites dos direitos subjetivamente radicados na esfera jurídica do particular (“direitos adquiridos”) pelo ato administrativo.

Perante a “história” da livre revogabilidade dos atos administrativos – sobretudo dos chamados “atos autorizativo de polícia” –, não é de excluir que também ela seja uma história extensiva ao Brasil²⁴. A reiterada repetição, nos textos constitucionais, de garantia do “direito adquirido”, parece revelar que a discricionariedade da “livre revogabilidade” começou a encontrar neste “adquirido” um verdadeiro limite jurídico-constitucional. Daí o trânsito da “revogabilidade livre” para a irrevogabilidade: os atos atributivos de uma situação jurídica cujo conteúdo seja o da conformação e constituição de direitos públicos ou privados (caso dos atos autorizativo) são, em princípio, irrevogáveis. A “irrevogabilidade dos atos constitutivos de direitos” passa a incorporar materialmente a *juridicidade estatal* e a densificar os princípios a ela ligados de *segurança jurídica e da proteção da confiança*. Mais do que isso: a segurança jurídica e a proteção da confiança poderão ser mesmo dimensões intrínsecas de alguns *direitos fundamentais* e não apenas refrações do princípio da juridicidade estatal²⁵.

3. Atos administrativos favoráveis e “caso decidido”

Como já se acentuou, esta garantia reforçada – em termos de juridicidade e em termos de jusfundamentalidade – diz sobretudo respeito aos *atos administrativos favoráveis* com os seus efeitos típicos: *eficácia, força de caso decidido e força ou efeito vinculante*. Daí a conclusão formulada por um jurista contemporâneo: “a força de caso decidido de um ato administrativo favorável é alta”²⁶. Se é “alta” a “força de caso decidido” isso significa que, em princípio, não existe livre revogabilidade por parte da administração. Isto não significa a inexistência de limites à força de caso decidido. Os “códigos de procedimento administrativo” que vão sendo publicados em diversos países contêm *cláusulas de revogabilidade* dos atos administrativos favoráveis e da observância deles fazem depender a revogação. O fato ser a lei a individualizar as *causas de revogação* indicia logo que a ponderação entre os interesses públicos e os interesses particulares é feita a nível geral e abstrato pelo legislador. Em geral, as causas de revogação legalmente previstas reconduzem-se²⁷: (1) aos casos de aposição expressa de *reserva de revogação* em que sobrevenham razões objetivas justificadoras do acionamento desta reserva; (ii) aos casos de incumprimento de *cláusulas modais* por parte do beneficiário do ato ou de não cumprimento tempestivo, exigindo-se, de qualquer forma, a observância dos princípios da proporcionalidade; (iii) tenha havido modificações da situação de fato e de direito que o ato tinha por base; (iv) nos casos em que o interesse público seria gravemente posto em perigo sem revogação; (v) a revogação é indispensável para eliminar ou evitar um grave prejuízo para o bem comum.

É visível a existência de vários graus de prestação da confiança e do “direito adquirido”. O que se deve relevar é a dupla garantia da proteção de confiança. Em primeiro

lugar, restringe-se a revogabilidade a determinadas causas ou fundamentos (proteção abstrata); em segundo lugar, impõe-se uma *proteção compensatória da confiança*, no caso de os atos administrativos favoráveis só poderem ser revogados mediante indemnização ou compensação económica do sacrifício (proteção concreta da confiança com proteção compensatória)²⁸.

4. Atos administrativos favoráveis e localização jusfundamental

Uma parte da doutrina – sobretudo da doutrina jusadministrativista – procura discutir o problema da revogação de atos administrativos favoráveis a partir da dogmática do ato administrativo, sem ter em conta as importantes dimensões constitucionais que a garantia do “direito adquirido” e dos “atos constitutivos de direito” têm subjacente. Desde logo, a tomada em consideração

do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança implica a localização do problema a nível constitucional porque, direta ou indiretamente, está sempre em causa o princípio da juridicidade estatal (Estado de direito). É, necessário, porém, salientar que o “sistema de direitos fundamentais” também é constitutivo da juridicidade e pode justificar soluções não intrinsecamente cobertas pelo princípio do Estado de direito. Não deve esquecer-se, com efeito, que a autorização legal da revogação de um ato favorável constitutiva de direitos pode representar uma *restrição jusfundamental*²⁹. Precisamente por isso, esta restrição deve ter em conta a observância do princípio das leis restritivas de direitos (observância do princípio da proporcionalidade, proibição de retroatividade, exigência de abstração e generalidade) e ser “medida” em conformidade com as normas jusfundamentais relativas aos direitos em causa.

A RELATIVIZAÇÃO DO EFEITO DE “CASO DECIDIDO”, DO ATO ADMINISTRATIVO E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Até este momento preocupámo-nos com o ato administrativo válido favorável ao particular (“constitutivo de direito”, “fundamentador de direito adquirido”). Não tivemos em conta outro tipo de atos em que a segurança jurídica e a proteção da confiança não justificam a intensidade garantística reconhecida aos atos administrativos favoráveis e válidos. Impõem-se, apesar de tudo, algumas indicações jurídico-dogmáticas para balizarmos melhor o enquadramento feito quanto à estabilidade dos atos administrativos.

1. Atos administrativos nulos

A problemática do ato administrativo inválido criador de fato consumado tem sido analisada na recente doutrina jusadministrativista. Relativamente aos atos da administração válidos e favoráveis, o princípio geral da segurança jurídica aponta, como vimos, para ideia de “caso decidido”. A doutrina mais moderna prefere falar de *força de estabilidade formal* quando um ato administrativo não pode ser impugnado por qualquer meio jurídico legalmente previsto. Neste sentido, os atos administrativos que se tornaram inimpugnáveis representariam uma situação consolidada, aludindo-se a “casos decididos” ou “casos resolvidos”³⁰.

Os problemas principais quanto à tendencial estabilidade dos atos administrativos relacionam-se com os atos administrativos ilegais, sobretudo com os atos de gestão urbanística que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas. Em alguns casos, estes atos de gestão urbanística ficam sujeitos ao regime geral da nulidade dos atos administrativos, entendendo-se que: (i) a nulidade é invocável a todo o tempo; (ii) o ato nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos independentemente da declaração de nulidade; (iii) a nulidade pode ser invocada por qualquer interessado; (iv) o ato nulo não é suscetível de ratificação,

reforma ou conversão (princípio da insanabilidade dos atos nulos). O problema que suscita mais dificuldades tem a ver com a *jurisdicização de situações provocadas* por atos nulos. É que, em alguns ordenamentos jurídicos, a ausência de produtividade jurídica do ato nulo não prejudica ou não implica necessariamente a possibilidade da atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de fato decorrentes de atos nulos por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais do direito. A atribuição de certos efeitos jurídicos indicia que, não obstante a radicalidade e severidade das consequências jurídicas inerentes ao vício de nulidade, o ato nulo não corresponde a um “não ato administrativo” ou a um “ato administrativo inexistente”. E a razão é simples: “associadas ao ato nulo podem existir situações de fato produtoras de efeitos materiais necessariamente imputáveis a este mesmo ato”. Por outras palavras: ao abrigo do ato nulo, e não obstante a improdutividade jurídica de efeitos típicos do ato, consolidam-se situações que, não raras vezes, têm uma grande relevância material e jurídica. É o caso, como dissemos, de atos administrativos de gestão urbanística ilícitos autorizativos de o particular realizar operações urbanísticas. O ato autorizativo é improdutivo, mas, de fato, não impediu a consolidação de operações de loteamento e correspondentes obras de urbanização, as edificações construídas, as vendas a terceiros adquirentes. Estas situações – e é isto que importa – foram criadas em muitos casos sem qualquer cumplicidade ilícita dos particulares que se limitaram a depositar confiança nos atos da autoridade que praticou os atos nulos. Consequentemente, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança não podem

²⁸ Assim, precisamente, H. Maurer, “Kontinuitätsgewähr...”, cit. p. 448.

²⁹ Esta observação pode ver-se em H. Maurer, “Kontinuitätsgewähr...”, cit., p. 449.

³⁰ Cf: Humberto Avila, *Segurança Jurídica*, cit., p. 444 ss.

deixar de implicar que o direito recorte dimensões jurídicas relevantes ligadas aos efeitos materiais produzidos por ou ao abrigo de atos administrativos nulos”. As situações reais que a vida prática nos oferece reconduzem-se ao seguinte esquema: os “particulares com base nos licenciamentos que lhes são concedidos e cuja validade não questionam acabam por exercer a atividade que supõem estar legalmente habilitados, provocando assim a criação de situações de fato que, não obstante serem censuráveis ao ordenamento jurídico, vêm afinal consolidar-se no mundo real, desde que a nulidade não seja declarada antes dessa situação de fato”³¹. Por outras palavras: o indivíduo que confiou no ato administrativo e por ele orientou o planeamento da sua atividade, correria o risco de “o seu investimento, em vez de orientado e respeitado pelo Direito, transformar-se-ia em jogo de azar”³².

Humberto Ávila individualiza com rigor os elementos compensadores da “ilicitude da base da confiança”: “quanto maiores forem a aparência de legitimidade do ato, a influência comportamental dele decorrentes, a proximidade com o Estado, a onerosidade gerada pela sua aplicação e a durabilidade da sua eficácia no tempo, tanto maiores serão as razões para a sua manutenção”³³.

2. Atos precários e atos provisórios

A pergunta da nossa Consulente pode estar também relacionada com o problema, bastante atual, do crescente recurso por parte da administração à modalidade de *atos precários* e de *atos provisórios*. Ambos estes atos, em regra justificados pela prossecução do interesse público, permitem (e, por vezes, exigem nos termos da lei) à administração a prática de “ato ulterior regulador da situação inicialmente definida a título provisório ou precário”³⁴. Este último define juridicamente “situações materiais, produzindo efeitos externos – o que significa tratar-se de ato administrativo para todos os efeitos – mas com a possibilidade de a administração poder alterar a regulação estabelecida fixando outro conteúdo. Note-se, porém: o ato precário define, de forma inovadora, uma situação jurídica concreta, produzindo efeitos jurídicos externos.

