

A Súmula 405 do STF e a segurança jurídica

Arnoldo Wald* e Rodrigo de Oliveira Kaufmann**

I A criação das súmulas no STF

Razões de sua criação

O Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou a década de 60 diante de um problema que se destacava e já era considerado dramático para os ministros e advogados que atuavam perante a Corte: o excesso de processo que ameaçava o funcionamento do Tribunal e afetava a qualidade de seus julgados.

O diagnóstico do “congestionamento crônico”, na expressão de Aliomar Baleeiro quando já identificava, em trabalho de 1968, a “avalanche de processos que se derramaram no nosso mais alto Tribunal”¹ era confirmada pelos números: em 1950, o STF julgara 3.511 processos, número esse que saltou para 7.869 processos em 1964, tendo nesse mesmo ano acumulado como passivo 1.081 casos.

Diante do problema colocado, o STF do início dos anos 60 estava preocupado com a sua funcionalidade, seja para diminuir a reprodução de recursos desnecessários, uma vez que traziam ao Tribunal velhos debates, seja para tornar a sua própria jurisprudência mais clara e difundida diante da percepção da confusão e incoerência de posicionamentos jurisdicionais dos tribunais *a quo*.

Essa leitura da realidade, bem caracterizada pelo olhar de Victor Nunes Leal², passava também pela preocupação com a própria autoridade do Tribunal. Havia certo consenso de que essa situação processual, não contribuía para a função de uniformização na interpretação do Direito federal.

Dentro de um “pacote” de providências administrativas tomadas pelo STF naquela década³, está

* Advogado. Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ. Fundador do escritório Wald e Associados Advogados.

** Advogado, sócio do escritório Wald e Associados Advogados. Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público.

¹ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 121 e 123.

² LEAL, Victor Nunes. A renovação de métodos do Supremo Tribunal e a súmula de sua jurisprudência predominante. In: *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2, p. 45.

a adoção da *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal* por meio da aprovação de emenda regimental publicada no Diário da Justiça em 30/08/1963.

O primeiro conjunto de súmulas discutidas em plenário a partir da proposta da Comissão de Jurisprudência ou de qualquer dos ministros se deu em 13/12/1963 com a aprovação de 370 enunciados. As Súmulas 371 a 404 foram votadas em sessão plenária de 03/04/1964, as Súmulas 405 a 438 foram apreciadas em sessão de 1º/06/1964 e as Súmulas 439 a 472 foram aprovadas na sessão plenária de 1º/10/1964. Outros enunciados somente voltaram a ser examinados na sessão de 03/12/1969 (até a Súmula 551), de 15/12/1976 (até a Súmula 600), de 17/10/1984 (até a Súmula 621), de 24/09/2003 (até a Súmula 721) e, finalmente, na sessão de 26/11/2003 (até a Súmula 736). Verifica-se, assim, que mais da maioria das súmulas têm cerca de sessenta anos, durante os quais o Brasil e o nosso direito tiveram modificações radicais.

A necessidade de revisão das súmulas

O novo “método de trabalho” do STF por meio da utilização das súmulas gerou, desde o início, bastante discussões e polêmicas, merecendo, inclusive, ampla justificativa anterior e posterior à sua adoção⁴.

É importante destacar, entretanto, que, desde a sua instituição em nosso modelo de Suprema Corte, as súmulas foram imaginadas efetivamente como “método de trabalho”, “um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização

³ Dentre as medidas adotadas, encontravam-se algumas bastantes polêmicas. A “providência heróica e controversa” a que fez menção Aliomar Baleeiro (O Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 124), consubstanciada na emenda regimental que acrescentara, em 29/05/1964, o art. 309-A ao Regimento Interno do STF de 1940, consistia em uma espécie de chamamento público, por meio de editais, para que as partes dos recursos extraordinários, agravos de instrumentos e embargos parados há mais de 10 anos no Tribunal se apresentassem para manifestarem interesse na continuidade dos respectivos processos.

⁴ Cabia ao Ministro Victor Nunes Leal essa responsabilidade, uma vez que se atribuí-la a ele a idealização do novo formato e a redação da própria emenda regimental que o instituiu. Na resposta às críticas, destaca-se o seu texto “A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos” (In: *Problemas de direito público e outros problemas*, op. cit., pp. 59-64).

da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes⁵, e, portanto, não pretendiam funcionar como substitutos eventuais da produção legislativa ou equipararem-se a leis e outros atos normativos.

Tanto foi assim que a própria Emenda Regimental de 1963 já fixava também a forma de revisar os enunciados (art. 7º) e possibilitava a sua revogação tácita diante de novo entendimento jurisprudencial do plenário do Tribunal (art. 8º). A preocupação com a modificabilidade dos enunciados estava presente em todos os textos justificadores do novo instituto escritos pelos seus defensores. Para esses juristas, as súmulas instauraram no sistema brasileiro um modelo semelhante ao do *stare decisis et non quita movere* ou *restatement of the law*⁶ do direito norte-americano.

Quando da publicação das primeiras súmulas, em janeiro de 1964, a Comissão de Jurisprudência do STF, então formada pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves, fez incluir uma “Explicação necessária”, onde se afirmou:

[...]

O Supremo Tribunal Federal tem por predominante e firme a Jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão dos precedentes relacionados na Súmula. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o Tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria Jurisprudência.

[...]7

Também na mesma linha, advertia Luiz Gallotti já em 1978:

[...]

Repito, entretanto, a ponderação que fiz, um dia, na Suprema Corte: por vezes acontece que temos dúvida sobre o acerto de decisões que constam da Súmula e, porque elas estão na Súmula, deixamos de reabrir o debate. Cumpre, pois, evitar que ela conduza ao imobilismo. Lembro-me de haver concorrido, em grau modesto, para que algumas fossem revistas. E disso não me arrependo.

⁵ LEAL, Victor Nunes. *A súmula do Supremo Tribunal*, op. cit., p. 63.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, op. cit., p. 126; LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*, op. cit., p. 59.

⁷ MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, ontem e hoje*. Brasília: Gráfica Gutenberg, 1986, p. 134.

[...]8

Restava claro, dessa forma, que, desde o início, as súmulas não poderiam trazer algo como que uma presunção definitiva de acerto, ou aceitar uma interpretação que pretendesse conferir aos seus enunciados um caráter infalível e soberano.

Se isso era verdade já na sua instituição, especialmente diante das severas críticas que o novo modelo recebeu, é de se imaginar que seria também adequada e conveniente a submissão dessas linhas orientativas ao teste da constitucionalidade ou da correção diante dos novos fatos, novas legislações e novos institutos.

Nessa linha, é evidente a constatação de que as primeiras súmulas foram elaboradas e aprovadas em plenário em contexto jurídico, econômico, político e social totalmente diverso do atual, não seria fora de propósito examinar e concluir pela superação de algum desses enunciados diante dos novos tempos e dos novos fatos.

II A Súmula 405 do STF

A Súmula 405 do STF, a primeira aprovada na sessão plenária de 1º/06/1964, é um bom exemplo dos efeitos práticos da evolução do tempo e das instituições jurídicas sobre a interpretação que chegou a vigorar inquestionável na jurisprudência do STF.

Após mais de 50 anos de idade, a Súmula 405 conserva ainda a sua redação original:

Súmula 405

Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Seu texto parecia se coadunar com a visão jurídica tradicional que dominava o cenário das discussões no início da década de 60: sem nenhuma homenagem ao postulado da segurança jurídica, o enunciado fixava que a liminar concedida em mandado de segurança era automaticamente cassada com a superveniência de sentença denegatória no processo, devendo os efeitos da antiga liminar desaparecerem inclusive para os fatos pretéritos.