Por sua vez, o *ato provisório*, tendo em conta a defesa do

interesse público e perante a insuficiência do esclarecimento dos fatos, leva o órgão administrativo competente a tomar imediatamente uma decisão assente na averiguação sumária dos fatos relevantes³⁵. Estabelece, por isso, uma primeira regulação da situação individual e concreta em causa com eficácia jurídica externa, embora haja necessidade de uma decisão ulterior sobre esta situação assente num juízo de certeza dos pressupostos dos fatos respetivos.

O recurso à prática de atos precários e de atos provisórios por motivos relevantes – que, note-se, são sempre atos administrativos com efeitos externos –, não deve ser entendida como expressão de um poder discricionário livre do direito. A qualificação jurídica como *ato administrativo* não é posta em causa pelo fato de estes atos não preencherem uma característica julgada como típica dos atos administrativos – *a força de caso decidido*³⁶. Dir-se-á que a precariedade e a provisoriedade legítima a modificação ou alteração do ato inicialmente definidor. Associada a esta ideia, avança-se para uma outra consideração referente ao ato administrativo precário que é a de ele conter ou pressupor sempre uma *reserva de revogação* (cláusula acessória), ou, segundo outros autores, uma *condição resolutiva*. Em termos aproximados, mas não idênticos, os atos *provisórios*, ou seja, o ato que pressupõe sempre um novo ato fundado no apuramento definitivo dos pressupostos, transportaria também a lógica de ato administrativo subordinável a uma cláusula acessória (termo, modo, condição).

O fato de estes atos revestirem natureza específica, isso não significa que eles deixem de garantir posições jurídicas substantivas dos particulares. Desde logo, também os atos precários e provisórios têm de respeitar os princípios jurídicos fundamentais vinculativos da administração pública – princípio da justiça, da igualdade, da imparcialidade e da proporcionalidade. A inobservância destes princípios implicará *ilegalidade* e possibilidade de anulação judicial dos atos. Além destas vinculações materiais, existem sempre outras vias específicas de defesa dos particulares, como, por exemplo, recurso pela não comissão de ato definitivo, ação para o reconhecimento de um direito ou interesse fundado em ato provisório ou ato precário, ação de responsabilidade extracontratual da administração por fatos ilícitos.

³¹ Transcrevemos Pedro Gonçalves / Fernanda Paula Oliveira, “O regime da nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística que investem os particulares no poder de realizar operações urbanísticas”, *RevCedoua*, 2 (1998), p. 17.

³² Cfr. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 453.

³³ Cfr. Humberto Ávila, *ob. cit.*, p. 453.

³⁴ Cfr. Filipa Calvão, *Atos Precários e Atos Provisórios no Direito Administrativo*, Porto, 1998, p. 22.

³⁵ Cfr. Filipa Calvão, *ob. cit.*, p. 28.

³⁶ Cfr. Filipa Calvão, *ob. cit.*, p. 39 ss.

PARTE 2

APROFUNDAMIENTO JURÍDICO-DOGMÁTICO

1. Ato autorizativo

Não devemos esquecer que os Consulentes lidam no seu quotidiano com importantes questões relacionadas com os chamados *atos administrativos*. Como ensina a doutrina do direito administrativo mais atual, os atos autorizativos (licença de construção, licença de implantação de instalações industriais e comerciais, licença de loteamento), visam remover a proibição ou condicionalismos impostos pela lei relativamente ao exercício de determinada atividade. Os efeitos jurídicos ligados aos atos autorizativos são particularmente relevantes. Desde logo, o *efeito declarativo* dado que a administração declara assertivamente que o projeto apresentado pelo particular não se encontra em desconformidade com as normas legais e demais preceitos aplicáveis. Por outro lado, assinala-se também o *efeito autorizativo* propriamente dito: a administração dá permissão ao solicitado pelo requerente. Em terceiro lugar, alude-se a *efeitos em relação a terceiros*, dado que muitos atos autorizativos produzem em alguns domínios (ambiente, urbanismo, construção) efeitos não apenas em relação ao requerente, mas também em relação a outros particulares (relações poligonais ou multipolares). Finalmente, os atos administrativos podem ter também *efeitos justificativos ou preclusivos* – “efeito de legalização” – legitimadores da exclusão de posições jurídico-privadas de terceiros (desde que não titulados por título especial de direito privado)³⁷. Por outras palavras porventura mais explícitas: as licenças (ex. urbanísticas e de construção) recortam-se em termos estritamente urbanísticos e, por isso, são promulgadas, legalizando a posição jurídico-administrativa dos requerentes sem prejuízo de direitos privados. De qualquer forma, cumpre salientar que ao efeito legalizador é associado um *efeito de preclusão formal* eventualmente excludente de oposições e reclamações, e com efeito de *preclusão material* excludente da possibilidade de impugnação contenciosa após o decurso do prazo que o torna inimpugnável. Perante este último efeito, a doutrina assinala a íntima relação entre o efeito preclusivo e a proteção de “situação adquirida” (*Bestandschutz*), na base da qual é visível a ideia de proteção dos operadores económicos. Daí que o “ato autorizativo” seja considerado por uma parte da doutrina como um “forte escudo de proteção” de uma situação estabilizada do particular, ou seja, da posição jurídica radicada na autorização administrativa. Os fundamentos constitucionais desta posição também seriam claros: *princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança* associados quer ao princípio do estado de direito, quer a determinados direitos fundamentais³⁸ (direitos de propriedade, direito

adquirido, iniciativa económica). Aqui vem radicar também uma das mais complexas questões do direito público atual – a de saber se os efeitos do ato autorizativo não terão de ser relativizados em virtude das condições de *incerteza* que rodeiam a atuação das entidades administrativas (e de outras autoridades públicas como o legislador e o judiciário). Cremos ser outro dos aspetos que estão subjacentes à consulta que nos foi formulada. A isso destinaremos os aprofundamentos dogmáticos subsequentes.

2. Proteção do adquirido

A discussão atual enfrenta dois problemas fundamentais: (i) o de saber se existe uma *crise* da força de caso decidido do ato administrativo por motivos da necessidade de atualização permanente do interesse público, tendo sobretudo em conta as situações de *incerteza e de risco* em que muitas vezes são praticados os atos da administração (planos da tutela ambiental, segurança dos cidadãos); (ii) admitida a possibilidade de revogação de um ato, como é que ela deve ser modelada, de forma a salvaguardar legítimos interesses e direitos dos particulares (sobretudo através do pagamento de direitos de indenização).

Neste específico contexto, alguma doutrina – a começar pela brasileira onde, como se registou atrás, há muito tempo se protege, de forma expressa e em termos constitucionais e legais, os direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito – levanta objeções constitucionais à relativização da “força de caso decidido” do ato administrativo. Como vimos, esse problema está presente na estruturação da categoria de direitos adquiridos. Existem trabalhos monográficos dedicados expressamente ao tema³⁹. Mesmo perante a mudança das circunstâncias legitimadoras da atualização do interesse público, coloca-se a questão de saber como e em que termos a *proteção do adquirido* (*Bestandschutz*, na terminologia alemã), estritamente ligada ao princípio da segurança e da confiança, continuará a ter “direito de cidade” no Estado de direito democrático. Convém, em primeiro lugar, proceder a uma breve desambiguação da categoria de *proteção do adquirido* (próxima da ideia de direitos adquiridos referida atrás). Em termos tendenciais, pode dizer-se que se trata de uma posição juridicamente garantida, com base na constituição e na lei, merecendo relevância as seguintes traços: (i) direito de poder manter e utilizar aquilo que se radicou subjetivamente (o adquirido); (ii) direito de utilizar esse poder sem modificações fáticas e jurídicas; (iii) direito de indemnização perante atos modificativos da autoridade justificados pelo exercício de deveres de proteção do interesse público.

3. O “próprio” do direito adquirido

Na argumentação desenvolvida nos capítulos anteriores procurou-se já conferir um sentido útil à garantia constitucional do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro. Em

³⁷ Abstemo-nos de outros desenvolvimentos, mas importa notar que nos atos autorizativos (ex: licenças de construção) ressalva-se o direito de propriedade e outros direitos de terceiros.

³⁸ Cfr. H. Maurer, *ob. cit.*, p. 450.

³⁹ No direito português pode ver-se Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do ato autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra, 2007.

jeito de síntese conclusiva, tentaremos ainda resolver algumas questões que não ficaram suficientemente problematizadas. Uma delas refere-se à articulação do direito adquirido com a irrevogabilidade dos atos administrativos válidos favoráveis ao particular. Alguma doutrina regista aqui um irritante círculo vicioso: o ato administrativo é irrevogável porque é um ato constitutivo de direito e é por ser um ato constitutivo de direito que é irrevogável. Em rigor, o que é “próprio” de um direito adquirido? Se seguirmos a doutrina francesa – aquela que mais tem trabalhado a noção de “Droits Acquis”⁴⁰ – a pista para a descoberta da ideia de direito adquirido reside não tanto na intangibilidade do ato mas na intangibilidade dos *efeitos individuais do ato administrativo*. Isto significa que (i) os direitos radicam-se subjetivamente como adquiridos pelo seu exercício, pela sua materialização temporal; (ii) donde resulta uma *situação adquirida* resultante do exercício de faculdades proporcionadas por um ato jurídico; (iii) daqui deriva que a situação adquirida ganha *autonomia* relativamente ao ato administrativo que lhe deu fundamento; (iv) podendo, assim, configurar-se os direitos adquiridos como *direitos à manutenção* de uma situação adquirida, que evolui no tempo dentro dos quadros administrativos institucionalizados. São estas dimensões que constituem o “próprio” do direito adquirido. Note-se que este “próprio” não resulta apenas de atos administrativos. Ele pode resultar diretamente da lei e de *situações jurídicas contratuais* (ex: direitos relacionados com concessões). Se isto é o “próprio” do direito adquirido e depois das considerações desenvolvidas nas páginas anteriores, as questões que subsistem são fundamentalmente duas: (1) haverá direito à manutenção do ato administrativo “constitutivo” de direitos definidos como direito à *manutenção* de uma *situação jurídica concretizada e adquirida*? (2) os direitos associados a esta situação jurídica concretizada e adquirida são direitos imunes a *esquemas de ponderação*? A resposta à primeira questão é afirmativa. A resposta à segunda questão, justifica outros aprofundamentos (Parte III) porque todos os direitos – desde os direitos fundamentais aos direitos adquiridos que podem não ser fundamentais – estão sujeitos a um sopesar de custos e benefícios, de razões e de interesses, de princípios e bens. Numa palavra: a estabilização de uma situação jurídica concretizada e adquirida pressupõe, ela própria, a sujeição a *regras de conflitos*. Voltaremos mais tarde a este problema.