⁸ GALLOTTI, Luiz. Prefácio. In: MÓSCA, Hugo. *O Recurso Extraordinário e o sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Transbrasil, 1978.

Os precedentes da Súmula 405 do STF e a interpretação da Lei Estadual 1.037/1951

A propositura do texto sumular baseava-se no entendimento do Tribunal fixado em três recursos em mandado de segurança, todos julgados em 1963.

O primeiro julgamento ocorreu em 10/06/1963 (RMS 11.412), de relatoria do Ministro Luiz Gallotti (DJ em 24/07/1963) e apresentou a seguinte ementa:

Mandado de segurança.

Liminar.

Mesmo na hipótese de haver a segurança sido concedida na primeira instância e consequentemente ter sido ali mantida a liminar, a decisão do Tribunal de Justiça, negando a segurança, impediria a subsistência daquela liminar, porque seria subversiva da hierarquia e prevalência do ato do Juiz sobre a decisão do Tribunal superior.

E dar ao recurso contra a decisão deste a força de produzir tal prevalência seria atribuir-lhe não apenas efeito suspensivo mas efeito restaurador e subversivo.

Nem efeito suspensivo tem o recurso do art. 101, n. II, a, da Constituição.

Não se pode conceder, com base em presunção, mandado de segurança, que supõe direito líquido e certo.

Recurso desprovido.

O caso envolvia a discussão em torno da isenção do imposto sobre vendas e consignações (Lei 1.037, de 28/05/1951) nas operações comerciais de venda de café na praça de Santos.

Tratava-se de caso repetitivo e que mereceu, da parte do ministro relator, o enfrentamento por meio da transcrição de voto prolatado em outro processo (RMS 11.245, relator Ministro Luiz Gallotti, julgamento em 17/04/1963). Por esse motivo, tornou-se incerto, para os leitores do acórdão, o que realmente ocorreu do ponto de vista processual.

Pressupondo que ocorrera no caso o mesmo que havia acontecido no caso paradigma, o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo concedera a liminar em segunda instância, restaurando, assim, a liminar que havia sido dada e depois cassada pela sentença.

À título de *obter dictum*, o Ministro Luiz Gallotti se pôs a tratar da situação cuja narrativa acabou por se tornar a própria ementa do julgado.

Assim sendo, torna-se evidente que o caso transparecia não um problema de vigência da liminar

no tempo, mas da hierarquia judiciária, ou seja, a eventual subversão do sistema se caso a liminar, mesmo mantida pela sentença, sobrevivesse ao julgamento de segunda instância pela denegação da ordem.

O tema, portanto, era exclusivamente a interpretação do art. 101, II, *a*, da então Constituição de 1946: o efeito (se suspensivo ou não) do recurso em mandado de segurança da competência do STF.

Os dois outros precedentes levantados pela Comissão de Jurisprudência a fundamentar a edição da súmula foram julgados na mesma sessão plenária (06/11/1963) e tratavam de igual temática (que inclusive foi o tema do primeiro julgamento acima tratado), qual seja, a isenção dada pela Lei Estadual de São Paulo 1.037, de 28/05/1951 (se a lei abrangeria as vendas do Instituto Brasileiro do Café).

Aparentemente, ocorreu no RMS 11.115 e no RMS 11.106 o mesmo que ocorreu em todos os casos de recursos de mandado de segurança que o STF enfrentou para definir a interpretação dessa legislação local.

A liminar em primeira instância se propunha a garantir a isenção de operações de venda de café nos termos da Lei Estadual 1.037/1951 (com a redação dada pela Lei 2.958/1955) até o julgamento final, quando se definiria se o café vendido seria destinado “à formação de lotes para a exportação”.

Dali se sucedia a sentença que denegava a ordem e a decisão do TJSP que confirmava a sentença, o que significava dizer que a parte interessada perdia a isenção até o julgamento final, transitado em julgado, do mandado de segurança.

Segundo o relato do Ministro Evandro Lins e Silva, o presidente do Tribunal de Justiça, após provocação da parte, deferia requerimento de subsistência da liminar até o julgamento do recurso em mandado de segurança endereçado ao STF.

Nos casos específicos do RMS 11.115 e do RMS 11.106, o voto do Ministro Evandro Lins e Silva, acompanhado pela unanimidade dos ministros presentes em plenário, adotou as razões da Procuradoria do Estado que se insurgira contra o pedido de efeito suspensivo do recurso feito pela parte.

Assim se manifestou o ilustre ministro relator:

[...]

Assiste inteira razão ao Dr. Procurador. Não é possível que prevaleça uma medida liminar, provisória, concedida no início da lide, sobre uma

decisão final, proferida após o exame e estudo de todos os elementos informativos do processo. A liminar desaparece com a sentença de 1ª instância: quando concede o mandado passa a substituí-la; quando o nega, revoga-a automaticamente.

Com a manifestação de 2ª instância, é a decisão do Tribunal que passa a prevalecer, seja mantendo, seja reformando a sentença. Mesmo que esta conceda a segurança, se o Tribunal a modificar, o que vigora judicialmente é o acórdão.

[...]

Com esse entendimento, a ementa do julgado ficou assim redigida na parte que interessa para o presente estudo:

Mandado de segurança – Liminar: Como medida provisória não pode prevalecer sobre a sentença e, muito menos, sobre a decisão de segunda instância. [...]

É importante, entretanto, ter claro as circunstâncias do caso concreto: a liminar, nas situações examinadas, tinha por objeto a constituição de uma situação jurídica extrema, excepcional ao regime legal fixado pela lei estadual, ou seja, a criação “jurisprudencial” de estado de isenção, diante da legislação de cobrança do imposto.

É fundamental não perder esse elemento concreto de vista, uma vez que se torna óbvio que a liminar concedida não se prestava a resguardar situação jurídica diante de alegação de ameaça a direito em virtude de alteração do regime legal ou da própria mudança dessa situação jurídica por determinação da lei. Não se tratava, dessa forma, de hipótese de segurança jurídica ou de conservação de direito adquirido ou de ato jurídico que se aperfeiçoara no tempo.

De qualquer forma, a partir desses julgamentos, consolidou-se no STF — reforçado pela repetição dos casos referentes à isenção concedida pela Lei Estadual 1.037/1951 — o enunciado que se transformaria na Súmula 405.

As premissas presentes nos precedentes da súmula

A edição de uma súmula e a prática de sua aplicação ao longo do tempo revela fenômeno que talvez fosse inesperado para os ministros do STF naqueles primeiros anos da adoção do modelo. É que o texto representativo de específica jurisprudência do Tribunal perde, aos poucos, os linhames que o amarram aos casos concretos de onde surgiu e passa a um plano abstrato, meramente normativo,

impessoal e genérico. Assim sendo, de um enunciado escravo dos fatos originários, a súmula passa a ter vida própria e autônoma e, quiçá, passa a revelar novos sentidos e significados que nem sequer seus primeiros elaboradores imaginavam.

Essa dinâmica própria dos enunciados — que, cabe destacar, é característica de todos os atos normativos e da interpretação de leis e da própria Constituição — indica a necessidade de um cuidado maior e uma preocupação incontida que o intérprete e aplicador do Direito sempre deve ter ao manusear uma súmula, especialmente quando decorridos 52 anos de sua aprovação.

Nesses casos, parece ser providência de cautela e de reforço o desenvolvimento de uma verdadeira genealogia da ideia que sustentou a sua elaboração, tentando identificar o núcleo essencial da preocupação que naquele momento se tentava clarificar e delimitar pontos que não eram fundamentais ou mesmo que nem estavam ainda colocados.

Em relação à interpretação específica dos julgados que originaram a elaboração da Súmula 405, é fundamental identificar 4 pontos presentes naqueles processos e que, por assim dizer, formam uma rede de premissas necessárias para a boa aplicação dessa súmula no tempo presente:

(a) a liminar concedida pelo juiz de primeira instância se prestava a conservar uma exceção à aplicação da lei ao ampliar, mesmo que provisoriamente, o âmbito de incidência da lei da isenção;

(b) dessa forma, a parte provisoriamente beneficiada com a liminar, não constituía uma situação a ser protegida pelo princípio da segurança jurídica: sua situação já era excepcional diante da regra de que todos devem pagar impostos;

(c) tratava-se, em realidade, de casos que suscitavam o tema da hierarquia judiciária, e não propriamente da tese da vigência da liminar no tempo para garantir a segurança;

(d) tratava-se ainda de processo que discutia o tema dos efeitos de um recurso de competência do STF, instância essa extraordinária e que pela sua própria dignidade não poderia considerar as variáveis do caso concreto para realizar sua prestação jurisdicional.

Tais circunstâncias específicas e originariamente presentes no nascimento da Súmula 405 são plenos indicativos de que sua aplicação deveria ter espectro restrito.

Em outras palavras, parece claro supor que o nascimento da Súmula 405 do STF em 1964 não se alicerçou em bases inequívocas, embora para o mundo em que se vivia à época — sem as dificuldades judiciárias e complexidades jurisdicionais de hoje — era suficiente para a configuração de um traço da jurisprudência do STF.

Dúvidas acerca da vigência da Súmula 405 do STF

Sendo assim, a aplicação da mencionada súmula não se deu com a frequência que se poderia imaginar, uma vez que sua origem esteve sempre ligada aos casos e às circunstâncias judiciárias específicas observadas nos processos que envolviam a interpretação da Lei 1.037/1951.

Em virtude dessa fragilidade originária, não seria de se surpreender com o posicionamento de parcela importante da doutrina que, já naquela época, colocava em dúvida a própria vigência da Súmula 405.

Jardel Noronha⁹, por exemplo, indicava que ela deixou de ser aplicada já em 1967.

Já Roberto Rosas¹⁰, em obra que se tornou clássica, suscitava que não mais se admitiria sua aplicação após o Código de Processo Civil de 1973, em razão da previsão do efeito suspensivo da apelação. De fato, um dos eixos mais importantes da justificativa apresentada pelo STF, nos precedentes da súmula, estava no fato de que a ultratividade dos efeitos da liminar significaria atribuir efeito suspensivo ao recurso em mandado de segurança endereçada ao STF, o que não se admitia e não estava previsto na Constituição de 1946 (art. 101, II, a).

Também Hugo de Brito Machado¹¹, Ovídio Baptista da Silva¹² e Luis Guilherme Marinoni¹³ são críticos da posição extremada de entender que a denegação da segurança em sentença cassaria automaticamente a liminar anteriormente concedida.

Com o tempo, passou a se consolidar a posição que inicialmente era defendida por Hely Lopes Meirelles¹⁴ e segundo a qual caberia ao juiz expressamente tratar da vigência da liminar em sua sentença, avaliando, segundo o caso concreto, a situação que melhor trouxesse eficácia ao provimento jurisdicional e efetividade do direito que estava sendo discutido. Assim já se manifestou:

[...]

Ademais, afirmar-se, indistintamente, que a liminar subsiste sempre até o trânsito em julgado da sentença denegatória é retirar do juiz o poder de revogá-la quando verifique sua inconveniência ou desnecessidade. É tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precária e provisória. Pelo outro extremo, considerar-se sempre cassada a liminar quando a sentença denegue a segurança é tornar inane uma providência cautelar instituída precisamente para evitar lesões irreparáveis. Impõe-se, pois, distinguir as três hipóteses acima enunciadas, facultando-se ao juiz, que preside o processo, a discricção necessária para conceder ou negar, manter ou revogar a suspensão do ato, segundo as peculiaridades do caso ajuizado.

[...] ¹⁵

No mesmo sentido, determina o art. 7º, § 3º, da Lei 12.016 de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança) que “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença”. Entendemos, pois, que não deve a liminar, afinal, sempre subsistir até o trânsito em julgado da sentença denegatória, sob pena de se retirar do magistrado o poder de revogá-la quando verifique sua inconveniência ou desnecessidade, ou seja, tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precária e provisória. Daí por que a lei facultou ao juiz que preside o processo a discricção necessária para conceder ou negar, manter ou revogar a suspensão do ato, segundo as peculiaridades do caso ajuizado.¹⁶

processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 73-74.

⁹ NORONHA, Jardel; MARTINS, Odaléa. *Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Senado Federal, 1969, v. 20, p. 257.

¹⁰ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205.

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 164.

¹² BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993, v. 3, p. 123-124.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do*

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. “Problemas do mandado de segurança”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 73, pp. 50, jul./set. 1963.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 84-85.

¹⁶ Como consta na 36. ed. do livro do mestre Hely, pp. 104-105, que o Min. Gilmar e eu atualizamos, analisando as particularidades do caso concreto, o STJ já admitiu a concessão de medida cautelar para restabelecer liminar que fora cassada quando da denegação da segurança, dando efeito suspensivo a recurso ordinário (Pet/AgR 531-2-ES, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 99/106).

Hesitação do próprio STF na aplicação da Súmula 405

A fragilidade bem identificada pela doutrina também sempre se fez presente na evolução da jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ.

Uma pesquisa no campo de busca na página oficial do Supremo Tribunal Federal acusará pouquíssimos casos, nesses últimos 52 anos, que teriam se utilizado do Enunciado 405, sejam julgamentos colegiados ou monocráticos. Desse conjunto, aparentemente apenas 4 processos são julgamentos colegiados e, por isso, mereceriam uma breve avaliação.

Após a sua aprovação, a Súmula 405 foi aplicada pela primeira vez no AI 36.768, de relatoria do Ministro Hermes Lima, em julgamento de 19/08/1966 (*DJ* 14/12/1966) que apenas se ateve a questões processuais de não provimento de agravo.

A situação concreta cingia-se à alegação de inconstitucionalidade de lei municipal que aumentara tributo após votação da lei orçamentária. Foi impetrado mandado de segurança, concedida liminar, mas denegada a ordem em decisão confirmada pelo TJSP.

Na arrecadação do tributo, a agravante se viu cobrada em multa e juros moratórios e, para evitar essa cobrança, ajuizou ação consignatória. O agravo julgado pelo Tribunal foi a tentativa de revisar a sentença de improcedência nessa ação.

O STF, para negar provimento ao agravo, afirmou que, no caso, aplicava-se a Súmula 405, fazendo-se retroagir os efeitos para antes da liminar. Na prática, é como se a liminar que suspendera a incidência da lei nunca tivesse existido e, assim, natural se tornaria a cobrança da multa e juros.

Note-se que o caso também tratou de tentativa do contribuinte se evadir de pagar tributo no regime exigido por lei.

Nova utilização da Súmula 405 ocorreu em 26/04/1968, no julgamento do RE 60.339, de relatoria do Ministro Carlos Thompson Flores, caso em que se pleiteava a nomeação na regência da cadeira de Terapêutica Clínica da Faculdade Nacional de Medicina.

O Conselho Universitário — por razões não expostas no acórdão — afastou a investidura e o interessado se valeu de mandado de segurança para questionar o ato. Obteve liminar que depois veio a ser cassada. Enquanto na validade dos efeitos da liminar, o interessado obteve a expedição de nomeação e valeu-se disso para obter o exercício interino e cumulativo de cátedra. O diretor da Faculdade negou o pedido, após consultar o juiz de 1º grau que denegara a ordem. Houve, então, novo mandado de segurança e, agora, o Tribunal Federal de Recursos concedeu a ordem sob o argumento de que a nomeação era válida, uma vez que ocorrera na vigência da liminar.