4. O próprio do “caso decidido”

Já atrás tivemos também oportunidade de analisar algumas das dimensões do caso decidido. Importa, porém, reforçar a aproximação dogmática a tal instituto.

Do que verdadeiramente se trata é saber se ao “caso resolvido” ou “caso decidido” pela administração deve ser reconhecido um *efeito de imutabilidade* e de um *efeito preclusivo* semelhante ao das sentenças jurisdicionais. Por outras palavras: poderá estruturar-se um instituto de “caso decidido” por ato administrativo nos mesmos moldes em que se configura o instituto do caso julgado por efeito de sentença proferida pelos órgãos jurisdicionais?

O “caso julgado” ou “coisa julgada” supõe a “incontrovertibilidade da situação jurídica, tal como surge fixada pelo juiz da sentença”. E a incontrovertibilidade

pode ser analisada sob dois pontos de vista, ou seja, sob o ponto de vista dos titulares da função jurisdicional e sob o ponto de vista das partes: (1) sob o ponto de vista dos efeitos da sentença sobre os próprios titulares da função jurisdicional, impedindo que qualquer tribunal se venha a pronunciar de futuro sobre a questão de mérito, que já foi decidida (devendo proferir absolvição da instância com base o impedimento processual representado pela existência de caso julgado; ainda sob o ponto de vista da vinculação dos titulares da função jurisdicional vinculando qualquer tribunal a aplicar a definição transitada em julgado, no caso de a questão por ela decidida se apresentar envolvida em distinta controvérsia que perante ela venha a ser colocada (*ne bis in idem*), (2) sob o ponto de vista das partes, pois o conteúdo da sentença definiu as respetivas posições substantivas, regulando-as para o futuro quanto ao bem controvertido em tribunal⁴¹.

A doutrina mais representativa rejeita a equiparação do “caso resolvido” administrativo à “causa julgada” jurisdicional⁴². Apesar disso, é vulgar aludir-se a força de caso decidido (“*autorité de chose décidée, Bestandskraft*”) em sentido *formal* e de “caso decidido” em sentido *material*. Trata-se, no fundo, de recortar a “força de estabilidade” para exprimir, por um lado, a impugnabilidade do ato administrativo por qualquer meio legalmente previsto. Associada à “força de estabilidade” surgiu a categoria dogmática de força de caso decidido (*Rechtskraft*): os atos administrativos que se tornaram inimpugnáveis representam uma situação jurídica consolidada⁴³.

Aqui, o que se pretende analisar é a estabilidade dos efeitos produzidos por um ato administrativo. Por outras palavras: será admissível a produção pelo ato administrativo de um efeito de imutabilidade ou de eficácia preclusiva semelhante àquele que é atribuído às decisões jurisdicionais? Realça-se já que este efeito de estabilidade não se coloca de igual modo para todo e qualquer ato administrativo. Em geral, a doutrina alude à força de “caso decidido” ou caso “resolvido” relativamente ao ato administrativo tornado irrecorrível ou inopugnável. A irrecorribilidade e inopugnabilidade resultam, em regra, da falta de contestação da validade junto das próprias autoridades administrativas ou junto dos tribunais. O “caso decidido” ou “caso resolvido” diz respeito ao exercício da *função administrativa* enquanto o *caso julgado* é o resultado típico de um julgamento realizado no exercício da função jurisdicional. A nota típica do ato administrativo reside na sua função juridicamente conformadora e é nesta função conformadora que entronca a possibilidade de *revogação*. Todavia, esta função conformadora não basta para neutralizar a característica específica de um ato administrativo – a *força de caso decidido (Bestandskraft)* – reconduzível à ideia de que este ato não pode ou não deve ser revogado. Esta força de caso decidido pode

⁴⁰ Cf: Constantin Yannapoulos, *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*, Paris, 1997, p. 297.

⁴¹ Cf: M. Aroso de Almeida, *Sobre a Autoridade do Caso Julgado das Sentenças de Anulação de Actos Administrativos*, Coimbra, 1994, p. 12 ss.

⁴² Cf: R. Schwartzberger, *L'Autorité de Chose Décidée*, Paris, 1969.

⁴³ Vide Bunke, *Verwaltungsakt*, cit., p. 1138.

ser maior ou menor, justificando-se a análise cuidadosa dos pressupostos e limites da revogabilidade de um ato administrativo. A estabilidade formal ou seja, a inopugnabilidade, não constitui pressuposto do caso

julgado material. Todavia, a partir do momento em que o ato ganha a qualificação de *inopugnável*, considera-se que ele define simultaneamente a *estabilização do interesse público em elevado grau*⁴⁴.

A REVISÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS VÁLIDOS

1. Incerteza, risco e revisão

Uma das questões colocadas pela consulente é a de saber em que medida a tríade – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – pode ser perturbada pelas situações de *incerteza e risco* crescentemente presentes na conformação de uma ordem jurídica. O tema mais insistentemente convocado é o da *crise da força de caso decidido do ato administrativo* e dos próprios *direitos adquiridos*. De uma forma genérica, invoca-se o *interesse público* e a sua permanente necessidade de *atualização*⁴⁵. Neste sentido, realça-se também a importância da chamada *revogação abrogatória* entendida pela doutrina contemporânea como ato administrativo dotado de eficácia *ex nunc* através do qual uma autoridade administrativa, depois de ter apreciado a oportunidade ou conveniência para o interesse público dos efeitos atuais de um ato administrativo prévio, decide extinguir esses efeitos, prescindindo de disciplinar a relação jurídico-administrativa regulada por esse ato, por supor que desse modo serve mais adequadamente o interesse público atual⁴⁶.

2. Sentido geral da revisão de atos administrativos

Assinala a doutrina que este tipo de ato⁴⁷ insere-se numa constelação mais complexa e extensa tradicionalmente designada por atos de *revisão*. A teleologia dos atos de revisão é esta: um ato (o “ato de revisão”, “ato administrativo secundário”, “ato administrativo de segundo grau”) reaprecia um ato administrativo anterior (ato administrativo de primeiro grau) porque, a administração, ao proceder a uma avaliação atual do interesse público, considera que a manutenção dos efeitos do ato revogado é inconveniente para esse mesmo interesse público (por alteração das circunstâncias de fato e de direito ou pela indispensabilidade de atualização do referido interesse público). Daqui resulta que, em princípio, a *revisão* (ato administrativo) incide sobre *atos válidos* em cuja permanência o particular tinha legitimamente confiado⁴⁸. Em termos mais analíticos, pode dizer-se que a administração assume, no exercício das competências

fixadas por lei, o poder (i) de revogar total ou parcialmente um ato administrativo válido; (ii) de modificar o conteúdo de um ato administrativo anterior (“ato modificativo” ou “reforma”); (iii) de converter os efeitos práticos de um outro ato (conversão); (iv) de suspender ou paralisar, de forma temporária, os efeitos de um outro ato; (v) de sancionar o não cumprimento das obrigações emergentes do ato revogado (revogação – sancionatória); (vi) declaração de caducidade determinando a cessação da operatividade do ato que se declara caduco (casos de aposição de condição resolutiva ou de um termo final).

Poderá e deverá perguntar-se como e em que condições poderá ser admitida a *revisão* de atos administrativos válidos. Ficarão sepultados os direitos adquiridos? Será neutralizado o efeito de caso decidido? Ficará excluída qualquer indemnização ou esquema compensatória do sacrifício?

3. A lei legitimadora da revisão de atos administrativos como lei restritiva

A doutrina mais representativa tem dedicado a devida atenção ao problema. A revisão de atos administrativos válidos e favoráveis deve obedecer a requisitos legais claros, imbricada como está com a observância de direitos fundamentais, de princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança e com o cumprimento do princípio da legalidade e do princípio da proporcionalidade. São dois os problemas que aqui vêm convergir: (i) saber sobre que atos pode incidir a reforma-revogação; (ii) determinar em que medida, a regulação legal (lei restritiva) e o ato administrativo revisor (ingerência restritiva) justificam uma indemnização por violação da confiança ou uma indemnização de natureza expropriatória. Relativamente à questão (i) parece fora de causa a possibilidade de revogação de atos legalmente devidos. Também parece haver um relativo consenso quanto à possibilidade de reforma de atos válidos favoráveis praticados no uso de “poderes discricionários”, ou seja, poderes previstos na lei, que reserva para a administração um determinado espaço decisório de forma a poder conformar juridicamente situações que não eram previsíveis ou suscetíveis de uma normatização completa. Mesmo aqui, a doutrina não deixa de reconhecer o direito do particular a uma decisão discricionária vinculada ao princípio da juridicidade (e, por conseguinte, isenta de vícios) sobre a reforma de um ato administrativo válido⁴⁹. Mais difícil é o problema assinalado em (ii), ou seja, a natureza dos esquemas indemnizatórios por revogação ou reforma de atos administrativos válidos. Em termos jurídico-dogmáticos, a questão pode colocar-se assim: (i) as leis autorizadas de revogação de atos administrativos válidos e favoráveis (“atos constitutivo de direitos”, atores

⁴⁴ Cfr. Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Coimbra, p. 221.

⁴⁵ Na doutrina portuguesa é esta uma nota dominante. Cfr. J. Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, 2011, p. 164.

⁴⁶ Citamos textualmente Pedro Gonçalves, “Revogação (de atos administrativos)”, *DJAP*, Vol. VII, p. 303.

⁴⁷ Conhecido noutros quadrantes jurídicos: *abrogation*, *Widerruf*, *revocación*, *revoca*.

⁴⁸ Cfr. Ch. Bumke, *ob. cit.*, p. 1146.

⁴⁹ Cfr. Ch. Bumke, *ob. cit.*, p. 1148.

geradores de “situações ou posições adquiridos”, atos radicadores de “direito adquirido”), dotados de “força de caso decidido” e juridicamente *vinculativos* do particular e da administração, podem configurar-se como *leis restritivas* de direitos, liberdades e garantias (ex: leis garantidoras de propriedade ou de posições de reforma por jubilação ou aposentação). Como tais – isto é, na qualidade de leis restritivas –, deve analisar-se se elas provocam um autêntico sacrifício de expropriação derivado da restrição do conteúdo de um direito fundamental ou se são leis violadoras do princípio da *proteção da confiança* gerando uma

compensação indemnizatória. A resposta dependerá também dos efeitos que o ato administrativo revogatório reformador produza em termos concretos na esfera do direito adquirido⁵⁰. Por outras palavras: a reforma de atos administrativos resultante da atualização do interesse público com base nas alterações jurídicas e nas transformações de fato entretanto ocorridas deve estar em consonância com os princípios da juridicidade estatal. A ideia de “proteção do adquirido”, do “direito adquirido”, “de proteção da confiança, de “segurança jurídica” não podem ser banidas a pretexto da invocação abstrata de “risco” e incerteza.

○ PRINCÍPIO DE “CASO JULGADO” OU “COISA JULGADA”

1. Incerteza, risco e revisão

1. Caso julgado e atos jurídicos perfeitos

Pergunta-nos também a nossa Consulente se os efeitos de “caso julgado” ou de “coisa julgada” passaram a merecer menos aplauso no contexto da “sociedade de risco” e do “estado de direito ambiental”. Em geral, os textos constitucionais não definem o conceito de “caso” ou de “coisa julgada”, devendo recorrer-se à sedimentação feita na doutrina processual. Em termos que merecem o aplauso da doutrina e jurisprudência, considera-se existir caso julgado quando existam situações que, de forma definitiva e irretroatável, foram fixadas por sentença judicial. Diferente destas situações cobertas pelas ideias de “caso julgado material” e “caso julgado formal”, são outras *situações definitivamente consolidadas ou exauridas* por outros meios jurídicos como cumprimento, transação, prescrição e caducidade (“atos jurídicos perfeitos”). Entende-se que, embora o caso julgado não tenha um âmbito material extensivo a estas situações, elas não podem ser retroativamente perturbadas por atos autoritários dos poderes públicos, desde os atos normativos até às sentenças judiciais e atos administrativos. No fundo estamos aqui perante atos *jurídicos perfeitos*. E a razão de ser da proteção destes atos pela Constituição Brasileira continua a ser a mesma: “proibição de que uma nova norma venha alterar requisitos de atos jurídicos que já tenham sido celebrados por meio do preenchimento de todos os elementos necessários à sua existência com base na norma anterior, vigente no momento da celebração”⁵¹.

2. “Coisa julgada” e “limites temporais”

Colocam-se alguns problemas quanto à questão da duração dos efeitos de “coisa julgada”, tendo sobretudo em vista os comportamentos para o futuro das autoridades públicas. As ordens jurídicas não prescrevem, em geral, limites temporais quanto à eficácia da “coisa julgada”, considerando-se que esta não está sujeita a mecanismos de “prescrição” e de “caducidade”. Discute-se, porém, e esta consideração talvez tenha interesse para a nossa Consulente, se o efeito de “coisa julgada” se pode reconduzir a uma “garantia de eternidade”. Invoca-se sobretudo não poder a força de “coisa julgada” impedir a tomada em consideração de novos condicionalismos surgidos após a estabilização do “caso julgado”. Neste contexto, todos os “casos julgados” ganhariam estabilidade formal e material *sob reserva* da manutenção das condições jurídicas e materiais que estiveram na base do reconhecimento de efeito de “caso julgado”. Não se trataria, em rigor, de retirar força jurídica ao caso julgado, mas admitir novas regulações sustentadas pelas modificações das situações de fato e de direito. Fala-se aqui em “superação temporal” de “caso julgado”, abrindo-se novas opções às entidades dotadas de poderes públicos. No contexto europeu, os problemas incidem principalmente nos casos em que a força de caso julgado é perturbada por uma ação de anulação do ato administrativo “legalizador” de situações jurídicas e nos casos de sentenças com força de caso julgado colocadas em xeque por infração de normas da União Europeia. Como quer que seja, a eventual existência de “coisa julgada” considerada ilegal⁵² não pode nem deve precluir a regra geral ancorada no princípio da segurança jurídica: “os indivíduos alcançados pela eficácia subjetiva de coisa julgada confiam na sua validade”⁵³.

⁵⁰ Sobre a indemnização por “danos expropriatórios” ou de “sacrifício” e medidas de compensação da proteção da confiança vide H. Maurer, “Kontinuitätsge-währ...”, cit., p. 449.

⁵¹ Cfr: Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, cit., p. 351.

⁵² Cfr: L. Guilherme Marinoni, *Coisa Julgada Inconstitucional*, São Paulo, 2008, p. 67 ss.

⁵³ Vide Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, cit., p. 355 ss.

PARTE 3

CONFLITOS DE DIREITO

As conclusões obtidas na Parte I e na Parte II deste Parecer parecem-nos claras quanto à nossa posição: a *juridicidade* estatal continua a ser uma trave mestra dos ordenamentos constitucionais da contemporaneidade. Verificámos também as razões da reiterada proteção de *situações jurídicas* sobretudo daquelas que se traduzem em posições jurídicas subjetivas. Trate-se de “direito adquirido”, de “ato jurídico perfeito” ou de “coisa julgada”, estamos sempre perante formações e ordenação de situações existenciais que se precipitam em posições jurídicas (de direitos e deveres) dos particulares. A questão que nos foi colocada é a de saber se estas dimensões estruturantes da *juridicidade* estatal não teriam sofrido relevantes deslocamentos de sentido naquilo que hoje se designa por *Estado de direito ambiental*⁵⁴. Em termos mais analíticos, interessa discutir se a proteção de outros direitos e bens constitucionais fundamentais como o ambiente, a qualidade de vida, a sustentabilidade política, económica, social, não implicará a *relativização* de algumas das garantias atrás assinaladas. Relativização significará a desestabilização das expectativas normativas, a descaracterização da natureza das conformações normativas com base na lei, a alteração de situações subjetivamente garantidas como os direitos adquiridos, a força de caso decidido do ato administrativo e a força de coisa julgada. Uma nova constelação de conceitos surgiu para expressar o “novo estado de coisas”: a indispensabilidade de estratégias de *prevenção de perigos* e de *precaução* de riscos, a perda de proteção do adquirido perante a necessidade de *atualização* do interesse público, a substituição da definitividade do “ato administrativo constitutivo de direitos” pela “precariedade”, “provisoriedade” e “condicionalidade”, a legitimidade de “retroatividades impróprias” neutralizadoras da “proteção do adquirido”.

Não é por acaso que um ilustre cultor do direito do ambiente⁵⁵ considera um verdadeiro teste ao estado de direito e respetivos princípios concretizadores (segurança jurídica, proteção da confiança, garantia de direitos fundamentais) a admissibilidade de retroatividades “impuras” ou “inautênticas” que ponham em causa posições adquiridas no passado. Vale a pena uma suspensão reflexiva sobre este problema. Ele está colocado com frontalidade na pergunta da nossa consulente e só com serenidade científica poderá ser objeto de um juízo crítico.

1. As razões invocadas para relativização da segurança jurídica e da proteção da confiança no caso decidido administrativo

As razões invocadas pela doutrina e que têm sido acolhidas pela legislação (nacionais e internacionais) bem como pela jurisprudência reconduzem-se aos seguintes tópicos.

a) Reserva de autorização

A primeira razão jurídico-dogmática para a relativização da estabilidade do “caso decidido” administrativo é a da indispensabilidade de, em alguns casos, a administração ter de recorrer a uma reserva de autorização constitutiva com contornos diferentes dos atos autorizativo em geral. Entende-se que os efeitos estão relacionados com a *conformação do conteúdo* do ato e este está intrinsecamente associado ao objeto do mesmo ato. Haverá não um tipo de ato administrativo, mas vários tipos de atos. Alguns destes atos – sobretudo os que estão relacionados com o ambiente – teriam uma dimensão *constitutiva* neutralizadora de direitos preexistentes⁵⁶. Os atos seriam atos *abertos à revisão e atualização* porque: (i) a autorização é uma decisão complexa tomada no contexto de relações jurídicas poligonais, ou seja, relações em que existe uma multilateralização e diversificação dos direitos e interesses; (ii) essas autorizações, além de complexas, estão vinculadas à observância dos princípios da precaução e da prevenção, porque numa *sociedade de risco*, compete ao estado a tarefa de antecipação desses riscos; (iii) a imposição destas tarefas de precaução e de prevenção de riscos justificará a *discricionariedade* (de todo o modo, discricionariedade sem vícios) na conformação do conteúdo autorizativo, sendo particularmente relevante a ponderação e a otimização dos diferentes bens e direitos constitucionais; (iv) a contextualização do ato administrativo indicada nos tópicos anteriores explicará a tendência atual para o repensamento do ato jurídico autorizativo. De uma forma, também sintética, os principais momentos jurídico-dogmáticos da reproblemática seriam basicamente estes: (i) uma tendencial *precarização* do ato autorizativo ambiental com a consequente relativização da segurança jurídica, da proteção da confiança e da proteção do adquirido; (ii) introdução de *cláusulas acessórias* (modo, tempo, condição) que permitem à administração uma conformação dinâmica do desenvolvimento da situação autorizada; (iii) imposição aos operadores económicos de obrigações dinâmicas e duradoras que permitam às autoridades públicas controlar os riscos sem internalizarem a aceitação pública desses mesmos riscos; (iv) ampliação de *regimes específicos de revogação* imposta pela atrás chamada obrigação de *atualização* do interesse público pelas autoridades competentes; (v) *flexibilização procedimental* legitimadora do recurso crescente, por parte da administração, de *decisões prévias e parciais* e de *atos precários* e de *atos provisórios*; (vi) expressa imposição

⁵⁴ Dedicaremos alguns trabalhos a este tema: “Estado Constitucional e Democracia Sustentada”, RevCedoua, n.º 8, 2001, p. 9 ss.; “Juridicidade da Ecologia ou Ecologização do Direito”, RJUA, n.º 4 (1995), p. 69 ss.