O recurso extraordinário foi contra esse acórdão do TFR e, muito embora, se tenha levantado a Súmula 405, uma rápida leitura do voto do relator demonstra que o caso apresentava diversas outras objeções tanto de natureza substantiva (rotatividade das regências) quanto de natureza processual (não cabimento do segundo mandado de segurança e identificação dos efeitos da liminar).

Em outras palavras, o caso julgado não aparentava ser efetivamente sobre a discussão da aplicação da citada súmula, uma vez que evidentemente a validade da liminar no primeiro mandado de segurança não levaria à nomeação, mas simplesmente à suspensão dos efeitos da decisão do Conselho Universitário com o adiamento do exercício do magistério.

Longo tempo se passou até que o Tribunal examinasse e aplicasse novamente a Súmula 405 por meio de julgamento colegiado.

Tratava-se do agravo regimental em Suspensão de Segurança 984, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (na condição de presidente do STF) julgado em 24/04/1997.

Novamente o caso tinha natureza tributária e a liminar concedida pretendia fixar a situação jurídica de exceção à lei, uma vez que tinha por objetivo liberar o impetrante do recolhimento do imposto de importação à alíquota estabelecida por determinada legislação, quando do desembaraço de veículo automotor adquirido no exterior.

No mesmo sentido: MC/AgR 3.485-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* 24/09/2001, p. 236; MC/AgR 5.557-RJ, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 09/12/2002, p. 316; REsp 463.159-SP, rel. Min. Franciulli Netto, *DJU* 25/04/2005, p. 270. A possibilidade de o Tribunal *ad quem* revigorar os efeitos de liminar cassada por sentença denegatória de segurança parece-nos perfeitamente consentânea com as reformas da legislação processual civil, notadamente com a redação dada ao art. 558 do CPC pela Lei 9.139/1995, que dá ao relator o poder de conceder o efeito suspensivo a recursos que não o tenham. Embora não mencione a apelação em mandado de segurança, o dispositivo legal pode ser aplicado analogicamente. No STJ: REsp 422.587-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* 28.10.2002, p. 241; RMS 351-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 96/175.

A liminar requerida em mandado de segurança fora negada em 1ª instância, mas concedida pelo TRF. Posteriormente, com a notícia de extinção do mandado de segurança sem julgamento de mérito em 1º grau, caducara a liminar do TRF.

Como se percebe, não se falou nesse caso da hipótese específica do tipo de caso que sugeriu a edição sumular em 1963 e, por isso, o ministro relator falou em seu voto de aplicação “*mutatis mutandis*” da súmula. Parece ser óbvio, até por consectário lógico, que perde a eficácia a liminar concedida em 2º grau quando seu objeto está atrelado a processo que deixou de existir, independentemente de súmula ou enunciado¹⁷.

Finalmente, a última referência à Súmula 405 do STF feita em julgamento colegiado ocorreu no julgamento do RE 608.482, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que ocorreu em 07/08/2014.

O Ministro Teori Zavascki assim se pronunciou sobre especificamente a natureza precária das cautelares antecipatórias:

[...]

Com efeito, é decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos ex tunc. Em se tratando de mandado de segurança, há até mesmo súmula do STF a respeito (Súmula 405: ‘Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.’ A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: o seu cumprimento corre por conta e responsabilidade do requerente

(inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, ‘ficam sem efeito’, ‘restituindo-se as partes ao estado anterior’ (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao status quo ante, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

[...] (grifo nosso)

A defesa do ponto, entretanto, parece estar mais endereçada ao problema específico e às consequências da decisão concreta do STF, do que da tese pontual da sobrevivência da liminar mesmo com a superveniência de sentença denegatória.

Isso porque da leitura do acórdão, percebe-se que o caso envolve a interpretação do argumento do “*fato consumado*”, ou seja, a manutenção dos efeitos da liminar, não por conta da segurança jurídica, mas por conta da consolidação de determinada situação inicialmente garantida pela medida cautelar.

Por outro lado, o argumento se dirige também ao julgamento final de mérito da questão e não apenas em relação à sobrevivência da liminar nos limites específicos do processo em curso.

E nesse ponto, o STF tem ampla e consolidada jurisprudência no sentido de rejeitar a chamada “teoria do fato consumado”, o que bem está descrito também na fundamentação do voto do relator, com a citação de vários julgados: julgados RE 405.964 (relator Ministro Dias Toffoli, *DJe* 16/05/2012), AI 794.852 Agr (relatora Ministra Carmen Lúcia, *DJe* 13/03/2011), AI 813.739 Agr (relatora Ministra Carmen Lúcia, *DJe* 1º/02/2011), AI 504.970 Agr (relator Ministro Cezar Peluso, *DJe* 29/08/2012), AI 504.987 Ed (relator Ministro Celso de Mello, *DJe* 1º/07/2011), RE 476.783 Agr (relator Ministra Ellen Gracie, *DJe* 21/11/2008) e RE 635.739 (relator Ministro Gilmar Mendes, *DJe* 03/10/2014)¹⁸.

No caso, o recurso extraordinário se insurgia contra

[...] *acórdão que, com base na ‘teoria do fato consumado’, manteve a recorrida, de modo definitivo, no cargo de agente da polícia civil, no qual tomou posse em virtude de liminar deferida em ação cautelar,*

¹⁷ O STJ, também analisando situação parecida, firmou precedentes no sentido fixado pelo STF: Edl nos Edcl no REsp 750.617, relator Ministro Luiz Fux, *DJe* 18/06/2008; Recurso em MS 17.242, relator Ministro Luiz Fux, *DJ* 21/03/2005; Recurso em MS 8.303, relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* 13/05/2002; Recurso em MS 12.012, relator Ministro José Delgado, *DJ* 04/02/2002; Recurso em MS 10.889, relator Ministro José Delgado, *DJ* 09/09/2002; Recurso em MS 5.230, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, *DJ* 15/05/1995; Recurso em MS 17.242, relator Ministro Luiz Fux, *DJ* 21/03/2005; Recurso em MS 1.057, relator Ministro Milton Pereira, *DJ* 25/10/1993. Trata-se de casos nos quais a liminar concedida em segunda instância perdeu o objeto em virtude de sentença denegatória no primeiro mandado de segurança ou da situação na qual se discutia o efeito suspensivo contra sentença denegatória de segurança.

¹⁸ O STJ também já analisou caso semelhante e que tratava da adoção no Brasil da teoria do fato consumado. Também nesse tribunal a tese saiu perdedora, com a aplicação da Súmula 405 (AgRg no Recurso em MS 47.240, relator Ministro Humberto Martins, *DJe* 11/05/2015).

mesmo que tenha sido reprovada na segunda etapa do concurso (teste físico) e que não tenha se submetido à terceira etapa (exame psicotécnico).

Assim sendo, parece evidente que a segurança jurídica, em realidade, operava, no caso, no sentido contrário ao que pediu a recorrida e não em seu favor.

Tanto é assim que a ementa do acórdão afirma que *"igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima"*.

De fato, o argumento da segurança jurídica deve servir para garantir a conservação de situação jurídica estável no tempo e que, por isso, já conta com certa expectativa de continuidade. Porém, não poderia servir para se consolidar situação artificialmente criada a partir de cautelar antecipatória.

A defesa da natureza precária desse tipo de decisão cautelar constante do voto parece se sustentar exclusivamente nesse tipo de situação na qual a parte maliciosamente tenta, com a intervenção jurisdicional, construir situação ilegítima e, a princípio, postiça.

De qualquer forma, a aplicação da Súmula 405 do STF, além de ser evento raro na história do tribunal, nunca pareceu totalmente alinhada com as premissas sugeridas por uma interpretação literal.