⁵⁵ Referimo-nos a M. Klopfer: “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, in AAVV, Umweltrecht im Wandel, Berlin, 2000, p. 745 ss.

⁵⁶ No direito português, esta tese é desenvolvida por Carla Amado Gomes, Risco de modificação, cit. p. 541.

de *reversibilidade* das “situações autorizadas” através do reenvio para o “estado de técnica” e das “melhores tecnologias”; (vii) inserção integrada do ato autorizativo num complexo procedimental de “concentração” e de “autorização integrada” de forma a evitar que o ato autorizativo passe a “constituir direitos” sem estarem observadas todos os requisitos (dispersos e diversos muitas vezes em vários documentos).

b) Reserva de autorização e reserva de direitos fundamentais

A estrutura discursiva anterior tem, como é óbvio, de ser confrontada com as regras e princípios constitucionais vigentes num determinado ordenamento jurídico. Levado até às últimas consequências, o ato autorizativo acabaria por esvaziar o cerne ou núcleo essencial de alguns dos direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição brasileira. Com efeito, as ações da administração e dos poderes públicos em geral ganhariam uma legitimação global de restrição de posições jusfundamentais, bastando-lhes invocar a proteção de bens públicos como, por exemplo, o ambiente, a proteção da natureza, a salvaguarda dos direitos das futuras gerações, para, em sede de concretização constitucional, libertar-se de quaisquer vínculos preexistentes, desde os direitos adquiridos aos casos decididos. A radicalização argumentativa conduziria mesmo à aplicação retroativa das leis, dos atos conformadores administrativos e das próprias decisões jurisdicionais. Cremos que ninguém reconheceria aqui uma argumentação razoável no plano da juridicidade e da jusfundamentalidade de um Estado de direito democrático. Mesmo, para nós, que há muitos anos tentámos abrir alguns caminhos jurídico-dogmáticos de sustentação do estado de direito ambiental, a solução não pode passar pela criação apócrifa de um integrismo ambientalista. Precisamente por isso, julgamos pertinentes os desenvolvimentos seguintes.

A primeira ideia a sublinhar é esta: está fora de legitimação constitucional qualquer reconstrução dos atos do poder

público típica da ideia de polícia dos estados autoritários e de outros conceitos conexos (“razão de Estado”, “salvação política”, “preeminência do interesse do Estado”). Aqui, a invocação da “salvação pública” e do “interesse público” justificaria a revisibilidade dos atos constitutivos de direitos. Hoje, o ato administrativo e outros atos dinamizadores dos interesses públicos pressupõem a sua conformação por um legislador democrático e a vinculação a uma ordem de direitos fundamentais. A insustentabilidade constitucional do “integrismo ambiental autoritário” aconselha, pois, um esquema discursivo mais equilibrado. Desde logo, o fato de em alguns domínios (ambiental, sobretudo) a lei, nos termos da constituição, conceder espaços de livre apreciação na outorga de atos autorizativo e na respetiva e subsequente conformação autorizativa, isso não significa a transformação destes atos em paradigma geral da atividade administrativa⁵⁷. Por outras palavras baseadas em exemplos clássicos: os atos constitutivos de “direito adquirido” podem hoje merecer outras aproximações jurídico-constitucionais e jurídico-administrativas em nome das alterações fáticas e jurídicas (pense-se opor exemplo nas instalações de prospeção de petróleo, na implantação de centrais nucleares, na implementação de redes de barragens hidrelétricas, na construção de aeroportos, etc.). Estes regimes permanecem, porém, *regimes específicos* e não regime-regra dos atos administrativos. Nos casos específicos, como os que acabámos de mencionar, compreende-se o carácter “enfraquecido”, “comprimido” ou “condicionado” da posição jurídica do particular, dado que ele não pode invocar a segurança jurídica ou a proteção da confiança ou mesmo a propriedade das instalações, para obstaculizar a prática de decisões posteriores, ou, mesmo, a revogação da autorização ou paralisação do funcionamento. Mas alguma coisa sobrevive mesmo nestes casos de rigor autorizativo. A lei deve definir os *pressupostos das autorizações*, não só em nome da defesa do interesse público, mas também em defesa dos particulares (do seu investimento, da sua atividade, da sua propriedade).

EFEITO DE LEGALIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AUTORIZATIVO

1. O problema do efeito legalizador

Um outro tópico ligado ao problema da segurança e da proteção da confiança do particular relaciona-se com o chamado *efeito de legalização* do ato administrativo. Ninguém contesta, como já foi assinalado, que o ato tem um *efeito de vinculação* para o particular: se o ato define a favor deste um direito ou reconhece ao mesmo um *status* ele pode contar com a inexistência subsequente da imposição de deveres ou de proibição. É claro que tudo depende do conteúdo de regulação do ato, nos diversos planos juridicamente relevantes (plano material, plano temporal e plano espacial). Se o particular é vinculado pelo conteúdo do ato autorizativo, também a administração está impedida, em princípio, de adotar quaisquer medidas que contrariem o ato. Neste sentido, o *efeito vinculativo* e o *efeito de caso decidido* apontariam para o chamado *efeito preclusivo*: decorridos os prazos previstos na lei para a impugnação do ato, os particulares interessados nesta

impugnação deparam com a *preclusão de caso decidido* ou, como se diz noutros quadrantes culturais, *preclusão de caducidade*. Note-se que isto valerá para os atos inválidos, ou seja, aqueles em que, não obstante o vício de invalidez dos atos, adquirem estabilidade de “um caso decidido”. Em alguns dos casos que geram problemas de conflitualidade com a inerente polémica relativamente ao “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito” e “coisa julgada”, estamos perante esta hipótese: a de atos inválidos ou de atos que não tiveram em conta os direitos de outros particulares. Coloca-se, por isso, a complexa questão de saber qual o alcance do efeito de legalização: exclui os direitos privados de outros interessados?

Entende-se que a autorização é emitida “sem prejuízo de terceiros”, carecendo de efeito constitutivo formal? A autorização, como se depreende, é um ato jurídico-público

⁵⁷ Nestes termos Ch. Bumke, *ob. cit.*, p. 1043.

que pode ter efeitos conformadores de direito privado. O que nos interessa aqui é salientar que o problema suscitado pelo efeito de legalização não põe em causa o princípio constitucional de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e do “caso julgado”. Existem, porém, certos efeitos ligados a atos autorizativos que constituem resultados diretos de uma atividade ilícita e culposa do particular. Vale a pena aprofundar esta problemática.

2. Clarificação jurídico-dogmática do efeito legalizador

1. Na literatura juspublicística discute-se a *proteção* do particular, beneficiário de um ato administrativo permissivo, perante eventuais *injunções* de conteúdo proibitivo emanadas de outras autoridades ao abrigo dos preceitos gerais do direito de polícia e do direito de ordenação. Neste contexto, o efeito de legalização de um ato autorizativo implicaria a exclusão dos pressupostos individualizados nas normas de polícia e de ordenação geral, legitimadoras de atuações coativas contra o particular utente do mesmo ato. Em suma: reconhecer “efeito legalizador” a um ato administrativo autorizativo significa admitir simultaneamente a inaplicabilidade de normas de direito de polícia proibitivas de atividades perturbadoras dos interesses públicos da coletividade e dos direitos dos particulares.

É bem de ver que este conceito de “efeito legalizador” deixava na sombra os efeitos irradiantes na ordem jurídica privada. Não admira, por isso, o passo dado pela doutrina para salientar os “efeitos de legalização” relativamente a terceiros privados. Na verdade, o efeito legalizador transporta dimensões irradiantes para o direito privado, a principal das quais é a exclusão da qualidade de agente ilicitamente lesante ao particular que desenvolve uma atividade danosa para terceiros, mas a coberto de um ato autorizativo jurídico-público.

O “efeito legalizador” passa a designar uma causa justificativa ou exclusiva da ilicitude, isto é, uma causa de justificação do ilícito, no caso de lesão, *prima facie*, ilícita, de bens jurídicos de terceiros. Nalguns quadrantes doutrinários transformou-se em “superconceito” englobador de quase todos os efeitos inerentes a certos atos autorizativos da administração, a saber: (1) efeitos de caso decidido; (2) efeito de vinculação em relação a outras autoridades; (3) efeito conformador de relações jurídicas privadas.

Os efeitos indicados em (1) e (2) são, em larga medida, estudados como dimensões da eficácia do ato administrativo.

2. Em termos tendenciais, poderíamos formular assim a colocação do problema, tendo sobretudo em conta os efeitos do ato nas relações jurídicas civis: tem um ato autorizativo administrativo força jurídica suficiente para justificar a produção de efeitos lesivos na esfera jurídica de terceiros, ou, pelo contrário, deve admitir-se que a atividade (ou comportamento) de um particular pode, apesar da existência dessa autorização, revelar-se como ilícita na ordem jurídica civil, ficando, como tal, sujeita às reações jurídicas desta ordem?

Um setor doutrinário não hesita em justificar o ilícito danoso.

Aquele que desenvolve uma atividade legalmente autorizada não é um “agressor” em termos civilísticos, desde logo porque o licenciamento da atividade tem como

consequência lógica a “legalização” dessa atividade. Exclui-se, pois, ou, pelo menos justifica-se, a eventual ilicitude de uma atividade causadora de danos a terceiros. Em certos casos, o efeito legalizador vai mesmo para além do *efeito justificativo* do ilícito. Significa ainda a existência de efeitos *preclusivos*. Esta expressão linguística, oriunda do direito processual, exprime aqui a exclusão de pretensões jurídicas privadas efetivadas mediante *ações de defesa* contra outras atividades privadas, juridicamente alicerçadas em atos autorizativos públicos. Já por esta intensa conformação de relações interprivadas se poderá intuir que o ato autorizativo dotado de *efeitos de justificação do ilícito* e do *efeito de preclusão* de ações de defesa de particulares tem de suscitar algumas perplexidades.

3. A primeira dessas perplexidades prende-se com o reconhecimento do ato permissivo da administração como causa justificativa da ilicitude.

O *topos* argumentativo da *unidade da ordem jurídica* e a necessidade de eliminação de contradições normativas apontariam para uma conclusão aparentemente inatacável: se uma atividade não pode ser lícita e ilícita ao mesmo tempo, também a conformação das causas de justificação do “ilícito” ou do tipo do ilícito postula uma resposta unitária dentro da ordem jurídica global. Em termos práticos: se o ato administrativo autorizativo justifica a ilicitude no âmbito do direito administrativo ele deverá ser considerado também como causa justificativa no domínio jurídico-civil e mesmo na ordem jurídico-penal.

A resposta é, em geral, o reconhecimento da prevalência da “norma de justificação” perante a “norma de ilicitude”, dado que, como a ciência jurídico-penal reiteradamente acentua, a ilicitude que o tipo traduz só se verifica se, simultaneamente, não existir uma causa de justificação. Sem ilicitude não há tipo; havendo uma causa de justificação não chega a existir ilicitude. A questão complica-se, quando existe uma concorrência de normas em que uma das normas – a “norma de justificação da ilicitude” – pertence ao direito administrativo e a “norma de ilicitude” se inclui no ordenamento civil. Em alguns casos parece razoável a limitação do âmbito de aplicação de uma das normas ao domínio específico de que ela faz parte, deixando imperturbada a norma de ilicitude pertencente a outros ramos de direito. Os cultores do direito urbanístico referem muitas vezes esta solução, ao afirmarem que uma licença de construção exclui apenas a ilicitude segundo as normas do direito de edificação, não afastando a ilicitude no campo do direito civil. Noutros casos, deveremos solucionar as eventuais contradições normativas, proferindo a “norma de justificação” localizada em sede de direito administrativo perante uma norma de ilicitude localizada em sede de direito civil. Mesmo assim, esta solução só deve aceitar-se quando verificados certos pressupostos jurídico-constitucionais e jurídico-administrativos.

O reconhecimento de efeitos justificativos e preclusivos ao ato de autorização pode ter como consequência um sério estreitamento da proteção de bens jurídicos de terceiros quer em sede de ações de defesa quer no domínio das ações de defesa. Devem salientar-se três ideias básicas: (1) os limites dos direitos fundamentais como direitos de defesa; (2) o princípio da reserva de lei; (3) o princípio da proibição do excesso.

O primeiro *topos* – limites dos direitos fundamentais –,

apoia-se na ideia de direitos fundamentais como direitos de defesa. Quando um particular lesa bens jurídicos reentrantes no âmbito de proteção de direitos fundamentais e a ordem jurídico-pública legaliza essa lesão, impõe-se a análise do ato lesivo sob o ponto de vista dos *limites* impostos por esses direitos fundamentais. O licenciamento de um estabelecimento industrial, qualquer que seja a bondade político-económica do empreendimento, não legitima, *à priori*, a lesão de direitos fundamentais como a vida, a saúde, o ambiente e a propriedade. Uma coisa parece certa: o dever de suportar uma atividade inerente no âmbito de proteção de direitos fundamentais e a neutralização, pelo ato administrativo, do desencadeamento de eventuais ações inibitórias, não significa a preclusão do direito a *compensações* ressarcitórias por parte dos lesados. Um ato de autorização com efeitos justificativos e preclusivos não significa ato impositivo de sacrifícios sem indemnização, desde logo porque isso seria rotundamente inconstitucional perante o direito constitucional à *reparação de danos*. Um outro requisito constitucional que o ato administrativo restritivamente conformador de relações jurídicas privadas deve observar é o da *reserva de lei*. O dever de *sacrifício* imposto a terceiros lesados necessita de fundamento legal, pois só a lei – não o ato administrativo – pode recortar com interesse público primário o desenvolvimento da atividade industrial, impondo, concomitantemente, restrições a direitos fundamentais conflituantes. Esta exigência da reserva de lei implica que os efeitos justificativos e preclusivos do ato de autorização não possam derivar-se de um conteúdo autónomo de regulação criado pelas próprias entidades administrativas. Não basta, de resto, a reserva de lei. A imposição de efeitos justificativos e preclusivos deve observar os *requisitos das leis restritivas* de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga. E mesmo que os direitos conformados pelo ato de autorização não se reconduzam a estas categorias, subsiste sempre o dever de observância do *princípio de proibição do excesso*. Daí a linha de orientação: atos administrativos com efeitos de justificação e de preclusão só nos casos *estritamente necessários* e ressalvada sempre a *adequação concreta* desses efeitos para a prossecução dos fins predeterminados por lei. Levanta-se, sobretudo, a questão do âmbito funcional de eficácia do ato administrativo com efeitos justificativos e produzidos.

Salientaremos duas ideias fundamentais: (1) este ato não justifica todos os resultados derivados da atividade licenciada; (2) nem todos os atos do destinatário da autorização reentram no âmbito do efeito autorizativo. Neste sentido se *afirma que o efeito (ou efeitos) do ato público de autorização é funcionalmente limitado*. O efeito de preclusão termina onde não existe conformidade entre o conteúdo da autorização e a atividade do estabelecimento autorizado, quer porque o particular alterou os planos dessa atividade, quer porque ele não observa as condições que acompanhavam o ato autorizativo. Esta delimitação funcional é particularmente relevante para se equacionar com rigor a solução a dar aos casos de violação do ato administrativo e aos casos de não cumprimento de eventuais condições ou modos

acessorariamente aditados ao mesmo ato.

Se o destinatário da autorização viola o ato, isso não pode deixar de ter como consequência a exclusão do efeito preclusivo. A atuação do destinatário *fora da ou contra a autorização* não pode ser “legalizada” pelo ato administrativo. A mesma solução parece justa quando o beneficiário da autorização não cumpre as condições ou os modos aditados ao ato autorizativo.

Hipótese diferente do “uso de uma autorização contra a própria autorização” é a das *autorizações ilegais*. Aqui o comportamento ou atividade do beneficiário do ato autorizativo está em conformidade com o conteúdo regulativo do ato administrativo mas este está em desconformidade com a lei. Pergunta-se se, nestes casos, o ato autorizativo produz ainda efeitos justificativos e preclusivos. Em geral, consideram-se nulos os atos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente em forma de invalidade. Se o ato autorizativo é nulo, então ele não é eficaz, não produzindo nem efeitos justificativos nem preclusivos. Numa palavra: os efeitos justificativos e preclusivos de um ato administrativo pressupõem a eficácia do ato e a eficácia implica validade.

Mais dificuldades suscitam as hipóteses de invalidade reconduzíveis à *anulabilidade* do ato. Se o ato inválido, embora não nulo, se tornou inatacável e eficaz, ele parece transportar todas as qualidades – efeito de caso decidido, efeito de vinculatividade, efeito de conformação de relações jurídicas civis – para produzir efeitos justificativos e preclusivos. Consequentemente, o ato autorizativo ilegal poderá ter efeitos preclusivos. Todavia, esta conclusão conduz, em alguns casos, a soluções menos aceitáveis. Referimo-nos sobretudo às hipóteses em que o ato autorizativo resulta de um crime. A doutrina do direito penal afasta decididamente o efeito justificativo do ato de autorização quando este foi praticado mediante suborno, fraude ou coação (abuso de direito). No plano jurídico-positivo, não é sequer necessário recorrer ao princípio do abuso de direito para excluir os efeitos justificativos. Um ato autorizativo obtido através de suborno, coação ou fraude é um ato assente num crime e um ato com raízes num crime é um ato nulo e não meramente anulável. O problema está em saber se o preceito suporta a interpretação que aqui lhe damos, qual seja a de que são atos nulos não apenas aqueles cujo objeto constitua um crime mas também aqueles que foram praticados de forma criminosa.

Também a doutrina civilística tem colocado reticências a uma aceitação indiscriminada de efeitos justificativos de atos administrativos ilegais. Faz-se apelo ao abuso de direito quando a invocação de uma posição jurídica formal ou a realização de um direito subjetivo ou de qualquer posição favorável não constitui um uso do direito mas o seu abuso. Seria este, designadamente, o caso de uma autorização ser utilizada para provocar danos sem qualquer relação com o âmbito funcional da mesma, ou quando a atividade devidamente licenciada causa danos desproporcionados a terceiros, tendo o destinatário conhecimento da possibilidade desse fato.