Em outras palavras, a revogação ou suspensão dos efeitos de liminar com a superveniência de sentença denegatória de recurso em mandado de segurança parece ser providência a ser adotada diante de casos tradicionais e normais nos quais a liminar tenha criado situação inovadora que se concretizaria com a confirmação da sentença final.

Modernamente, entretanto, a complexidade das situações jurídicas da vida, especialmente em casos que envolvem mudança de regime jurídico em grandes empreendimentos ou mesmo a subversão de situações subjetivas que pareciam consolidadas e albergadas pela lei, indicam que a sobrevivência dos efeitos de liminar pode demandar uma consideração acerca do caso concreto e não ser revogada de maneira natural, ou seja, automaticamente diante da publicação de sentença denegatória.

A segurança jurídica funciona nesses casos como importante premissa de interpretação, uma vez que pode identificar o ônus pior para a parte, e a solução mais justa diante também da verossimilhança da alegação e da necessidade de certeza jurisdicional do provimento final do processo.

Afirmar isso, entretanto, não significa desdizer que as cautelares antecipatórias têm natureza precária e que o seu cumprimento também envolve a assunção de riscos.

Isso porque, por conveniência jurisdicional e justiça, é possível que o juiz ou o tribunal entenda que a liminar poderia vigor enquanto não transitasse em julgado da sentença definitiva, diante das características do caso e da posição subjetiva do beneficiário da liminar.

Exceções jurisprudenciais à Súmula 405 do STF

Não há dúvida de que a mencionada súmula foi aprovada em um tempo bastante distante, quando nem sequer discutia-se a incidência no ordenamento jurídico dos princípios da proteção à boa-fé e da segurança jurídica. Conceitos que se consolidaram na legislação e na jurisprudência mais recentemente.

Em realidade, a citada súmula se baseou em normas hoje revogadas (a antiga Lei do Mandado de Segurança — Lei 1.533, de 31/12/1951 — e eventualmente o Código de Processo Civil de 1939) e em jurisprudência específica em relação a casos tributários nos quais o tribunal reconheceu que, revogadas as liminares, os impostos e seus acréscimos devidos durante a vigência da liminar poderiam ser cobrados pelo Fisco¹⁹.

Não há qualquer referência nas decisões então proferidas a situações que ensejaram direitos e obrigações de partes que atuaram de boa-fé diante de uma situação que justificava a dúvida jurídica.

Mesmo a Súmula 473 não existia nesse período e somente viria a ser aprovada em 03/12/1969.

Por outro lado, é também evidente que a Súmula 405 existiu para regular as situações comezinhas, mais simples, que não oferecessem complexidades práticas, mas apenas um desconforto processual com a necessidade de fazer retroagir os seus efeitos.

Somente por essa razão a Súmula 405 não ofereceria maiores desafios, uma vez que a previsão

¹⁹ Os já citados casos: RMS 11.106, julgado em 06/11/1963, DJ 05/03/1964; RMS 11.115, julgado em 06/11/1963, DJ 07/05/1964; RMS 11.412, julgado em 1º/06/1963, DJ 22/08/1963.

Os precedentes fazem presumir que foi aprovada para evitar a obtenção de vantagem em virtude de obtenção de liminar em casos nos quais os impetrantes estarem de má-fé e havia certeza em relação à legitimidade dos tributos que estavam impugnados.

antiga de seu texto não seria de incidência automática em qualquer situação analisada atualmente.

Por isso mesmo, o STF construiu várias hipóteses de não aplicação da Súmula 405. Em acórdão de 04/11/1977, por exemplo, no julgamento do RE 85.179, o Ministro Bilac Pinto sintetizou a jurisprudência do STF nos seguintes termos:

[...] Esta Corte, sobretudo no ano de 1966, apreciou alguns casos semelhantes a este agora sob exame. Concedida a liminar, os estudantes-impetrantes puderam frequentar, provisoriamente, a Faculdade, frequência que persistiu com o deferimento da segurança. Mas cassada a segurança, no juízo de segundo grau, encontraram-se estes estudantes, todos universitários, na iminência de perderem alguns anos de estudos. Nestes casos, aqui prevaleceu a situação de fato. Estas as palavras do Ministro Lafayette de Andrada: 'Sem dúvida há objeções de ordem doutrinária contra a tese da sentença que concedeu a segurança. A verdade, porém, é que se criou uma situação de fato, que o tempo já consolidou. Em casos semelhantes, a orientação do Supremo Tribunal tem sido no sentido de atender a tais situações cuja excepcionalidade aconselha encarar o problema mais sob o aspecto da finalidade social das leis do que de uma severa interpretação literal dos textos (RMS 17.144, RTJ 45/589).²⁰

O STJ também já, por diversas ocasiões, atenuou os efeitos da Súmula 405 do STF ou mesmo afastou a sua incidência.

A 2ª Turma do Tribunal, ao apreciar o REsp 944.325-RS, do qual foi relator o Ministro Humberto Martins, entendeu por unanimidade já na sua ementa:

[...] 3. A SÚMULA 405/STF. É certo que existe o enunciado do Pretório Excelso que dá eficácia retroativa à revogação superveniente de liminar em mandado de segurança. A despeito da Súmula 405/STF, é de se admitir excepcionalmente o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados do fato consumado ou da boa-fé objetiva no recebimento de valores pagos em caráter alimentar. Essa postura tem prosperado no próprio STF, quando analisa a devolução de vantagens remuneratórias recebidas de boa-fé por servidores públicos e, posteriormente, declaradas inconstitucionais.

Tratou-se de caso emblemático, uma vez que envolvia o "caso da retinose pigmentar" e, portanto, da chamada eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Antes do julgamento do MS 8.895 (relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento em 07/06/2004), a jurisprudência do STJ era amplamente favorável à determinação judicial de custeio pelo SUS de tratamento no exterior dessa doença da retina.

Em virtude dessa expectativa de vitória jurisprudencial, vários juízes deferiram liminares em favor dos pacientes portadores de retinose pigmentar que, com a mudança do entendimento do STJ, foram revogadas.

A questão, portanto, seria saber se o cumprimento da liminar — que certamente gerou custos ao SUS — deveria reverter em ressarcimento ao sistema com a denegação da ordem.

É caso, portanto, no qual a aplicação da Súmula 405 do STF pareceria desarrazoada e cruel em virtude do apelo natural que questões de saúde geram no Judiciário e no jurisdicionado. O mesmo posicionamento, também pautado em "conceitos jurídicos indeterminados", foi adotado pelo REsp 950.382, relator para o acórdão Ministro Hamilton Carvalhido (julgado em 14/04/2011). Transcrevo trecho da ementa:

[...]

3. É incabível o pedido de restituição de valores despendidos pelo erário, por força de liminar concedida em mandado de segurança posteriormente julgado improcedente, para tratamento de doença grave – retinose pigmentar – em Havana, Cuba, se a pretensão era reiteradamente acolhida no âmbito desta Corte Superior à época da concessão da tutela de urgência e se o tratamento era reputado indispensável para evitar a cegueira completa dos recorridos. Inaplicabilidade da Súmula nº 405/STF.

[...]

No RMS 2.438, de relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, o STJ já tinha se posicionado contrariamente à Súmula 405, conforme está na ementa do julgamento:

[...]

II – A aplicação da Súmula nº 405 do STF enseja ressalvas, porquanto se apóia em precedentes julgados anteriormente à vigência do atual Código de Processo Civil, que deu nova sistemática

²⁰ Também no mesmo sentido o RE 99.128, relator Ministro Oscar Corrêa, julgado em 14/12/1982 (DJ 11/03/1983).

e dimensão às cautelares, e não considerou a legislação superveniente relativa à matéria.

III – A regra, a ser observada, é a de que a eficácia da liminar pode ser suspensa, revogada ou mesmo restabelecida, tendo em conta o caso concreto e os parâmetros legais de regência.

Também no mesmo sentido está o julgamento do Recurso em MS 1.056, relator também o Ministro Pádua Ribeiro (julgamento em 06/09/1993) que, mais uma vez, ponderou acerca da finalidade da mencionada súmula:

[...]

II. A Súmula nº 405 do S.T.F., aprovada sobre a vigência do velho Código de Processo Civil, não mais se ajusta aos princípios e conceitos atinentes à cautela, cujo objetivo é assegurar a eficácia da decisão de mérito.

[...]

Ainda no campo das situações excepcionais, alimentadas por preocupações com a segurança jurídica, o STJ também já afastou a incidência da mencionada Súmula 405 do STF em virtude da discussão acerca da constitucionalidade de legislação tributária. Veja-se, por exemplo, o argumento acolhido no julgamento do AgRg no REsp 1.047.525, relator Ministro Francisco Falcão (julgamento em 03/06/2008):

[...]

II – Tendo em vista que a própria constitucionalidade da exação vem sendo discutida no âmbito do STF, faz-se prudente a manutenção da decisão que receber a apelação com o duplo efeito apesar de ter sido denegada a segurança. Em hipóteses com a presente a manutenção da tutela de urgência deve ser viabilizada, mitigando-se o preceito contido na súmula 405 do STF. [...]

[...]

Na mesma linha também se deu o julgamento do REsp 787.051, relatora Ministra Eliana Calmon (*DJ* 17/08/2006).

III A segurança jurídica e a Súmula 405 do STF

Liminares conservativas

A questão de se saber a eficácia de uma liminar no tempo, mesmo quando tenha sido revogada, desperta, portanto, preocupações em relação ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF).

Isso porque o deferimento da liminar, especialmente em caso em que se conserva uma

situação jurídica já existente de longa data, dá ao jurisdicionado a segurança de que as regras anteriormente vigentes continuarão a sê-las até o julgamento final do mandado de segurança.

A questão é fundamental e necessita o estabelecimento de uma clara diferenciação entre liminares constitutivas e liminares conservativas. Há liminares que criam uma situação jurídica artificial sempre com o objetivo de garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional. Nesses casos, a nova situação constituída é, de fato, requisito para que a sentença final obtenha o seu resultado de resguardo a um direito.

Por outro lado, há também liminares que tem o objetivo de resguardar e manter uma prévia condição jurídica do impetrante, especialmente quando sua anterior situação jurídica é surpreendida com o advento de um ato administrativo ou normativo que altera significativamente sua posição, ameaçando, portanto, direitos que já vinham sido exercidos ou contextos contratuais e/ou estatutários já estáveis e consolidados no tempo. Para esses casos, torna-se óbvio que a liminar não inova, uma vez que ela é deferida para evitar uma inovação que alegadamente coloca direitos do impetrante em risco. São liminares, portanto, de caráter conservativo.

Nesse segundo caso, o problema da segurança jurídica se coloca com evidência a ponto de comprometer o postulado de que a sentença denegatória revoga naturalmente a liminar deferida.

Para tais situações, é bastante provável que, diante das alegações do impetrante e do contexto jurídico, social, político ou econômico, seja mais razoável e equitativa do ponto de vista jurisdicional, aguardar para que somente com o trânsito em julgado do processo aquela situação conservada com a liminar se altere com a decisão final desfavorável.

Do contrário, o impetrante poderia ser submetido às idas e vindas processuais, com a sucessão de opiniões e decisões jurisdicionais que enfraqueceriam estruturalmente o seu direito. Em outras palavras, seriam situações nas quais a simples possibilidade de revisão em instância superior seria suficiente para justificar a manutenção da liminar mesmo diante da sentença que denega a segurança.

O jurisdicionado beneficiado com o deferimento da liminar deve imaginar que sua futura eventual revogação desfaria os efeitos sentidos agora? Se sim,

qual seria a utilidade, portanto, do deferimento da liminar? Prestar-se-ia a liminar efetivamente a proteger um direito sob a ameaça se, acaso revogada, retroagisse os efeitos da decisão revogadora?

Por óbvio, essas questões colocam em cheque a própria dignidade da atuação do Poder Judiciário e sua autoridade em resguardar direitos.

Segurança jurídica do Direito brasileiro

Essa estabilidade jurídica, ao menos até a decisão final e definitiva do mandado de segurança, é precisamente aquilo que é protegida pelo princípio da segurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988 prevê esse postulado normativo, no *caput* do art. 5º, quando fixa a segurança como valor fundamental dos direitos e deveres individuais e coletivos ao lado do “direito à vida”, “direito à liberdade”, “direito à igualdade” e “direito à propriedade”.

Há, portanto, obrigação do Estado, em qualquer nível e esfera do Poder Público, em respeitar as justas expectativas do cidadão, a sua própria boa-fé diante de promessas dadas pelos atos das autoridades, inclusive quando se trata de atos decisórios do Poder Judiciário.

Para Gomes Canotilho, o princípio da segurança jurídica está ao lado do princípio da legalidade, da proibição de excesso e da proteção jurídica, como postulados fundamentais do próprio Estado Democrático de Direito. Destaco trecho de seu pensamento:

[...] Relativamente aos actos da administração, o princípio geral da segurança jurídica aponta para a idéia de *força de caso decidido dos actos administrativos*. Embora não haja um paralelismo entre sentença judicial e força de caso julgado e acto administrativo e força de caso decidido (*Bestandkraft*) entende-se que o acto administrativo goza de uma tendencial imutabilidade que se traduz: (1) na autovinculação da administração (*Selbstbindung*) na qualidade de autora do acto e como conseqüência da obrigatoriedade do acto; (2) na tendencial irrevogabilidade a fim de salvaguardar os interesses dos particulares destinatários do acto (proteção da confiança e da segurança).²¹

O próprio Direito brasileiro já indicava a sua aplicação por meio de famosos institutos do direito

público e do direito privado, tais como a coisa julgada²², a preclusão²³, a irretroatividade das leis que não poderão prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito²⁴, etc.

A Lei 9.784, de 29/01/1999, fixou explicitamente o princípio no campo do processo administrativo e do Direito Administrativo, especialmente nos arts. 2º, *caput* e parágrafo único, IX.

Os arts. 53 e 54 da mencionada lei, ao fixar regras de autotutela da Administração Pública e de decadência administrativa, são exemplos eloquentes da importância da noção de segurança jurídica no âmbito do processo.

Os conceitos de preclusão, prescrição e decadência são também consuetudinários no processo civil e penal da ideia de proteção à segurança jurídica e das expectativas legitimamente criadas no cidadão.

Em realidade, a própria Súmula 473 do STF, aqui já considerada, é mais um exemplo valoroso da importância central da segurança jurídica a nortear as atividades do Poder Público, evidenciando que o poder-dever da Administração de revogar seus próprios atos não se justifica sem que se respeite a esfera de liberdade e de direitos subjetivos do administrado.

É o que já ensinava Themístocles Cavalcanti:

[...] *Poder-se-ia trazer para aqui a teoria da coisa julgada na órbita administrativa, para mostrar que nesses casos, isto é, quando o ato já produziu os seus efeitos e criou para terceiros situações jurídicas subjetivas, não pode a administração, sem ferir direitos individuais, revogar ou modificar o seu ato, perfeito e acabado.*²⁵

Assim, torna-se evidente que o interesse público que sustenta o princípio da legalidade, sob o viés do Estado Democrático de Direito, também exige que a legalidade seja construída a partir do quadro

²² CPC - Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

²³ Arts. 245 e 473 do CPC.

²⁴ CF/88 - “Art. 5º. [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

²⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, pp. 67-68; também na mesma linha MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 260.

de proteção do cidadão que adquiriu direitos e desenvolveu expectativas legítimas.

Os princípios da legalidade e da segurança jurídica encontram-se em uma tensão constante e acabam por definir mútuas condicionantes que flexibilizam os rigores de suas aplicações individuais.

No campo do Direito Administrativo onde a ideia de segurança jurídica se desenvolveu, a doutrina já se consolidou no sentido de que as prerrogativas do Estado-império não podem prescindir da consideração acerca da situação concreta e individual do cidadão²⁶.

Também na mesma linha, a manifestação de Almiro Couto e Silva:

[...] caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexistam óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.

Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia da proteção à boa-fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis...

OTTO BACHOFF afirma que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica.²⁷

A segurança jurídica, nesse contexto, é formada por duas ideias fundamentais que orientam o agir do Poder Público: a confiança legítima que proíbe a Administração de frustrar a justa expectativa do administrado; e a boa-fé que exige da Administração agir com lealdade e transparência com o administrado.

Canotilho destaca o seguinte ponto:

[...]

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente

associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *proteção da confiança* se prende mais como as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. ...

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo [...] pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e validas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.²⁸

Segurança jurídica no STF

O valor do princípio da segurança jurídica, como sustentáculo da concretização das expectativas legítimas e da boa-fé, é reafirmado por meio de já pacífica jurisprudência do STF sobre o assunto.

Para o STF, o princípio da segurança jurídica deve ser entendido como pauta interpretativa obrigatória da atuação do Poder Público em suas diversas facetas.

Veja-se o que afirmou o Ministro Gilmar Mendes:

[...] Desde sempre a melhor doutrina destacou, especialmente a partir das experiências europeias, que, em razão das exigências axiológicas antes referidas – e, também, do devido processo legal -, na anulação de ato administrativo devem ser considerados, como parte do problema jurídico a equacionar, a existência, de um lado, da ‘possibilidade de haver-se como legítimo ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição, em tais casos, de direitos adquiridos, e, de outro lado, considerando-se exaurido o poder revisional ex officio da Administração, após um prazo razoável’ (REALE, Miguel. Revogação e anulamento do ato

²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240; FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 39-40.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 90.

²⁷ COUTO E SILVA, Almiro. “Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”, *Revista de Direito Público*, 84/46.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.*, p. 252.

administrativo. Forense. Rio de Janeiro. 1980. 2ª ed. Ver. E atual., pág. 67/73).

[...]

Em diversas oportunidades esta Corte manifestou-se pela aplicação desse princípio em atos administrativos inválidos, como subprincípio do Estado de Direito, tal como nos julgamentos do MS 24.268, DJ 17.09.04 e do MS 22.357, DJ 05.11.04, ambos por mim relatados.²⁹

O caso mais importante no uso da segurança jurídica para avaliar a atuação do Poder Público no campo das liberdades individuais — e também o caso que significou o ponto de inflexão da própria jurisprudência do STF — foi o MS 22.357³⁰, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (DJ 05/11/2004), no chamado caso *Infraero*.

O Tribunal entendeu que, apesar de servidores da *Infraero* terem sido contratados sem o devido concurso público, não era possível, na linha da decisão do TCU, a exoneração desse pessoal, uma vez que, na época das contratações, não havia consenso em relação ao formato de admissão de servidores de empresa pública.

Por outro lado, um longo período já havia transcorrido desde aquela seleção de 1993 e, somente após o julgamento do MS 21.322³¹, a tese da exigência de concurso público, mesmo para empregados públicos de empresas públicas, passou a ser definitiva.

Assim se expressou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto condutor, ao avaliar a posição do princípio da segurança jurídica e a própria boa-fé dos servidores:

[...]

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

[...]³²

[...] aqui considero, sobretudo: a boa fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da *Infraero*; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à existência de concurso

público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, § 1º, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé.

[...]³³

A tese da segurança jurídica se consolidou no âmbito do STF, tendo sido outra vez reafirmada pelo plenário no julgamento do MS 24.268, também da relatoria do Ministro Gilmar Mendes³⁴, quando se anulou decisão do TCU concedida a servidora pública há 18 anos, que cancelara o pagamento de pensão especial.

Também nesse caso, os elementos concretos se destacavam ao formar um mosaico de aspectos que impressionava pelo rompimento das expectativas criadas pela servidora pública depois de extenso tempo em que acreditou estar consolidada sua situação jurídica.

Ainda na mesma linha, estão os acórdãos do RE 217.141 — Agr e RE 466.546, julgados em 14/02/2006 (ambos de relatoria do Min. Gilmar Mendes) por meio dos quais a 2ª Turma do STF entendeu que o ato de aposentadoria com fixação de proventos e o ato que homologara transposição não poderiam ser alterados com base no princípio da segurança jurídica, mesmo se o ato administrativo tivesse se baseado em lei declarada inconstitucional pelo próprio STF.

Também no julgamento do RE 442.683, de relatoria do Ministro Carlos Velloso (13/12/2005) a 2ª Turma do STF aplicou o princípio para reconhecer a consolidação de situação que possibilitou a progressão de servidores públicos mediante concurso interno após passados 16 anos³⁵.

Mesmo no controle concentrado de constitucionalidade de emendas constitucionais, o princípio da segurança jurídica se transformou em pauta recorrente, o que, inclusive, atesta o seu *locus*

²⁹ Ag no RE 217.141-SP, rel. Ministro Gilmar Mendes, RTJ 201/740 e 741.

³⁰ RTJ 192/620.

³¹ Rel. Min. Paulo Brossard - Decisão foi publicada em 23/04/1993.

³² p. 9 do voto.

³³ Fls. 11-12 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

³⁴ MS 24.268, DJ 17/09/2004, RTJ 191/922.

³⁵ Ver também no mesmo sentido, FURTADO, Marcus Vinicius Coêlho. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Apresentação de Arnoldo Wald. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 121.

constitucional como norma inserida nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF).

Foi o que ocorreu, por exemplo, da declaração parcial de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 52/2006 no âmbito da ADI 3.685, de relatoria da Min. Ellen Gracie (22/03/2006), quando se decidiu que a norma que institucionalizava a verticalização das eleições não poderia vigorar no pleito de 2006.

Além disso, é importante destacar que desde a famosa decisão do STF no MS 22.357 (caso Infraero já citado), o princípio da segurança jurídica passou a ser argumento recorrente nas decisões do STF e mesmo nas discussões em torno dos temas da “repercussão geral da questão constitucional”.

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi tratada várias vezes, em importantes acórdãos, especialmente a partir de 1990, invocando-se tanto o respeito ao princípio da confiança, quanto ao devido processo legal substantivo, ou, ainda, a vedação de *venire contra factum proprium* como princípio geral do direito³⁶. Todos os casos tratam, na realidade, do que se poderia denominar, com o Professor Atílio Alterini, de “responsabilidade objetiva derivada da geração de confiança”³⁷.

No campo do Direito Tributário, um dos julgados se refere à modificação da alíquota de imposto em relação à exportação já autorizada e em curso de execução. No caso, a decisão foi de reconhecer que o Poder Público pode alterar a alíquota, que não deve, todavia, afetar as operações em curso³⁸.

Já no campo do Direito Administrativo, houve decisões relevantes no sentido de que também o Estado deve observar, em suas relações com os particulares, o princípio da boa-fé, não servindo como justificativa, para a prática de atos arbitrários, a supremacia do interesse público sobre o privado.

³⁶ Anteriormente houve um acórdão do STF que entendeu ser princípio geral do direito a vedação da parte de “*venire contra factum proprium*” (RE 86.787-RS, j. 20/10/1978, Rel. Min. Leitão de Abreu).

³⁷ ALTERINI, Atílio Aníbal. “Responsabilidade objetiva derivada de lageneración de confianza”, *Revista de Direito Civil*, n. 73, pp. 5-16, jul./set. 1995.

³⁸ MS 4.772-DF, RSTJ 113/25, contra o Ministro da Fazenda, rel. Min. Adhemar Maciel, decisão da 1ª Seção de 12/11/1997. Acompanham o relator os Ministros José Delgado, Humberto Gomes de Barros, Hélio Mosimann e Milton Luiz Pereira.

No ROMS 1.883, por exemplo, o Tribunal entendeu que a concessão do mandado de segurança não podia ter efeitos patrimoniais pretéritos, conforme a jurisprudência sumulada. E acrescentou a ementa do acórdão cujo relator foi o Ministro Edson Vidigal, acompanhado pelos Ministros *Felix Fischer*, *Gilson Dipp* e *José Arnaldo da Fonseca*:

*2. Julgado que, aplicando esse entendimento, rejeita pedido diametralmente oposto a ele, está dispensado, porque o fez de forma implícita, da análise explícita da inconstitucionalidade da Lei 5.021/66, Art. 1º, embora fosse competente para tanto, na forma incidental, ademais de não poder alegar nulidade quem a ela deu causa.*³⁹

Por sua vez, o acórdão do REsp 14.1879 entendeu descabida a anulação de contrato de venda realizado por município, se possível a sua regularização. A ementa acrescenta que:

A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.

*Recurso não conhecido.*⁴⁰

O acórdão do STJ, no mencionado REsp, adotou os fundamentos da decisão recorrida, tendo o voto do relator ressaltado que:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.

No Recurso Especial 300.116⁴¹ da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, que foi acompanhado pelos Ministros José Delgado e Francisco Falcão, fixou-se a premissa de que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é de ordem absoluta”, não podendo servir como fundamento para atos ilegais e arbitrários, justamente pela proteção à boa-fé e à confiança:

³⁹ Decisão unânime da 5ª Turma de 1º/12/1999, relator Ministro Edson Vidigal.

⁴⁰ Decisão unânime da 4ª Turma de 17/03/1998, relator Ministro Ruy Rosado.

⁴¹ J. 06/11/2001, RSTJ 154/104.

De início, considerou-se a administração, livre para desfazer seus próprios atos, independentemente de qualquer cautela. Bastava a alegação de que o ato malsinado padecia de nulidade.

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da autotutela da administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse público.

[...] Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.

Tal princípio, muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.

O mencionado acórdão adotou os fundamentos do parecer ministerial proferido nos autos com os seguintes termos:⁴²

O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia.

Ainda no âmbito do Direito Administrativo, cumpre ressaltar o relevante acórdão relatado pelo Ministro Paulo Medina, no que foi acompanhado pelos Ministros Peçanha Martins, Eliana Calmon e Laurita Vaz que, além de ter condenado o Estado à reparação do dano patrimonial, condenou-o ainda ao pagamento de danos morais, por violação ao princípio da boa-fé e confiança:⁴³

O resultado danoso (o desfazimento do contrato e a dor psicológica imputada aos recorrentes) decorrentes do instrumento público falso (nexo causal), estão a autorizar a condenação do Estado, fundada na responsabilidade civil deste.

Acresça-se que ao Estado incumbe a atuação fundada nos princípios da confiança e boa-fé, que devem pautar todas as relações travadas com os administrados. A conduta que importa violação

desses deveres tem nítido caráter de ilicitude. Posto isso, provejo o recurso especial, entendendo cabível no caso a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de danos morais aos recorrentes.

IV Conclusão

A Súmula 405 do STF, aprovada em 1963, encerrou enunciado normativo de frágil aplicação como foi demonstrado, especialmente porque se baseava em premissas muito específicas levantadas dos casos que serviram como seus precedentes.

Tais precedentes foram coletados a partir da discussão de um tema específico apreciado pelo STF, circunscrito à interpretação da Lei Estadual 1.037, de 28/05/1951. Sua base, portanto, não está ligada a uma diversidade de hipóteses e de casos concretos que pudessem conferir ao enunciado eventual caráter de generalidade e abrangência. Esse fato, certamente, corrompeu a sua aplicação de forma repetitiva ao longo dos anos de produção jurisprudencial do STF. Não é, portanto, de se surpreender que a Súmula 405 tenha tido utilização bastante restrita, considerando o fato de que o uso da tese, já na sua origem, se mostrava como aplicação secundária e processual a resolver tópico bastante específico da competência do STF naquele ano de 1963.

Com o tempo, a aplicação da Súmula 405 do STF passou a exigir maior sofisticação, diante das situações concretas que pareciam ser mais complexas e difusas. A esse quadro se agrega as repetidas alterações legislativas e a criação de novos institutos processuais, o que ajudou a tornar ainda mais obsoleto o enunciado sumular.

Desde o início, entretanto, a tese da suspensão abrupta dos efeitos da liminar com a superveniência de sentença denegatória, embora parecesse processualmente a conclusão lógica e o único caminho aceitável, mostrava-se preocupante se projetada no horizonte de questões mais amplas. O STJ, por exemplo, soube demonstrar que, em matéria de direitos fundamentais sociais, a radicalidade da súmula poderia trazer problemas aos que foram inicialmente beneficiados com o provimento cautelar deferido em função de prévia e pacífica jurisprudência de momento. Também é fácil perceber que, diante de inesperadas e estruturais mudanças em regimes jurídicos até então consolidados — especialmente quando envolvem empreendimentos de alto custo financeiro e administrativos construídos e mantidos para prestação

⁴² O autor do citado parecer é o então Procurador da República, Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

⁴³ Julgamento unânime da 2ª Turma de 15/10/2002.

de serviços públicos — a liminar inicialmente deferida deveria se conservar até a resolução final do processo, de forma a evitar sucessões de recursos e decisões que tragam ainda mais insegurança e instabilidade à situação fática do impetrante.

Tal avaliação somente pode ser feita com profundidade à luz da ideia de segurança jurídica, tomando por base que a autoridade jurisdicional, bem como a Administração Pública, necessariamente precisam se submeter aos postulados da confiança legítima e da boa-fé perante o jurisdicionado. Assim sendo, parece razoável supor que o problema jurídico da validade ultra ativa da liminar em mandado de segurança remete mais à análise de princípios como o da segurança jurídica e da boa-fé do que de premissas lógico-formais de natureza estritamente processual. A complexidade dos problemas modernos e o ativismo jurisdicional dos tempos atuais não permite que o juiz do século XXI examine questões como essa a partir de uma avaliação meramente processual ou com base na dogmática mais tradicional do direito do processo.

Essa preocupação, somada à fragilidade inerente do enunciado do STF, sugere que a conservação da Súmula 405 do STF traz mais confusão e problemas do que abre portas para melhor resolver as questões submetidas ao Poder Judiciário. É fácil perceber que se a liminar deferida em mandado de segurança não tiver caráter conservativo, a tendência é que o juiz, ao proferir sua sentença denegatória, casse sua decisão anterior, salvo se verificar, do exame do caso concreto, indícios de que a cassação poderá trazer jurídica e processualmente mais ameaças e riscos ao impetrante. De uma forma ou de outra, a validade da liminar para além da sentença deve ser tema afeto aos dramas circunscritos do caso sob análise, exame esse que necessariamente precisa ser feito pelo juiz de forma livre e autônoma, sem se vincular a orientações normativas que, a pretexto de facilitar a vida do magistrado, podem criar problemas insolúveis ao jurisdicionado e à própria sociedade.