PROBLEMA DA INVALIDADE SUPERVENIENTE POR MÉRITO E DE CADUCIDADE POR ABUSO DO USO

A questão mais complexa relacionada com o âmbito de eficácia funcional prende-se hoje com a elaboração teórico-jurídica dos procedimentos administrativos *constitutivos*. Embora de uma forma não inteiramente clara, a doutrina tende a admitir, como vimos atrás, um efeito legalizador, e, conseqüentemente, efeitos justificativos e preclusivos aos atos administrativos com conteúdos prescritivo-conformadores. Nestes atos (ex: atos autorizativo constitutivos, atos planificatórios, atos concessórios), o ato administrativo assume-se como ato de conteúdo conformativo em que as cláusulas administrativas de natureza prescritiva são verdadeiras regras jurídicas do exercício de um direito (ex. direito da atividade industrial e direito do urbanismo). São precisamente estes atos que suscitam hoje, no direito do ambiente, grandes angústias jurídico-dogmáticas. Coloca-se a questão de saber se alguns atos constitutivos de direito não estarão sujeitos, no âmbito de conteúdo conformativo-prescritivo definido pelo ato autorizativo, a uma ação autoritária permanente de controlo, isto é, uma espécie de *trato contínuo* de natureza inspetiva. Dito por outras palavras: os licenciamentos constitutivos de direitos incluirão, desde logo, relações de *controlo operativo* entre as autoridades e os particulares, dado que os pressupostos da permissão pelas entidades públicas não se consomem no momento inicial da prática do ato, antes devem subsistir ao longo do exercício da atividade do particular. As leis alemãs sobre emissão de poluentes e sobre resíduos admitem expressamente a imposição superveniente de cláusulas alteradoras ou complementadoras da autorização e limitativas da proteção da estabilidade do ato autorizativo. O licenciamento de um *estabelecimento industrial está assim sujeito a um procedimento permanente de controlo do licenciamento*. Esta evolução das doutrinas jus-administrativas e jus-ambientalista tem importantes refrações quanto ao problema da delimitação funcional do ato administrativo. Qualquer ato autorizativo não poderia deixar de estar sujeito à reserva geral de que ele só produzirá efeitos se e na medida em que o ato foi praticado e o seu conteúdo foi definido segundo a medida da competência decisória legalmente conferida à autoridade administrativa.

Vários têm sido os trilhos teóricos e dogmáticos percorridos pelos autores no sentido de neutralizarem os efeitos ambientalmente perversos de atos. licenciadores de atividades. Uns procuram limitar o efeito justificativo do ato excluindo do âmbito da autorização os eventuais resultados danosos provocados pela atividade autorizada. Deveria distinguir-se, pois, entre *atividade e efeitos autorizados e resultados não cobertos* pela autorização. Esta dissociação impor-se-ia quando da análise do *conteúdo de regulação* do ato autorizativo se concluir que este não pretendeu legitimar de qualquer forma a produção de danos graves ao ambiente, limitando-se a remover os obstáculos legais. Outros consideram que o efeito de legalização não pode abranger as situações de risco que na época da prática do ato autorizativo não eram *reconhecíveis* pelas autoridades competentes.

No direito administrativo, o problema da atualização do interesse público obriga-nos, de novo, a revisitar a complexa dogmática da *invalidade superveniente por mérito* dos atos administrativos. Ontem como hoje, a doutrina não prima aqui pela clareza. Uns preferem falar, em alguns casos, em *caducidade por abuso do uso*. Outros apelam à figura da *remoção*. Outros ainda recorrem à categoria da *abrogação*. Qualquer que seja a construção dogmaticamente mais correta da superveniência fática e jurídica, do que se trata, afinal, é de reconhecer que o ato administrativo não atinge, como a sentença judicial, um momento de cristalização absoluta, antes postula uma certa “elasticidade” que permita, em alguns casos, tipificados na lei e em nome do interesse público atual, o exercício do poder de revogação pelas entidades administrativas, tendente à prática de um ato extintivo de um determinado procedimento anterior. Em todo o caso, deveremos sempre considerar a exigência de demonstração reforçada por parte dos entes públicos quanto à individualização dos interesses públicos que se revelariam preferentes na ponderação imposta pela colisão de direitos comuns. Além disso, tem de enfrentar-se o problema da justa indemnização no caso de *sacrifício* de direitos ou interesses juridicamente protegidos pelos atos autorizativos. Isto conduz-nos a uma sumária análise dos conflitos de direitos.

PROBLEMA DA COLISÃO DE DIREITOS

A nossa consulente, no pedido de parecer, solicita ainda que nos pronunciemos sobre estes dois pontos:

1) “prevalência do princípio constitucional do respeito do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido inclusive em matéria urbanística e ambiental”.

2) “direito a prévia e justa indemnização em processo expropriatório, que siga os ditames para tal”, no caso de ser perturbada a “higidez da licença e o exercício incondicionado do direito de construir dela decorrente”.

Existem aqui dois problemas: (i) um respeitante à *colisão de direitos*, colocando-se a questão de saber como resolver o eventual conflito entre direito de propriedade ou o direito à garantia do “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito” e “coisa julgada” e os bens constitucionais do “ambiente”, da “saúde”, da “qualidade de vida”; (ii) outro relativo ao direito à indemnização no caso de imposição de sacrifícios a “direitos adquiridos” ou outros direitos e interesses juridicamente protegidos (“direito de construir”, “direito ao desenvolvimento de iniciativa económica tutelada pelo direito à licença”). Para melhor

inteligibilidade das duas problemáticas, trataremos em primeiro lugar da colisão de direitos e, seguidamente, do problema da indemnização por sacrifício.

1. Colisão de direitos

Não é este o local apropriado para grandes desenvolvimentos teóricos relativamente a este tópico nuclear do regime de direitos fundamentais. Talvez seja útil referir algumas estratégias argumentativas quanto ao problema. Segundo algumas correntes, uma ordem constitucional deve configurar-se sempre como uma ordem coerente com unidade preestabelecida, o que obriga a procurar, em sede de conflitos jusfundamentais (ou de outros conflitos), ou uma *ordem de valores objetiva* ou uma *hierarquia de direitos (preferred positions)*. A estratégia argumentativa é semelhante: ou se elege uma hierarquia de valores ou se estrutura uma *hierarquia de direitos*, reconhecendo-se a alguns valores ou a alguns direitos uma proteção e tutela mais reforçada relativamente a outros bens constitucionais. Dada a sua posição preferente, qualquer restrição imposta pelos poderes públicos carece de um rigoroso controlo dos procedimentos restritivos emanados do governo (*strict scrutiny*) e de uma justificação apertada que só aceita as restrições em presença de razões particularmente importantes (*compelling reasons*). Uma outra estratégia argumentativa associada, por vezes, à ideia de direitos preferentes, reconduz-se a uma estipulação rígida da categoria de *direitos subjetivos* – imediatamente justificáveis, diretamente exercitáveis e intrinsecamente portadores da liberdade de agir. A partir desta natureza intrínseca, eles revelam-se iam como direitos preferentes perante outro tipo de direitos. Mais concretamente: a maior parte destes direitos subjetivos preferentes seriam “direitos de liberdade prevaletentes sobre outro tipo de direitos ou bens constitucionais”. A posição jurídico-dogmática que temos defendido não adota esta perspetiva. A constituição não elege qualquer um dos direitos nela consagrados a “direito fundamental supremo” (terminologia italiana) e não nos parece que, em sede hermenêutica e argumentativa, seja possível demonstrar que um direito é supremo relativamente a outro em qualquer condição ou circunstância. Precisamente por isso, colocamos reticências à “imunidade” de um direito ao teste de justificação de “prioridade axiológica” e ao teste de balanceamento ou de ponderação perante um outro direito colidente. Esta é uma das razões explicativas da nossa opção em sede de conflito de direitos. Em vez de manipular “valores” e “direitos supremos” é argumentativamente mais transparente proceder a uma cuidadosa especificação de direitos, proceder à sua caracterização, captar o seu conteúdo e o seu campo de aplicação. Mas a especificação não basta, porque não se afigura aceitável uma predeterminação esgotante de um direito considerado de forma isolada em relação a outros direitos. Estas considerações afiguram-se-nos importantes para responder à pergunta da nossa consulente quanto à “categorização” e “valorização” do direito de propriedade e da garantia do “direito adquirido”, do “ato jurídico perfeito” e da “coisa julgada”, como direitos supremos. Um direito será “hígido” e

“intangível” quando e na medida em que outro direito ou bem não postule uma tutela mais intensa. Mas se isto conduz à aceitação de “restrições” a um direito, também é verdade que não basta invocar ideias, ideologias, cosmovisões do mundo e da vida para, *ipso facto*, ser excluída a razão da proteção de outro direito. Mais concretamente: não basta erigir o “direito adquirido” ou o “direito de propriedade” a direitos preferentes ou a direitos intangíveis porque as constituições modernas – e desde logo a Constituição Federal Brasileira de 1988 – vêm cada vez mais codificando direitos que, em certas circunstâncias, são efetiva e realmente conflituantes. A hipótese inversa também é verdadeira: não basta proclamar a jusfundamentalidade própria do direito ao ambiente do direito à saúde ou do direito à qualidade de vida para, sem qualquer esforço de argumentação e de ponderação, proclamar o seu caráter preferente e absoluto.

Não apenas porque a esses direitos em colisão estão subjacentes pressupostos ideológicos diferentes, mas também porque não é possível talhar uma prioridade absoluta em abstrato. Considerações como estas apontam para uma conclusão intermédia: a garantia do “direito adquirido”, do “ato jurídico perfeito” pode não ser absoluta e, exemplo disso, é a atual problemática do risco e modificação e revisão de atos. Se esta conclusão parece razoável, ela não fornece qualquer abertura para aquilo que já se chamou *relativização ad libitum* da garantia da segurança, da confiança e das suas manifestações mais sedimentadas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada). Neste contexto, não aderimos à tese da livre revogabilidade de atos administrativos favoráveis (“constitutivos de direito”) por necessidade de atualização de interesse público. Pelo contrário: é necessário uma *justificação reforçada* para, no caso concreto, ser neutralizado o núcleo de “proteção adquirido” e de estabilização do “ato decidido”. A isto acresce uma outra consideração: o eventual *sacrifício* dos direitos adquiridos justifica que se leve a sério o problema das compensações indemnizatórias dos particulares.

2. Indemnização por sacrifício

Um dos pontos mais obscuros da tendência atual para a livre revogabilidade de atos administrativos favoráveis por razões de atualização do interesse público é o de saber em que casos, a revisão destes atos justifica uma justa indemnização. Registe-se que não estamos, em geral, perante atos administrativos ilícitos.

De um modo geral, a doutrina, a legislação e a jurisprudência de direito comparado tendem hoje a reconhecer a “responsabilidade do Estado por atos lícitos”, ou, na terminologia mais moderna, o dever de as entidades públicas indemnizarem os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem *danos especiais e anormais*. Ao restringir-se a indemnização a danos especiais e anormais pretende-se (i) acentuar a dimensão de *especialidade*, considerando-se que estes danos ou encargos incidem sobre uma pessoa ou grupo sem afetarem a generalidade das pessoas; (ii) a dimensão de *anormalidade*, entendendo-se que esses encargos ou danos ultrapassam

os custos próprios da vida em sociedade, justificando, por isso, a tutela do direito. Por vezes, é o legislador que, no juízo de balanceamento entre os direitos particulares e o interesse público, recorta as dimensões de especialidade e anormalidade⁵⁸. A indemnização pelo sacrifício proveniente de atos lícitos integrados na função administrativa é extensiva aos danos especiais e anormais de *índole pessoal* e de *índole patrimonial*. Em alguns casos, trata-se de *atos ablativos* de direitos patrimoniais privados (expropriação, nacionalização, requisição por utilidade pública e ocupação temporária de imóveis). Noutros casos, estamos perante atos impositivos de encargos ou danos especiais e anormais que, mesmo não tendo caráter ablatório, justificam prestações indemnizatórias.

Questão diferente do direito à compensação indemnizatória é a de saber como se determina o *quantum indemnizatur*, remetendo-se em geral, para a chamada teoria da diferença elaborada pela doutrina civilística: confronta-se a situação em que o lesado se encontra (situação real) com a situação em que se

encontraria ou a lesão não se tivesse verificado (situação hipotética) correspondendo a indemnização à diferença entre as duas situações. Em sede jurisdicional, atender-se-á razoavelmente ao grau de afetação do conteúdo do direito ou do interesse violado ou sacrificado. Colocados perante a revogação ou revisão de atos administrativos lícitos, deverá ter-se em consideração se os danos especiais e anormais resultam da *violação da segurança jurídica e da proteção da confiança*, gerando um direito à *indemnização pelo sacrifício*, ou se os danos especiais resultam da violação de direitos fundamentais (direito de propriedade, perda dos investimentos já feitos) geradores da chamada *expropriação de sacrifício* (servidões, expropriações do plano urbanístico).

As situações devem ser apuradas caso a caso, em sede administrativa e jurisdicional. Em qualquer caso, a chamada modificação e revisão do ato administrativo deve ter em conta as “contas” que destas modificações impostas pela atualização do interesse público resultarão para o erário do Estado e demais entes públicos responsáveis em virtude da justa indemnização a favor dos particulares lesados.

⁵⁸ No direito português, o regime jurídico de urbanização e da edificação reconhece a obrigação de indemnização de danos resultantes da alteração por iniciativa da Câmara Municipal das condições de licença ou comunicação prévia de uma operação de loteamento, desde que tal alteração se mostre necessária à execução de superveniente plano municipal ou especial do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

OS DESENVOLVIMENTOS SUBSEQUENTES LEGÍTIMAM, NA NOSSA OPINIÃO, AS SEGUINTE CONCLUSÕES:

Relativamente à Parte I

1. Diferentemente do que acontece noutros ordenamentos, a Constituição Brasileira de 1988 garante *expressis verbis* os institutos do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada* (CFB, art. 5.º/XXXVI).

2. De um modo geral, a doutrina e a jurisprudência associa esta proteção ao princípio da *juridicidade estatal* e respetivos subprincípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

3. A norma constitucional que garante os institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada tem um enunciado onde se estrutura um *operador deontico de proibição*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

4. A garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada são também manifestações da indispensabilidade de um direito seguro intrinsecamente caracterizado pela sua *fiabilidade*, *previsibilidade* e *inteligibilidade*.

5. Como síntese jurisprudencial do sentido dos institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada pode considerar-se o Acórdão do STF (Plano ADIN, 493/0-DF, 25.06.1992): “Visa dar concreção e efetividade á necessidade de preservação da segurança das relações jurídicas instituídas e estabelecidas sob a égide do próprio ordenamento positivo”.

6. Embora se observe alguma insegurança nas características de *direito adquirido* e na sua distinção de direito subjetivo não deve desvalorizar-se o seu relevo jurídico-dogmático quando estão em causa atos do poder público como as leis, os regulamentos e os atos administrativos.

7. No que diz respeito aos *atos administrativos válidos favoráveis aos particulares* deve levar-se a sério a proclamada dimensão de “atos constitutivos de direitos”. É esta dimensão constitutiva que justifica, a nosso ver, os *limites à sua livre revogabilidade* e à indispensabilidade de ser a lei a prever as situações legitimadoras da neutralização do efeito de caso decidido.

8. A figura ou categoria de ato adquirido está ligada à noção francesa de “*droits acquis*” e constitui uma possível causa de *justificação da irrevogabilidade do ato* porque a situação adquirida e a criação de um direito com base nesta situação radica nos *efeitos individuais* produzidos pelos atos administrativos.

9. Os atos administrativos válidos favoráveis aos particulares e respetiva proteção do direito adquirido prendem-se também ao *sistema de direitos fundamentais*. Neste contexto, é importante analisar se a autorização legal da revogação de atos administrativos observa os princípios materiais informadores das leis restritivas de direitos (observância do princípio da proporcionalidade, proibição de retroatividade, exigência de abstração e generalidade).

10. Diferentemente do regime dos atos administrativos favoráveis válidos é o regime dos atos administrativos *inválidos*, dos atos *precários* e dos atos *provisórios*. Os primeiros, embora sujeitos ao regime geral da nulidade de atos administrativos, podem, apesar disso, gerar “situações adquiridas”, nomeadamente quando esteja provada a *boa-fé* e a total ausência de cumplicidade do particular na emanação do ato inválido. Os *atos precários* e os *atos provisórios* são contidos atos externos que, embora transportem cláusulas relativadoras da estabilidade do ato, não deixam de ter de respeitar os princípios jurídicos fundamentais vinculativos da administração pública (princípio da justiça, da igualdade, da imparcialidade e da proporcionalidade).

Relativamente à Parte II

1. A discussão da força de “caso decidido” implica, por uma questão de rigor jurídico, a distinção entre efeito declarativo, *efeito autorizativo*, *efeitos em relação a terceiros* e *efeitos justificativos ou preclusivos*.

2. A doutrina assinala a íntima relação entre o efeito preclusivo e a proteção da “situação adquirida”, na base da qual é visível a proteção dos operadores económicos.

3. O próprio do direito adquirido reside não tanto na intangibilidade do ato mas na intangibilidade dos *efeitos individuais do ato administrativo*.

4. Com base nesta caracterização dos efeitos individuais, resulta o direito à manutenção do ato administrativo constitutivo de direitos definidos como direito à manutenção de uma situação jurídica concretizada e adquirida.

5. Os direitos inerentes a esta situação jurídica concretizada e adquirida não são direitos imunes a juízos de ponderação, devendo entender-se que a estabilização de uma situação jurídica concretizada pressupõe, ela própria, a sujeição a regras de conflitos.

6. Embora a “força de caso decidido” administrativo não se possa equiparar à força de caso julgado de uma sentença jurisdicional, considera-se que os atos administrativos que se tornam inopugnáveis e irrecuríveis reforçam a estabilização subjetiva do ato administrativo e torna estável em alto grau o interesse público.

7. Estreitamente associada à força de caso decidido está a chamada revisão (sobretudo da *revogação ab rogatória*) de um ato administrativo.

8. Aceite pela doutrina e legislação e jurisprudência de vários países, a revisão de atos administrativos válidos e favoráveis aos particulares deve obedecer a *requisitos claros fixados na lei*.

9. A lei legitimadora da reforma-revogação de atos administrativos válidos e favoráveis pode configurar-se, em alguns casos, como lei *restritiva de direitos fundamentais*, devendo, por isso, obedecer aos requisitos constitucionais das leis restritivas de direitos: irretroatividade, generalidade, abstração, proteção do núcleo essencial do direito e observância do princípio da proporcionalidade.

10. Se a lei restritiva se revelar como lei *impositiva de sacrifício* ou de lei *expropriatória* podem e devem colocar-se os problemas de indemnização por “danos expropriatórios” ou por *sacrifícios* reentrantes na esfera jusfundamental do titular de direito adquirido.

11. A proteção da proteção do “direito adquirido” não se limita às situações de caso decidido. Existem outras situações definitivamente consolidadas ou exauridas por outros meios jurídicos (“cumprimento, transação, prescrição, caducidade”).

Relativamente à Parte III

1. A garantia do “direito adquirido”, do “ato jurídico perfeito” e do “caso decidido” pode ser objeto de ponderação e de concordância prática com outros bens ou direitos colidentes, mas esta conclusão não favorece qualquer abertura para a chamada *relativização ad libitum* das garantias constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança nas suas manifestações mais sedimentadas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada).

2. Um ponto importante na retórica argumentativa precedente relaciona-se com a indemnização por sacrifício emergente da livre revogabilidade de atos administrativos favoráveis por razões de atualização do interesse público. Embora o sacrifício ressarcível exija a demonstração da existência de danos especiais e anormais (para os distinguir do simples vínculo de sociabilidade), consideramos juridicamente incontornável o dever de indemnizar, a favor dos particulares sacrificados.

Salvo melhor juízo, é este o nosso parecer.

Coimbra, 1 de Setembro de 2012

Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho

