ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS:
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

ERICA DE OLIVEIRA CARNEIRO

RIO DE JANEIRO

2010

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são da responsabilidade exclusiva da autora.

ERICA DE OLIVEIRA CARNEIRO

A TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS:
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

Monografia jurídica apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Professor Doutor Valter Shuenquener de Araújo

Coorientadora: Professora Doutora Nèli Fetzner.

RIO DE JANEIRO

2010

ERICA DE OLIVEIRA CARNEIRO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR VALTER SQUENQUENER DE ARAÚJO

COORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA NÈLI FETZNER

Monografia Jurídica apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, como requisito necessário à obtenção do título de Pós-Graduação.

Aprovada por:

Professor Doutor Valter Shuenquener de Araújo (Orientador)

Professor

Professor

RIO DE JANEIRO

2010

AGRADECIMENTOS

O crédito do trabalho deve-se primeiramente a Deus, quem, com seu amor incondicional, cercou-me de pessoas especiais.

Agradeço aos meus pais, Edna e Paulo, pela amizade e confiança incomparáveis.

Dedico os meus agradecimentos ao professor Valter Shuenquener de Araújo, pela paciência e atenção ao longo do desenvolvimento da monografia.

Agradeço também a toda equipe da EMERJ, em especial à orientação da professora Neli Fetzner e à Anna Dina, sempre atenciosa.

RESUMO

A monografia tem como tema a tutela das expectativas legítimas. O escopo é estabelecer os parâmetros de aplicação do princípio em estudo às relações entre particular e o poder público, em todas as suas esferas de atuação estatal. Predomina que da ilegalidade de um ato administrativo resultaria apenas a declaração de nulidade com eficácia *ex tunc*, alcançando a condição de dogma no direito brasileiro. Por meio da preservação individual da medida do poder público, com a modulação temporal da eficácia da invalidação, é possível proteger satisfatoriamente o particular das inconstâncias administrativas, legislativas e judiciais, incentivando uma solução alternativa à preservação definitiva do ato e à outorga de uma indenização. Contra situações abruptas ou injustas, o princípio da proteção da confiança, apesar da sua natureza excepcional e subsidiária, pode ser a única resposta eficaz solucionar um conflito, desde que com a rigorosa verificação dos seus pressupostos. Por concretizar o princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança fortalece o Estado de Direito, e enfatiza a sua dimensão subjetiva. A outorga de *status* constitucional a esse princípio permite-o ser confrontado com o princípio da legalidade, enquanto que a condição de princípio constitucional nem sempre é reconhecida ao princípio da boa-fé. O princípio da legalidade, que seria a faceta objetiva da segurança jurídica, e o princípio da proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito. O princípio da proteção da confiança, assim como o da legalidade, são subprincípios do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, constitui um subprincípio do princípio do Estado de Direito. Todas as manifestações de vontade do Estado, independente se originadas do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, são hábeis a criar uma expectativa legítima no cidadão. O princípio da proteção da confiança deve ser aplicado a todos os Poderes da República, e funciona como um limite ao poder normativo do Legislativo e à mudança de orientação jurisprudencial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 07

1 – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA 10

1. 1 – FUNDAMENTOS 10

1. 1. 1 – Boa-fé objetiva 10
1. 1. 2 – Segurança jurídica 13
1.1.2.1. As novas inseguranças e a segurança do Direito 13
1.1.2.2 – Segurança Jurídica como valor e princípio constitucional 16
1.1.2.3 – O princípio da segurança jurídica como fundamento do princípio da proteção da confiança 17
1. 1. 3 - Abordagem no Direito comparado 19
1. 1. 3. 1 – Direito alemão 20
1. 1. 3. 2 – Direito comunitário europeu 22
1. 1. 3. 3 – Direito francês 24
1. 1. 3. 4 – Outros direitos alienígenas 25
1. 1. 4 – Abordagem no Direito brasileiro e conclusões sobre o tema 30

1. 2 – EXISTÊNCIA DA CONFIANÇA 33

1. 2. 1 – A base da confiança 33
1. 2. 2 – A existência subjetiva da confiança 37
1. 2. 3 – O exercício da confiança por meio de atos concretos 39
1. 2. 4 – Um comportamento estatal que frustre a confiança 41

2 – A TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA 42

2. 1 – A LEGALIDADE SOB UMA ÓTICA PÓS-MODERNA 42

2. 1. 1 – O neoconstitucionalismo e a crise da lei formal 42

2. 1. 2 – O princípio da juridicidade administrativa 48

2. 2 – A TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS 53

2.2. 1 – Administração Pública: o princípio da proteção da confiança como limite à anulação de atos administrativos, à revogação de atos administrativos e ao poder normativo da Administração 58

2. 2.1.1 – O princípio da proteção da confiança como limite à anulação de atos administrativos 58

2.2.1.1.1 - Os atos objetos de aplicação da tutela da confiança 62

2.2.1.1.2 - A exigência de legitimidade da expectativa 71

2.2.1.1.3 - Frustração da expectativa de terceiros como limite à tutela da confiança. 77

2.2.1.2 – O princípio da proteção da confiança como limite à revogação de atos administrativos 78

2.2.1.3 – O princípio da proteção da confiança como limite ao poder normativo da Administração 82

2.2.1.3.1 - O direito a um regime de transição 89

3 – OS OUTROS PODERES DA REPÚBLICA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA 90

3.1 – PODER LEGISLATIVO: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO LIMITE AO PODER NORMATIVO 91

3.2 – PODER JUDICIÁRIO: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO LIMITE À MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 94

CONCLUSÃO... 101

REFERÊNCIAS 105

INTRODUÇÃO

No atual cenário sócio-político inconstante, em que políticas públicas são revistas num piscar de olhos, a tutela da confiança exprime a necessidade de um instrumento jurídico para aumentar a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídico-administrativas no Brasil. Em certos momentos, o particular tomará decisões que afetarão de forma irreversível o destino da sua vida, e a confiança depositada nas instituições públicas desempenhará um papel fundamental na escolha.

O escopo do estudo é estabelecer os parâmetros de aplicação do princípio da proteção da confiança às relações entre particular e o poder público. A sistematização da tutela da confiança afasta um casuísmo que pode surgir se conflitos de interesses forem dirimidos segundo o fundamento genérico da segurança jurídica ou da boa-fé do administrado. Com o incentivo à formação de critérios mais precisos, os interesses públicos não ficarão comprometidos pela tutela dos interesses e direitos dos cidadãos perante o Estado.

No primeiro capítulo, a monografia localiza no Direito os que seriam os principais fundamentos do princípio da proteção da confiança – a boa-fé objetiva e a segurança jurídica. Com a proximidade entre o princípio da proteção da confiança e o da boa-fé objetiva, busca-se estabelecer as suas distinções e semelhanças, ressaltando o caráter unidirecional da tutela da confiança no que tange à relação indivíduo/Estado. Há também uma preocupação em desenhar o quadro atual da segurança jurídica no país, com a referência às novas inseguranças do Direito. Com efeito, há uma análise do princípio da segurança jurídica em sua dimensão axiológica, e a sua relação íntima com a tutela da confiança.

A atualidade do tema pode ser aferida no seu estudo no direito comparado, com destaque à jurisprudência das Cortes Européias, inclusive do Tribunal de Justiça das

Comunidades Européias. Em prol de um processo de sistematização do princípio da proteção da confiança, há a abordagem da sua dimensão no cenário internacional, com destaque aos direitos alienígenas mais preocupados com a proteção de uma expectativa legítima. Com a experiência do direito estrangeiro, em conjunto com os pressupostos do ordenamento jurídico brasileiro, o capítulo conclui qual seria o melhor fundamento para respaldar o princípio da proteção da confiança, os critérios para a existência de confiança e trata da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Estabelecidos os parâmetros da tutela da confiança, a monografia delimita o estudo à relação à tutela das expectativas legítimas do particular perante o Estado, em todas as suas esferas de atuação. No segundo capítulo, o tema é contextualizado no movimento atual de constitucionalização do Direito, que repercute na reformulação conceitual da legalidade administrativa. Como a Constituição passa a substituir a lei como embasamento da vinculação administrativa à juridicidade, o princípio da legalidade é tratado como um "princípio da constitucionalidade ou da juridicidade". Dessa forma, o comportamento estatal que gera a expectativa legítima dos administrados e vem a frustrá-la posteriormente cria uma equação de ponderação, em que, por um lado, há a violação expressa do princípio da legalidade, e, por outro lado, a afronta à segurança jurídica na sua vertente subjetiva, que é a proteção da confiança.

Em seguida, o enfoque do estudo é a relação da Administração Pública com o princípio da proteção da confiança como limite à anulação de atos administrativos, à revogação de atos administrativos e ao poder normativo da Administração. A todo instante, há interface dos parâmetros analisados no primeiro capítulo e o agir administrativo, com a atenção a casos reais da jurisprudência brasileira. Como todas as manifestações de vontade do Estado, independente se originadas do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, são hábeis

a criar uma expectativa legítima no cidadão, o terceiro capítulo defende a aplicação do princípio da proteção da confiança a todos os Poderes da República, que funciona como um limite ao poder normativo do Legislativo e à mudança de orientação jurisprudencial.

A proteção da confiança, legitimamente despertada no titular de uma situação jurídica, prestigia a ampliação da proteção dos interesses e direitos do particular perante o poder público, estabelecendo limites ao poder criativo e de revisão dos Poderes da República, sem comprometer a dinâmica do agir estatal. O cidadão, por acreditar na continuidade de reiterado comportamento estatal, direcionou alguns planejamentos de vida, e deve buscar a tutela da sua legítima expectativa. Atenta ao fato de que a confiança nos atos estatais é determinante no sucesso do Brasil, a monografia apresenta caminhos ao Estado para conjugar a autotutela administrativa e a proteção da confiança do particular, como um regime de transição.

1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

1.1. FUNDAMENTOS

Considerando que se trata de um princípio sem positivação expressa, faz-se necessário localizar no Direito o fundamento responsável por lhe fornecer o suporte jurídico pertinente. Buscar-se-á uma análise das duas principais posições, com a adoção de um posicionamento ao final.

1.1.1 – Boa-fé objetiva

Segundo Gerson Luiz Carlos Branco, o princípio da proteção da confiança possui autonomia científica, mas tem sido tratado no Brasil com certa dependência do princípio da boa-fé[1].

A aplicabilidade do primeiro princípio possui maior abrangência do que o segundo, mas, como a boa-fé[2] incorpora o valor ético da confiança, possui papel determinante na concreta tutela de uma justa expectativa[3].

---

[1] BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança : elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos.* In: Revista de Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, v. 12, ano 3, out-dez de 2002, p. 184.

[2] A cláusula da boa-fé, no âmbito do direito privado, impõe, a fim de otimizar um comportamento contratual, deveres de cooperação e de proteção de interesses recíprocos, bem como é utilizada como cânone de interpretação e integração de um contrato de acordo com a função econômico-social que é chamada a realizar. A ênfase dada à cooperação entre os contratantes e a um maior respeito aos interesses da outra parte resulta num aumento de deveres e, assim, numa maximização do conteúdo contratual, justificando uma responsabilidade pré e pós-contratual. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé como modelo (uma aplicação teórica da Teoria dos Modelos de Miguel Reale).* p. 198-206. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Além disso, há a importância da boa-fé para o equilíbrio contratual e para limitar o exercício de direitos, e, na sua atuação negativa, conduz à máxima que proíbe o *venire contra factum proprium*, que é uma especificação da antiga Teoria dos Atos Próprios. Trata-se da proibição a quem exerce determinada posição jurídica que atue em contradição a um comportamento anterior – é uma vedação genérica à deslealdade. *Ibid*, p.214-5.

[3] BRANCO. Op. cit. p. 185.

O princípio da proteção da confiança pode ser empregado quanto a normas estatais genéricas, ou em uma relação concreta entre o particular e o Estado, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva exige uma relação de confiança individualizada, isto é, uma relação concreta entre o cidadão e o Estado[4] [5]. Humberto Ávila[6] esclarece que:

> Para que o princípio da boa-fé possa ser aplicado é necessária a concorrência de vários requisitos, a saber: (1) relação entre o Poder Público e o contribuinte baseada em ato ou contrato administrativo cuja validade seja presumida; (2) relação concreta envolvendo uma repetição de comportamentos, de forma continuada, uniforme e racional por uma pluralidade de agentes fiscais que executam o ato ou contrato administrativo como se válido fosse; (3) relação de confiança envolvendo as partes e terceiros; (4) relação de causalidade entre a confiança do (*sic*) e os atos praticados pelo Poder Público; (5) situação de conflito entre o comportamento anterior e o atual por parte do Poder Público; (6) continuidade da relação por período inversamente proporcional à importância do ato ou contrato administrativo aplicado.

A aplicação da boa-fé objetiva na Administração Pública exige um comportamento estatal desonesto ou desleal. Nesse ponto, evidencia-se com maior clareza o campo de atuação ampliado do princípio da proteção da confiança, porque a expectativa do cidadão pode ser digna de merecer tutela, também quando o poder público atua de forma proba[7]. Pode acontecer um comportamento do Estado ao mesmo tempo ético e contraditório. Afinal, a modificação, por exemplo, da normatização da esfera jurídica de um particular nem sempre será imputável a uma conduta desleal do Estado – inclusive, aquela alteração talvez seja uma exigência da própria sociedade[8].

---

[4] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Em Busca da Tutela das Expectativas Legítimas***.** Tese de Doutorado apresentada junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2008. p. 185.

[5] No mesmo sentido, HUMBERTO ÁVILA explica que a expectativa pode ser produzida em virtude de um ato jurídico de cunho geral, impessoal e abstrato, ou seja, de atos normativos editados pelo poder público, como as leis e os regulamentos, que possuem presunção de validade. O princípio da proteção da confiança incide quando um ato normativo, com validade presumida, cria uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento. Igualmente, a expectativa pode ser formada em razão de ato jurídico de cunho individual, pessoal e concreto, ou seja, por meio de contatos individuais do poder público com os particulares, como, por exemplo, por meio de atos administrativos. *Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes.* Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-HUMBERTO-AVILA.pdf . Acesso em 16 de jan. de 2010. p. 6.

[6] *Ibid*.

[7] ARAÚJO. Op. Cit. p. 184.

[8] ARAÚJO. Op. Cit. p. 184-5.

Patrícia Baptista ressalta que o maior espectro da atuação do princípio da proteção da confiança resulta da outorga de *status* constitucional a esse princípio que o permite confrontar o princípio da legalidade e também se opor ao Poder Legislativo, enquanto que a condição de princípio constitucional nem sempre é reconhecida ao princípio da boa-fé[9]. A tutela da confiança, por decorrer do princípio da segurança jurídica, assegura a previsibilidade e estabilidade das condutas da Administração Pública com mais eficiência do que a tutela da boa fé[10]. Ao contrário da tutela da confiança, que se dedica a uma relação unidirecional entre o indivíduo e o Estado, o princípio da boa-fé objetiva possui um caráter multilateral, pois pode ser invocado tanto pelo Estado quanto pelos particulares[11]. Segundo Peter Haas, a proteção da confiança almeja exclusivamente a contenção dos poderes públicos[12] [13]. Dessa forma, torna-se ainda mais difícil aceitar a tese de que o princípio da proteção da confiança teria seu fundamento na boa-fé objetiva.

Apesar da autonomia entre ambos os princípios[14], a ponto de não poderem ser um o fundamento do outro, é evidente a existência de pontos de semelhança, por serem princípios que, influenciados pelo valor da confiança, almejam obstaculizar eventual desvio nas condutas

---

[9] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança legítima no Direito Brasileiro: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro***.** Tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo em 2006. p. 138.

[10] *Ibid*, p. 139.

[11] *Ibid*, p. 187-8.

[12] HAAS, Peter. *Vertrauensschutz im Steuerrecht.* Tese de Doutorado apresentada na Universidade de Saarland em 1988, p. 104. In: ARAÚJO. Op. cit. p. 63.

[13] Patrícia Baptista questiona o argumento de que a tutela da confiança atuaria apenas nos domínios específicos do direito público, e defende que, assim como a boa-fé, a proteção da confiança também tem raízes no direito civilista. Op. cit. p 139.

[14] Vale lembrar que muitos autores tratam o princípio da proteção da confiança como sinônimo do princípio da boa fé objetiva. Nesse sentido, NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira, *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro.* Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002. p. 141. Marcelo Dickstein considera que o princípio da proteção da confiança está implícito no ordenamento jurídico como elemento de concretização da boa-fé objetiva, aplicando-se a todos os ramos do direito. DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação da Relação Jurídica: Surrectio e Supressio*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 85-6.

e promessas prévias. Cabe citar uma passagem de um estudo desenvolvido por Gerson Luiz Carlos Branco[15]:

> [...] Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé, também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso. O certo é que a boa-fé precisa de referências constantes à confiança, pois a sua adoção pelo ordenamento sob a forma de cláusula geral deixa dúvidas quanto à sua real natureza. É correto afirmar a existência do *princípio da boa-fé*, mas é tecnicamente mais adequado tratar-se da cláusula da boa-fé, pois o princípio realizado por meio da aplicação correta de tal cláusula geral é, por via de regra, o *princípio da confiança*.

1.1.2 – Segurança Jurídica

1.1.2.1. As novas inseguranças e a segurança do Direito

Diante da perda de qualidade da legislação, marcada por leis sem vocação para permanência; da crescente inflação normativa, inclusive de normas constitucionais; e da imprevisibilidade das decisões judiciais, devido à insuficiência da operação de subsunção fato-norma, percebe-se que o ordenamento jurídico, independentemente de fatores externos, possui aspectos intrínsecos responsáveis por uma forte insegurança jurídica. São as próprias inseguranças do direito[16].

Acrescentem-se outras questões que contribuem para a necessidade de segurança jurídica[17], como a formação de uma sociedade de risco, decorrente dos riscos do desenvolvimento da sociedade moderna; a ampliação do papel do Estado, tornando o cidadão mais dependente do aparelho estatal; e o desenvolvimento do capitalismo, que estimula uma

---

[15] BRANCO. Op. cit. p. 185.
[16] BAPTISTA. Op. cit. p. 15-9.
[17] *Ibid*, p. 9-15.

maior exigência de calculabilidade jurídica e confiança nos negócios [18]. Em poucas palavras, Luis Roberto Barroso[19] sintetiza o rico conteúdo da expressão "segurança jurídica":

> [...] 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
> 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
> 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
> 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
> 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Outro aspecto a ser enfatizado refere-se ao pós-positivismo e a segurança jurídica em sentido material. Com o desenvolvimento do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, houve a desvalorização da crença romântica de que seria suficiente, para a formulação de um sistema jurídico perfeito, a aplicação da metodologia das ciências naturais às humanas[20]. Ao se levar ao extremo a objetividade científica no Direito, foi possível justificar a maiores barbáries, desde que realizadas dentro da legalidade[21]. Por outro lado, o mero retorno ao jusnaturalismo não se apresentava como meio hábil a superar o fracasso da separação rígida entre a ética e o Direito, devido ao caráter subjetivista e abstrato dos direitos naturais [22].

Dessa forma, surge o pós-positivismo, representante de um movimento de retorno ao pensamento kantiano, elevando-se a dignidade da pessoa humana à condição de princípio

---

[18] Patrícia Baptista, na apresentação de sua tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo, comenta uma frase atribuída a um conhecido ex- Ministro da Fazenda, que, ao se referir enorme herança deixados por planos econômicos da década de oitenta, afirmou que, no Brasil, "não só o futuro é imprevisível, mas até o passado é incerto". Op. cit. p. 1.

[19] BARROSO, Luis Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (Reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação).* In: BARROSO, Luis Roberto (org). Temas de Direito Constitucional. São Paulo: Renovar, 2001. p. 50- 51.

[20] "(...) o pós-positivismo não surge com ímpeto de desconstrução, mas como superação do conhecimento convencional [...]". BARROSO. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 326.

[21] *Ibid*, p. 349.

[22] *Ibid*, p. 326.

jurídico[23]. Num ambiente de repulsa a um sistema jurídico indiferente aos valores éticos, ganha destaque um discurso de incorporação dos princípios aos textos constitucionais, inclusive com o reconhecimento de sua normatividade[24]. Ao ascender de um caráter meramente supletivo das normas legais ao *status* de norma jurídica, os princípios tornaram-se um elemento fundamental para a interpretação e integração do ordenamento jurídico, revestindo-se de um grau de generalidade e de abstração maior do que ao das regras, por condensar de forma mais nítida os valores jurídicos e políticos do sistema[25].

O clássico confronto entre o axiológico e o positivismo constitui o pano de fundo para o desenvolvimento conceitual da segurança jurídica em sentido material. Uma acepção positivista sintetizaria a segurança jurídica à ideia de certeza do direito, e a consequente inalterabilidade da ordem jurídica. A concepção atual trata a segurança e a justiça como valores que possuem uma relação dialética, embora nem sempre haja plena harmonia no caso concreto. Malgrado as possibilidades de conflito, como a coisa julgada, a prescrição e as limitações probatórias, cumprirão ao legislador e, em caráter secundário, ao julgador dar a solução ao conflito que importe num menor grau de sacrifício a ambos os valores, havendo ao menos a certeza de que a resposta dada é a conforme ao Direito[26].

Em razão das novas inseguranças e do ambiente jurídico principiológico, o positivismo não mais garante a segurança jurídica: a lei, por si só, não mais constitui o respaldo para uma segurança jurídica por meio do Direito. A solução é repensar o ideal liberal para um Direito seguro. Além de leis genéricas, claras e com vocação de permanência, é preciso a aplicação de técnicas de interpretação que considerem os valores e princípios inerentes ao sistema jurídico,

---

[23] BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 75- 76.
[24] BARROSO. *Interpretação e Aplicação da Constituição (...)*. Op. cit., p. 350.
[25] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 42.
[26] BAPTISTA. Op. cit. p. 25.

bem como a observância de um processo de constitucionalização de princípios como o da segurança jurídica, com destaque para o seu aspecto material. Todavia, é importante ressaltar, assim como o faz Patrícia Baptista, que, embora seja desejável aumentar a segurança do Direito, com a estabilidade, acessibilidade e a previsibilidade das normas e decisões, o ideal de um direito seguro não deixa de ser um ideal, uma vez que, se tratando de normas que são elaboradas e aplicadas pelos homens, sempre haverá imprecisões no Direito[27].

1.1.2.2 – Segurança Jurídica como valor e princípio constitucional

A segurança jurídica constitui um valor, porque, ao traduzir a necessidade do homem de ter um mínimo de previsibilidade da reação estatal em relação às suas condutas em sociedade, informa uma abstrata idéia supraconstitucional que direciona a ordem jurídica. Ao mesmo tempo, também configura um princípio, tendo em vista a sua pretensão de aplicabilidade à realidade concreta, e um princípio nada mais é do que um estágio inicial para a materialização dos valores jurídicos[28].

O princípio da segurança jurídica deriva do princípio do Estado de Direito[29]. A sua constitucionalização autônoma se justifica diante das dificuldades presentes no Estado de Direito – crise do princípio da legalidade, indeterminação do direito, inflação normativa. A sua emancipação como princípio autônomo decorre de um esforço de aumentar a segurança

[27] BAPTISTA. Op. cit. p. 22-3.

[28] RAPOSO, Carlos. *O princípio da segurança jurídica e a confiança legítima*. Dissertação de Mestrado apresentado junto à Universidade Estadual do Rio de Janeiro em 2005. p. 65.

[29] Em sentido diverso, Humberto Ávila entende que a segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio, uma vez que se trata de um princípio que se efetiva pela atuação de outros, como o da legalidade, da irretroatividade, da igualdade, etc. Os sobreprincípios possuiriam quase todas as funções usualmente reconhecidas aos princípios (funções interpretativa, bloqueadora e rearticuladora), mas o autor recusa duas eficácias internas normalmente dos princípios, quais sejam, as funções integrativas e as definitórias. Defende que a função definitória seria uma própria dos subprincípios, que são os princípios que operam para a realização de outros princípios superiores da escala hierárquica. Para tanto, menciona como exemplo o subprincípio da proteção da confiança no que concerne ao princípio da segurança jurídica. ÁVILA. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3 ed., aum. São Paulo Malheiros, 2003. p. 78-80.

jurídica do próprio Estado de Direito, contextualizada na demanda atual do direito contemporâneo por uma maior segurança para a sociedade[30].

A Constituição Republicana de 1988 menciona de forma expressa a segurança no seu Preâmbulo e no *caput* do artigo 5º, e, por isso, é evidente o caráter relativo da omissão constitucional[31] quanto ao princípio, e, mesmo se houver entendimento de que os dispositivos mencionados isoladamente não permitiriam uma dedução direta do princípio da segurança, "a sua conjugação com a cláusula do Estado de Direito completa o arcabouço que autoriza a afirmação desse princípio"[32].

1.1.2.3 – O princípio da segurança jurídica como fundamento do princípio da proteção da confiança

Prevalece na doutrina e na jurisprudência, inclusive a européia[33], que a fundamentação do princípio da proteção da confiança reside no Estado de Direito e na segurança jurídica.

Num primeiro momento, Valter Shuenquener de Araújo[34] formula crítica a esse fundamento, porque o Estado de Direito possui elementos que conduzem a um caminho oposto ao percorrido pelo princípio da proteção da confiança. Faz menção a um ato estatal ilegal com efeitos favoráveis ao administrado, em que o princípio do Estado de Direito pode ser invocado por meio do princípio da legalidade para a supressão do ato, ou pode o mesmo princípio do Estado de Direito manter o ato benéfico, com base no princípio da proteção da

---

[30] ÁVILA. Op. cit. p. 32.

[31] Há quem defenda que a Constituição de 88 apenas adota implicitamente o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Regina Maria Nery Ferrari explica ser possível encontrar alguns exemplos da sua consagração na Constituição brasileira a partir de princípios explícitos, tais como o da legalidade (artigo 5º, II), o do juiz natural (artigo 5º, XXXVII), o da irretroatividade das leis (artigo 5º, XXXVI) e a declaração de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos, inclusive dos atos omissivos (artigos 102, I, "a"; 102, § 2º; 103, § 2º). FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004. p. 307.

[32] BAPTISTA. Op. cit. p. 39.

[33] O caráter majoritário no direito europeu é informado por Valter Shuenquener de Araújo. Op. cit. p. 70 e 72.

confiança. Como o princípio do Estado de Direito e o da segurança jurídica justificariam duas situações opostas – a anulação e a manutenção do ato inválido, eles não poderiam ser considerados o fundamento do princípio da proteção da confiança. Contudo, assim como destaca em seguida, seria um raciocínio simplista, porque nada impede que um mesmo princípio possa vincular valores que inicialmente seriam antagônicos entre si, e faz menção ao caráter de princípios multipolares, cujos vetores apontam para inúmeras direções.

A proteção da confiança, legitimamente despertada no titular de uma situação jurídica, cujo comportamento é guiado por valores éticos, prestigia a segurança jurídica. A idéia de segurança aqui referida baseia-se num comportamento ético e diligente daquele que tem expectativas na validade de um ato, uma vez que é preciso amparar os interesses legítimos dali decorrentes, sob pena da atuação estatal surpreender o cidadão. Em verdade, há uma correlação necessária entre a confiança dos cidadãos em que os atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações sejam praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, e a confiança em efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas[35].

A segurança jurídica, de acordo com Almiro do Couto e Silva[36], é um conceito ou princípio jurídico que se divide em duas partes: uma de natureza objetiva e outra subjetiva. A primeira é a que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos estatais, até mesmo quando a sua qualificação for de ato legislativo, e diz respeito à proteção do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada – no direito brasileiro, tem previsão no artigo 5º, XXXVI da Constituição de 1988. A outra parte possui natureza subjetiva, e concerne à

---

[34] ARAÚJO. Op. cit. p. 70.
[35] CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Almedina, 1995. p 371-3.
[36] SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9784/99).* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 237, jul/set 2004. p. 273-4.

proteção da confiança das pessoas no que tange a atos, procedimentos e condutas do Estado, nos seus diversos campos de atuação. A respeito, o autor afirma que:

> Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em *princípio da segurança jurídica* quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas, e em *princípio da proteção da confiança*, quando aludem ao que atenta para o aspecto *subjetivo*. Este último princípio (a) impõe ao estado limitações na liberdade de alterar a sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que eles eram atos legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Por concretizar o princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança fortalece o Estado de Direito, e enfatiza a sua dimensão subjetiva. A tutela da confiança corresponde a um componente subjetivo do princípio da segurança jurídica, que possui um ainda um caráter objetivo, devido à característica da estabilidade jurídica. Os princípios da segurança jurídica, em seu aspecto objetivo, e o princípio da proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito, e a relação entre eles é tão íntima que se pode considerar que o princípio da proteção da confiança é um subprincípio do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, constitui um subprincípio do princípio do Estado de Direito.

1.1.3– Abordagem no direito comparado

O princípio da proteção da confiança se difundiu na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. A jurisprudência alemã influenciou vivamente os julgados do Tribunal

de Justiça da Comunidade Européia[37], e muitos julgados do TJCE, por sua vez, repercutiram nas decisões alemãs, e também de diversos países-membros.

Pela importância destacada para a consolidação do princípio da proteção da confiança, o direito alemão e o comunitário europeu serão analisados destacadamente ao longo do capítulo, e os demais serão vistos de forma conjunta apenas para demonstrar a dimensão do princípio em estudo no cenário internacional, e, assim, enfatizar a necessidade do direito brasileiro se aprofundar na temática. Ressalte-se que a opção de também estudar o direito francês de forma individualizada foi por causa de sua forte resistência em admitir expressamente a existência de um princípio denominado de proteção da confiança.

Há de se enfatizar que cada ordenamento jurídico possui muitas vezes conceituação e metodologias próprias, e, aunda assim, podem alcançar resultados bem semelhantes. Um exemplo seria o direito administrativo francês, pois a França rejeita aplicabilidade ao princípio da proteção da confiança, e, ao mesmo tempo, tutela a confiança por meio da garantia do direito adquirido[38]. Portanto, conclusões precipitadas devem ser evitadas.

1.1.3.1 - Direito alemão

[37] O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias possui competências jurisdicionais claramente definidas, e exercidas no quadro de reenvio prejudicial e de diversas espécies de ações e recursos. No que concerne ao reenvio prejudicial, o TJCE trabalha em colaboração com todos os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, que são juízes de direito comum de direito da União Européia. Com a finalidade de garantir uma aplicação efetiva e uniforme da legislação da UE, os juízes nacionais podem dirigir-se ao Tribunal de Justiça para esclarecimento sobre a interpretação do direito comunitário. O pedido de decisão prejudicial pode também objetivar a fiscalização da legalidade de um ato de direito da União. A resposta ao questionamento é mediante acórdão ou despacho fundamentado, e o Tribunal nacional destinatário fica vinculado pela interpretação dada, bem como os outros órgãos jurisdicionais nacionais submetidos a um problema idêntico. Por fim, cabe destacar que, embora o processo de reenvio prejudicial só possa ser desencadeado por um órgão jurisdicional nacional, as partes já presentes nos órgãos jurisdicionais nacionais, bem como os Estados-Membros e as instituições da União podem participar no processo perante o Tribunal de Justiça. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/. Acesso em 15 de jan. de 2010.

[38] BAPTISTA. Op. cit. p. 83.

A jurisprudência administrativa alemã teve precedência para a afirmação e aplicação do princípio da proteção da confiança, como resultado de um direito administrativo marcado pela incorporação de inúmeros princípios protetivos[39].

O *leading case* alemão[40] foi um julgamento do Tribunal Administrativo de Berlim, e depois confirmado pelo Tribunal Administrativo alemão. Ocorreu da viúva de um inspetor com domicílio dentro da zona de ocupação da antiga União Soviética na Alemanha receber uma pensão até 8 de maio de 1945. Posteriormente, em 11 de março de 1953, ela obteve uma declaração estatal de que teria direito a voltar a receber sua pensão se mudasse seu domicílio para Berlim Ocidental, nos termos do que prevê o art. 131 da Constituição da República alemã. Cumprindo a exigência, a viúva mudou-se para o território da antiga Alemanha Ocidental, e voltou a receber a pensão, em 23 de novembro de 1953, com efeitos a partir de 1º de setembro do referido ano. Contudo, em 10 de outubro de 1954, cerca de um ano depois, a Administração editou um novo ato, determinando o cancelamento da pensão desde 31 de outubro do mesmo ano, porque a viúva não teria preenchido todos os requisitos para a sua concessão, bem como a restituição de todas as quantias indevidamente já recebidas.

O Tribunal Revisor de Berlim em matéria de Direito Administrativo, numa ação ajuizada pela ex-pensionista, invalidou o ato que havia cancelado o benefício, sob o fundamento de que, a partir do princípio da legalidade, não seria possível extrair um dever irrestrito do Estado de anular atos ilegais, devendo-se manter a pensão, embora indevida, tendo em vista que a vida da viúva foi fortemente modificada, em atenção à confiança depositada no Estado. O Tribunal decidiu que a anulação de um benefício ilegal apenas poderia ocorrer quando o interesse público prevalecesse, e, naquele caso, a viúva, por confiar

[39] BAPTISTA. Op. cit. p. 85.
[40] ARAÚJO. Op. cit. p. 242-4.

na informação estatal, tomou medidas drásticas e duradouras que reorganizaram todo o seu modo de vida, e, por isso, também lhe foi garantida a manutenção futura do benefício.

Patrícia Baptista[41] informa que há registros de que, desde o final do século XIX, o Tribunal Administrativo da Prússia já empregava o termo "proteção da confiança", mas ressalta que o discrímen quanto à jurisprudência pós-Segunda Guerra Mundial é relativo à perspectiva constitucional segundo a qual o princípio passou a ser analisado, uma vez que, com a atual dimensão constitucional do princípio da proteção da confiança nos Tribunais alemães, pertence ao mesmo patamar hierárquico do princípio da legalidade.

Parte significativa da jurisprudência alemã até o início da década de setenta encontra-se consolidada na Lei do Procedimento Administrativo alemã de 1976[42]. Com o tempo, houve a ampliação do âmbito de incidência do princípio, com a tutela da confiança em face de promessas da Administração, precedentes administrativos, práticas reiteradas pela Administração ou meras informações prestadas pela Administração[43].

1.1.3.2 - Direito comunitário europeu

O direito comunitário europeu[44] também foi impregnado pelo princípio da proteção da confiança, por influência dos direitos nacionais dos países membros, em especial do direito alemão. No caso S.N.U.P.A.T *vs* Alta Autoridade da Comunidade[45], julgado em março de 1961, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias aplicou, pela primeira vez, ainda que implicitamente, o princípio da proteção da confiança, ao impedir a revisão de um ato criador de direitos individuais com efeitos retroativos. Mas a menção expressa apenas ocorreu num

[41] BAPTISTA. Op. cit. p. 86.
[42] *Ibid*, p. 86-7.
[43] *Ibid*.
[44] *Ibid*, p. 88-92.
[45] *Ibid*, p. 89.

julgado de 13 de julho de 1965, quando o Tribunal rejeitou o argumento da confiança, porque a sociedade de responsabilidade limitada alemã, que teve revogado um ato de concessão de uma isenção do pagamento de certas verbas, nunca teve de fato convicção da legalidade da dispensa.

Em verdade, o TJCE só aplicou o princípio da proteção da confiança, num julgado de 5 de junho de 1973, em que reconheceu a vinculação do Conselho a uma decisão anterior, a respeito da política remuneratória adotada para os funcionários da Comunidade. Em 1975, no caso CNTA[46] (74/74), o Tribunal estendeu a aplicação do princípio para o âmbito da retroatividade normativa, quando outorgou a uma empresa de produtos agrícolas uma indenização pelas perdas decorrentes da alteração inesperada de um regulamento[47]. A partir dessa decisão, o princípio da proteção da confiança tornou-se de vez um princípio fundamental no direito comunitário, com repercussão tanto à Administração quanto à legislação comunitária, embora inexistente previsão legal expressa a respeito[48].

Mesmo assim, a aplicação do princípio da proteção da confiança no TJCE restringiu-se inicialmente a poucas hipóteses, a fim de proteger os poderes de intervenção econômica das autoridades comunitárias para atender os interesses da Comunidade Européia. A partir da década de oitenta, tornou-se um princípio mais autônomo e efetivo, havendo casos de declaração de nulidade de normas comunitárias por serem contrárias a ele[49].

Num estudo comparativo, a tutela da confiança no direito comunitário é ainda bem menos reconhecida nos casos concretos do que no direito alemão. De toda forma, ao menos no Direito Administrativo dos países membros da União Européia, há um processo de

---

[46] De acordo com Patrícia Baptista, essa decisão é indicada por alguns autores, dentre os quais Saturnina Moreno Gonzáles, como o *leading case* do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, tendo em vista que o caráter de norma superior do princípio da proteção da confiança no direito comunitário europeu tornou-se inquestionável com a decisão. Op. cit. p. 90.
[47] *Ibid*, p. 89-90.
[48] *Ibid*, p. 99.

europeização, responsável por compelir os Tribunais respectivos a recepcionar em seu ordenamento o princípio da proteção da confiança[50].

1.1.3.3 - Direito francês

O direito francês permaneceu fiel à tradição de objetividade francesa, e resistente à recepção do princípio da proteção da confiança. O seu sistema jurídico segue a lógica objetiva e cartesiana, enquanto que o princípio da proteção da confiança não possui um conteúdo exato, e sim uma conceituação de caráter subjetivo e, por isso, o Conselho Constitucional francês rejeitou-o expressamente[51].

Cabe destacar que no caso *Freymuth*, julgado em 8 de dezembro de 1994, o Tribunal Administrativo de Estrasburgo aplicou pela primeira e única vez o princípio da proteção da confiança legítima, ao reconhecer a responsabilidade da Administração pela modificação súbita de um regulamento, sem a previsão de normas de transição entre um regime de importação com total liberdade de um determinado produto para outro com completa interdição[52]. Contudo, o Tribunal de Apelação de Nancy reformou a decisão.

Uma decisão da Corte Constitucional de dezembro de 1996 afirmou que nenhuma norma constitucional francesa garante um princípio chamado de proteção da confiança[53]. O entendimento possui respaldo técnico, uma vez que o controle de constitucionalidade da

---

[49] BAPTISTA. Op. cit. p. 91.
[50] *Ibid*, p. 92-3.
[51] CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire e français*. Paris: Éditions Dalloz, 2001. p. 500-1.
[52] BAPTISTA. Op. cit. p. 95 e 336.
[53] Num compêndio analítico de 19 de novembro de 2009, elaborado pelo próprio Conselho Constitucional a respeito de sua jurisprudência, verifica-se menção ao princípio como não pertencente ao controle de conformidade com a Constituição, e ressalta que nenhuma norma constitucional refere-se "ao princípio dito de confiança legítima". Nesse sentido, cita duas decisões, uma de nº 96-385, de 20 de dezembro de 1996, e outra de nº 97-391, de 7 de dezembro de 1997. Ao afirmar que se trata de um princípio "dito" de confiança, a tabela analítica da jurisprudência do Conselho Constitucional enfatiza o desprezo da instituição pelo princípio em estudo. Disponível em http://www.legifrance.gouv.fr. Acesso em 06 de janeiro de. 2010.

jurisdição francesa é objetivo, e, por isso, não se preocupa com a proteção das situações subjetivas ligadas ao princípio da proteção da confiança[54].

No que concerne ao fundamento dessa decisão, Sylvia Calmes admite ser verdade que a tutela da confiança não é garantida pela Constituição francesa, mas igualmente que os textos constitucionais alemão, suíço e comunitário também não o prevêem, e, assim, a falta de previsão constitucional não constitui um obstáculo em si para o seu reconhecimento. Nada impede que um juiz adote um novo princípio a partir de um valor constitucional, sem precisar de uma previsão pré-existente na Constituição ou mesmo interpretar de maneira inventiva uma norma constitucional pré-existente[55]. Mas a autora admite que o princípio em estudo, se transportado para o sistema jurídico francês, traria mais decepção do que satisfação, tendo em vista que a sua lógica apenas poderia ser aplicada pontualmente. O benefício mínimo não justificaria a sua incorporação no ordenamento[56].

No direito administrativo francês, nota-se uma progressiva incorporação do princípio da proteção da confiança, decorrente da audácia de certas "jurisdições administrativas inferiores"[57]. Entretanto, o Conselho de Estado, assim como o Conselho Constitucional, recusa categoricamente a existência do princípio no direito interno "puro"[58].

1.1.3.4 – Outros direitos alienígenas

[54] CALMES. Op. cit. p. 503.
[55] *Ibid*, p. 501.
[56] *Ibid*, p. 545-7. Ressalte-se que a autora francesa, embora recuse a utilidade da aplicação do princípio no sistema francês, defende que as pessoas públicas devem obedecer à exigência de um comportamento consciente, ou, inversamente, evitar um comportamento desleal. É preciso estabelecer uma obrigação geral de respeitar os termos fixados em lei, e, em seguida, talvez, criar uma obrigação geral de não retroatividade – enfim, uma obrigação geral de adotar, ao menos, medidas de transição. *Ibid*, p. 549.
[57] *Ibid*, p. 503-4.
[58] *Ibid*.

O princípio da proteção da confiança foi desenvolvido no direito comparado, e, por conseqüência, o estudo do seu processo de incorporação em outros países possui grande importância para o seu desenvolvimento no direito brasileiro. A seguir, apresentar-se-á uma visão geral da matéria nos direitos italiano, espanhol, português, americano e inglês, a fim de expandir a compreensão do tema e tentar aplicá-lo posteriormente no direito brasileiro da melhor forma possível.

O Conselho de Estado italiano, desde o início do século XX, proferiu decisões que implicitamente protegiam a confiança dos administrados, e hoje há a consolidação do princípio na jurisprudência administrativa italiana[59], mas sem a amplitude do direito alemão. A Corte, ao longo da última década, conferiu-lhe a natureza de princípio constitucional, decorrente do princípio da razoabilidade[60]. Há no direito administrativo italiano forte proximidade do princípio com o da boa-fé[61].

Quanto à Espanha e a Portugal, os respectivos Tribunais reconhecem o *status* de princípio constitucional, e admitem a aplicação do princípio da proteção da confiança face à Administração Pública e ao legislador[62].

Aponta-se a Sentença de 1º de fevereiro de 1990 como o *leading case* do Tribunal Supremo espanhol, por ser a primeira decisão que concedeu tratamento substancial ao princípio da proteção da confiança[63]. No início, a confiança era tutelada no direito espanhol por meio da cláusula da boa-fé, mas, com o tempo, se firmou como princípio autônomo e aplicável a toda a Administração[64]. O Tribunal Constitucional da Espanha tem admitido a sua aplicação como parâmetro de parametricidade no controle de constitucionalidade das normas,

---

[59] MERUSI, Fábio. *Il principio di Buona Fede nel Diritto Admministrativo*. p. 218. In: *Scritti per Mario Nigro: Probleme Atali di Diritto Amministrativo* (ob. Col). Milano: Giuffré, 1991, p. 215-224. In: BAPTISTA. Op. cit. p. 96-7.
[60] BAPTISTA. *Ibid*, p. 97.
[61] *Ibid*, p. 98.
[62] *Ibid*, p. 100.

embora haja forte discussão a respeito, devido ao alegado risco de violação ao princípio democrático[65].

No direito português, o princípio da proteção da confiança é tutelado de forma conexa à cláusula da boa-fé, que constitui um elemento negativo à atividade administrativa[66]. Em certa decisão, por exemplo, o Supremo Tribunal Administrativo português anulou um ato administrativo com base no princípio da boa-fé, na sua vertente da proteção da confiança[67]. Mas é possível encontrar decisões com referência ao princípio da proteção da confiança como autônomo em relação ao princípio da boa-fé, constituindo uma derivação direta do princípio do Estado de Direito[68].

Como resultado da jurisprudência, houve a positivação expressa do princípio da proteção da confiança no direito espanhol e no português, embora sem esclarecer os critérios de aplicação, conforme se constata nas leis de procedimento administrativo de cada país.

Na Espanha, consta o artigo 3º da Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (Lei nº 30, de 26 de novembro de 1992, LPC, e com alteração pela Lei nº 4, de 13 de janeiro de 1999). Possui a seguinte redação[69]:

> Artigo 3º. Princípios gerais
> 1. As Administrações Públicas servem com objetividade aos interesses gerais e atuam de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à Constituição, à lei e ao Direito.
> Igualmente deverão respeitar em sua atuação os princípios da boa-fé e da confiança legítima.

Em Portugal, há o Decreto-Lei nº 06, de 31 de janeiro de 1996, que cuidou da reforma

---

[63] BAPTISTA. Op. cit. p. 101.
[64] *Ibid*, p. 102.
[65] *Ibid*, p. 103.
[66] *Ibid*, p. 104.
[67] *Ibid*, p. 105.
[68] *Ibid*, p. 106.
[69] *Ibid*, p. 100-1.

do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-lei nº 442, de 15 de novembro de 1991), e acrescentou o artigo 6ª-A, sob a epígrafe de "princípio da boa-fé", com a seguinte redação[70]:

> Art. 6º - A
> Princípio da Boa-fé
> 1. No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares de agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé.
> 2. No cumprimento do disposto nos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações considerada e, em especial:
> a) A confiança suscitada na contraparte pela a atuação em causa;
> b) O objetivo a alcançar com à atuação empreendida.

Embora os países pertencentes à tradição da *common law* apenas tenham reconhecido a autonomia do direito administrativo em momento posterior aos países de tradição *civil law*, deve-se considerar que contam com mais de meio século de experiência no assunto, o que justifica a breve análise do princípio da proteção da confiança nas relações jurídico-administrativas da *common law*[71]. Acrescente-se o processo de europeização do direito inglês, responsável por aproximar o direito administrativo inglês aos direitos administrativos continentais[72]. Já o direito americano não se encontra sob o pálio do direito comunitário europeu, e, embora não possua formulação genérica sobre o princípio da tutela da confiança na esfera doutrinária ou jurisprudencial, preocupa-se com a proteção das expectativas legítimas, em especial das questões relativas às alterações de políticas públicas e da retroatividade da ação administrativa[73].

---

[70] Os Tratados da União Européia pouco detalham os temas de direito administrativo, e a jurisprudência do TJCE busca nos princípios dirimir as controvérsias que surgem, e, com o tempo, tornou-se uma influência aos direitos internos dos países membros. A contaminação dos direitos nacionais pelo direito comunitário é denominado de "europeização do direito administrativo", e o direito inglês é também afetado por esse processo. BAPTISTA. Op. cit. p. 55-6 e 104.
[71] *Ibid*, p. 106-7.
[72] *Ibid*, p. 107.
[73] *Ibid*, p. 112.

No Reino Unido, o *Lord Denning*[74] teria pela primeira vez mencionado o princípio da proteção das expectativas legítimas, sem influência direta do direito comunitário europeu. Pouco tempo depois, na década de setenta, verifica-se sim a influência do TJCE na jurisprudência, mas o Judiciário britânico restringiu a recepção do princípio ao âmbito do direito administrativo[75]. Em sede da jurisprudência dominante dos Tribunais do Reino Unido, a proteção da confiança limita-se à esfera procedimental, uma vez que existe o direito à observância de um determinado procedimento antes da frustração de uma expectativa gerada no cidadão. Em outras palavras, garante-se o direito à lealdade procedimental, e não há o direito à efetivação material da promessa da Administração Pública[76]. No que tange aos regulamentos editados pela Administração Pública, há controvérsia acerca de sua aplicação[77].

Em certos casos, no direito inglês, a substanciação do princípio da proteção da confiança ocorre pela doutrina do *estoppel*, e a rigidez dessa doutrina com a legalidade impede o emprego do princípio quando ocorrer atos ilegais[78]. Apenas em algumas poucas hipóteses admite-se a limitação da legalidade em prol de um indivíduo, em especial em casos de menor gravidade, como vícios formais e de competência[79]. No direito norte-americano, a jurisprudência varia acerca do cabimento do *estoppel* contra a Administração Pública. Atualmente, a Suprema Corte, por situar a legalidade acima da proteção da confiança, nega as bases legais que permitam a tutela da confiança do particular em face da Administração Pública[80]. Contudo, no caso *Office of Personnel Management v. Richmond*, a Corte americana

---

[74] V. Caso Schmidt vs. Home Secretary [1969] 2 Ch. 149, por todos, WRIGHT, David. *Rethinking the doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*. Osgoode Hall La Journal, vol. 35, 1997. Disponível em: http://www.yourku.ca/ohlj/PDFs/35.1/wright.pdf. Acesso em 15 de agosto de 2004. In: BAPTISTA. Op. cit. p 107.
[75] BAPTISTA. Op. cit. p 107.
[76] *Ibid*, p. 108-9.
[77] *Ibid*, p. 111.
[78] *Ibid*.
[79] *Ibid.*
[80] BREYER, Stephen ET AL. *Administrative Law and Regulatory Policy*: Problems, Text and Cases. 5 ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p. 607. In: BAPTISTA. Op. cit., p 113.

permitiu que outros tribunais federais aceitem o *estoppel* contra a Administração Pública, e até admitiu hipoteticamente a possibilidade de, em alguma circunstância, aplicar a doutrina do *estoppel* na seara administrativa[81].

1.1.4 – Abordagem no direito brasileiro e conclusões sobre o tema

No que concerne ao fundamento do princípio da proteção da confiança, predomina no direito brasileiro a opinião de que constitui emanação direta do princípio constitucional da segurança jurídica[82] [83].

Cabe trazer à baila alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em que faz menção ao princípio da segurança jurídica como fundamento do princípio da proteção da confiança:

> EMENTA: [...] Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. (...) [84].

Outro julgado da Corte Superior seria o seguinte:

> EMENTA: [...] ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS. 1. Observância ao princípio da segurança jurídica. Estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. 2. Concurso público. Princípio da consumação dos atos administrativos. A existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, questão dirimida somente após a concretização dos contratos, não tem o condão de afastar a legitimidade dos provimentos, realizados em

---

[81] Reproduzido em BREYER. Op.cit. p. 612. In: BAPTISTA. Op. cit. p 113.

[82] Patrícia Baptista e Valter Shuenquener de Araújo informam sobre o predomínio da opinião de que o fundamento da tutela da confiança deriva da segurança jurídica. BAPTISTA. Op. cit. p. 116; ARAÚJO. Op. cit. p. 70 e 72.

[83] O item 1.1.2 analisa o *status* de princípio constitutcional da segurança jurídica, e o item 1.1.4 enfrenta a abordagem do direito brasileiro sobre o princípio da proteção da confiança.

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Celso de Mello. MS 26603/DF. Publicado no DJU de 19/12/2008.

> conformidade com a legislação então vigente. 3. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Agravos regimentais não providos[85].
>
> EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido[86].

Numa análise jurisprudencial, é possível observar que Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da proteção da confiança é um dos elementos do princípio da segurança jurídica, e também possui assento constitucional[87]. Nas mesmas decisões, também destaca que a segurança jurídica seria um dos subprincípios do Estado de Direito.

A forte correlação entre a tutela da confiança e da segurança jurídica conduz à identificação de uma cadeia dedutiva[88], qual seja, Estado de Direito – segurança jurídica – confiança. A ligação entre os três princípios permite reconhecer ao princípio da proteção da confiança a condição de subprincípio do princípio constitucional da segurança jurídica, e, por conseqüência, o seu *status* constitucional[89].

---

[85] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. RE 348364 AgR-AgR-AgR-AgR / RJ. Publicado no DJ de 11.03.2005.

[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. MS 22357/DF. Publicado no de DJU de 05.11.2004.

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes. MS nº 24.268-MG. Publicado no DJU de 17.09.2004.

[88] CALMES. Op. Cit. p. 174.

[89] A doutrina majoritária européia classifica o princípio em estudo como de nível constitucional, e seria a opinião de Sabine Altmeyr, Konrad Hesse e Harmut Maurer, segundo informa Valter Shuenquener de Araújo. Op. Cit. p. 174.

Importante destacar que apenas a dimensão constitucional do princípio da proteção da confiança justifica a não observância da legalidade estrita, porque só um preceito de mesma hierarquia do princípio da legalidade pode legitimar a manutenção de atos estatais em desconformidade com a lei[90]. É possível a ponderação do princípio da proteção da confiança com outros também protegidos pelo manto constitucional, tendo em vista que a tutela da confiança, por ter natureza constitucional, pode criar obstáculos à efetivação de outro princípio da mesma dimensão[91].

Acrescenta Valter Shuenquener de Araújo[92] que os preceitos das atuais Constituições, além de organizarem a estrutura estatal, também se prestam como um norte para a sociedade e seus indivíduos. Há que se mencionar trecho da sua tese de Doutorado a respeito:

> [...] se o texto constitucional é o responsável, em última instância, pela orientação dos projetos individuais de vida, parece pertinente que ele próprio se preocupe com o respeito a essas expectativas. Dessa forma, ainda que o princípio da proteção da confiança não esteja expressamente previsto no diploma constitucional brasileiro, sua hierarquia como preceito de estatura constitucional pode, facilmente, ser extraída do conjunto de normas de nossa Constituição, notadamente daquelas que voltam a sua atenção para o Estado de Direito e a segurança jurídica (...).

Por fim, é preciso observar que o princípio da legalidade prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, enquanto o princípio da proteção da confiança o aspecto subjetivo. A tutela da confiança, como um componente subjetivo do princípio da segurança jurídica, fortalece o Estado de Direito, uma vez que impõe aos poderes públicos um comportamento de elevado grau ético, e impede a modificação de atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou que possuam conseqüências patrimoniais por essas alterações, devido à legítima expectativa na legitimidade do ato.

---

[90] ARAÚJO. Op.cit. p. 174.
[91] *Ibid*, p. 175.
[92] *Ibid*.

1.2. EXISTÊNCIA DA CONFIANÇA

Para a existência da confiança, faz-se necessário estabelecer as condições para a sua aplicação, e, no presente estudo, há a adoção da classificação apontada por Valter Shuenquener de Araújo[93], que se constitui essencialmente de quatro fatores: a base da confiança, a existência subjetiva da confiança, o exercício da confiança por meio de atos concretos e um comportamento estatal que frustre a confiança.

1.2.1 – A base da confiança

A existência da confiança se analisa primeiro pela dinâmica ação/reação[94]. O ponto de partida da confiança é um "pré-comportamento", que os juristas suíços e alemães denominam de "base de confiança" ou de "condição de fato da confiança"[95]. O princípio da proteção da confiança exige a prática de um comportamento pelo poder público que suscite uma expectativa legítima de um cidadão quanto à base de confiança criada[96]. Em síntese, a base da confiança consiste na medida estatal que atinge o particular[97].

O "pré-comportamento" pode constituir a base positiva da confiança, ou mesmo uma base negativa, pois, além dos atos voluntários e ativos, também os atos involuntários, isto é,

---

[93] ARAUJO. Op. cit. p. 122.
[94] CALMES. Op. cit. p. 299.
[95] *Ibid*, p. 301.
[96] O caráter compulsório ou facultativo da adesão de um cidadão a um comando estatal constitui um importante fator de aferição da intensidade da tutela a ser proporcionada pelo princípio da proteção da confiança. A fidedignidade da base de confiança é proporcionalmente menos intensa à medida que destinatário da medida estatal possua mais opções. Como a confiança depositada pelo cidadão num ato compulsório do Estado estabelece uma base de confiança mais firmemente tutelável, há que se reconhecer a existência de uma gradação da intensidade da tutela da confiança com base na obrigatoriedade de um ato estatal. Nesse sentido: ARAÚJO. *Ibid*. p. 131.
[97] *Ibid*, p. 123.

passivos ou contraditórios, formam o respaldo inicial necessário para a aplicação do princípio da proteção da confiança[98] [99].

A atitude negativa de uma autoridade pública pode influenciar as atitudes de um particular de boa-fé, pois, por exemplo, a negligência ou tolerância do Estado em face de uma ilegalidade suscita a confiança concreta de que o poder público renunciou a devidamente valorar um direito que contraria o indivíduo. Em outras palavras, o Estado viola a obrigação de, a tempo, retificar um erro por ele cometido, e a aplicação tardia do direito correto resultará em seriíssimos prejuízos ao destinatário da atuação estatal. Portanto, não se admite uma mera inércia estatal para a caracterização de uma base negativa de confiança[100].

A base positiva, por sua vez, revela força quando emana de um ato judicial, administrativo ou legislativo[101].

O primeiro e mais importante exemplo seriam as normas constitucionais, tendo em vista que a Constituição limita a soberania de proceder a modificações e estabelece um muro de proteção contra a dinâmica legislativa, de maneira a garantir livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo[102]. Sem dúvida, a norma, mesmo a infraconstitucional, constitui uma base de confiança, pois prevê promessas explícitas a respeito de diversas questões.

Por outro lado, as normas em geral também contem uma reserva implícita de revisão a todo instante[103]. Como não pode o cidadão contar com a eterna duração de certa regulamentação, o que inclusive não seria recomendável diante da possível fossilização do

---

[98] CALMES. Op. cit. p. 305.
[99] A inexistência jurídica constitui um vício de maior gravidade, a ponto de não ter condições de constituir a base da confiança. A ausência de uma autêntica manifestação estatal impede o reconhecimento de uma medida do Estado capaz de provocar confiança num particular. È diferente da invalidade jurídica, uma vez que, ao menos antes da declaração de sua nulidade, a vontade da autoridade estatal se manifesta. O ato administrativo inválido, por exemplo, possui a presunção de legitimidade presente nos atos administrativos válidos. ARAÚJO. Op. Cit. p. 128.
[100] CALMES. Op. cit. p. 330-1.
[101] *Ibid*, p. 305.
[102] *Ibid*, p. 315.
[103] CALMES. Op. cit. p. 317.

Direito, o ideal é a criação de normas de transição adequadas à melhor proteção da confiança depositada pelo cidadão naquela base. Além disso, antes do início da vigência de uma nova redação normativa, pronunciamentos oficiais podem antecipar como a questão será tratada pelo poder público[104].

Os entendimentos jurisprudenciais formados por ocasião de um demanda judicial igualmente constituem a base de confiança para os casos futuros, em especial os precedentes estabelecidos por um Tribunal superior. O que for decidido por uma Corte Suprema serve não apenas para dirimir um litígio concreto, como ainda contribui para a unificação da jurisprudência e ao desenvolvimento de um direito com soluções gerais[105]. A questão é saber em até que medida a confiança do cidadão na continuidade de certa jurisprudência deve ser protegida. É preciso cautela ao se considerar a jurisprudência como base da confiança, tendo em vista a imprecisão e subjetivismo a ela inerentes[106]. Por isso, é importante que os precedentes sejam redigidos de forma clara e precisa, e, assim, contribuam com a segurança do Direito.

Por último, o princípio da proteção da confiança pode ser suscitado em face da Administração Pública, diante, por exemplo, de atos administrativos ou práticas reiteradas da Administração que gerem expectativas legítimas para particulares. Considerando a presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos, a aplicação do princípio se justifica quando o Estado fornecer uma informação equivocada ao cidadão, e depois resolva sanar aquele erro, mas, antes disso, o particular, por acreditar no conteúdo que lhe for fornecido, se comporte de maneira que mereça tutela[107] [108]. Ressalte-se que situação não pode ser analisada segundo uma

---

[104] ARAÚJO. Op. cit. p. 124.
[105] CALMES. Op. cit. p. 306.
[106] *Ibid*.
[107] ARAÚJO. Op. Cit. p. 125.
[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. RE nº 131.741-SP. Publicado no DJU de 24.05.1996. Ementa: TRIBUTÁRIO – CONSULTA – INDENIZAÇÃO POR DANOS

ótica simplista, devido ao interesse público na restauração da plena legalidade, sendo importante que a solução seja dada caso a caso[109]. O poder público não pode responder por uma informação prestada por um prazo indeterminado, afinal, o particular deve assumir o risco de mudança no decurso do tempo[110].

Caso o ato administrativo, assim como outro ato estatal, se dirija a uma pessoa determinada ou a um grupo de indivíduos, há uma tendência de criação de uma base de confiança responsável por uma expectativa digna de uma tutela mais rigorosa[111]. Valter Shuenquener de Araújo[112] comenta que uma mera circular dirigida a todos os servidores públicos indistintamente não criaria, a princípio, uma expectativa tão virtuosa quanto a resultante de um ato específico para determinado servidor. De toda forma, ressalta que, caso o ato se destine a apenas um indivíduo, o poder público será compelido a novamente adotá-lo, se terceiros preencherem as mesmas condições.

No que tange aos contratos administrativos, eles igualmente podem estabelecer expectativas legítimas no particular. Em razão da idêntica hierarquia constitucional do princípio da proteção da confiança e do princípio da legalidade, é possível que um contrato administrativo eivado de ilegalidade produza efeitos que persistam no ordenamento jurídico, após o reconhecimento da ilegalidade, tendo em vista que, numa ponderação entre os princípios, pode prevalecer a tutela da confiança[113]. Contudo, importa atentar que a adoção da

---

CAUSADOS. Ocorrendo a resposta a consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via fisco, a contribuir, impõe-se lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque.

[109] ARAÚJO. Op. Cit. p. 125.

[110] *Ibid*, p. 126.

[111] *Ibid*, p. 124.

[112] *Ibid*.

[113] Há que se diferenciar a hipótese de ilegalidade ou inconstitucionalidade contratual, em que se pode aplicar o princípio da proteção da confiança, com aquela situação em que um particular é frustrado na relação contratual com a Administração Pública devido a algum evento que acarrete num descumprimento dos termos originais do contrato, embora o contrato permaneça válido. No segundo caso, a tutela da expectativa do indivíduo fundamenta-se na aplicação do *pacta sunt servanda*, e não do princípio da proteção da confiança. ARAÚJO. Op. Cit. p. 130.

tutela da confiança se mostra desnecessária quando o simples emprego da cláusula *pacta sunt servanda* for suficiente para o reequilíbrio contratual[114].

1.2.2 – A existência subjetiva da confiança

A existência da confiança no plano subjetivo constitui a segunda condição para a concretização do princípio em estudo. A confiança existe no meio termo entre o desconhecimento total e a certeza absoluta[115]. Ao simples conhecimento da existência do ato estatal, deve-se agregar a efetiva confiança na sua continuidade no ordenamento jurídico[116].

Acrescente-se a exigência de boa-fé subjetiva[117]. O conhecimento de um ato em desconformidade com o sistema jurídico caracteriza má-fé do indivíduo, e impede a invocação do princípio da proteção da confiança. A vertente subjetiva da boa-fé refere-se à ausência de consciência a respeito da ilegalidade ou erronia de um comportamento. Esse viés psicológico considera a intenção do sujeito da relação jurídica, e está ligado a uma avaliação individual e equivocada de dados da realidade. Em verdade, trata-se de um estado de consciência, relacionado ao conhecimento ou desconhecimento de uma situação, fundamentalmente psicológica, em que o manifestante de vontade acredita na correção de sua conduta.

É muito importante destacar que a presença da boa-fé subjetiva é fundamental para o emprego do princípio da proteção da confiança, e pouco importa se na circunstância concreta

---

[114] ARAÚJO. Op. Cit. p. 130.
[115] *Ibid*, p. 133.
[116] Há diferença entre as palavras “crença” e “confiança”. A primeira é a expectativa tendente a ser singularizada, tendo em vista que, diante de várias opções, a escolha é pessoal. Já na confiança o indivíduo tende a desconsiderar a possibilidade de uma expectativa frustrada, o que não ocorre no primeiro caso. Ademais, a expectativa na situação de confiança, embora possa ser individualizada, pertence a toda a sociedade. Trata-se distinção desenvolvida por Valter Shuenquener de Araújo. *Ibid*, p. 132.
[117] No direito alemão, denomina-se de “boa-fé crença”, enquanto que a boa-fé objetiva seria a “boa-fé conduta”.

haja o decurso prolongado do tempo[118]. Jamais o particular poderá ser beneficiado quando agir conscientemente em desfavor da legalidade ou da constitucionalidade.

A legitimidade da expectativa depende também da observância pelo particular do seu dever geral de cautela. Em cada caso, o destinatário do comportamento estatal tem que verificar o risco concreto de modificação de sua posição jurídica, devido ao vício do ato, uma vez que um atuar pouco precavido seria equiparável ao conhecimento do vício[119]. Mas é claro que uma pequena incerteza quanto à ilicitude de um dispositivo não justifica deixar de aplicar o princípio da proteção da confiança[120].

É necessária uma manifesta incompatibilidade do dispositivo com o sistema jurídico para que haja a ilegitimidade da expectativa formada. Se for o próprio particular que provocar o erro, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade, muito mais razão existe para o afastamento do princípio da proteção da confiança, mesmo sem a caracterização da má-fé[121]. Nessa situação, deve-se avaliar a importância da contribuição do particular para aquele resultado, sob pena do afastamento do princípio se tornar uma medida desproporcional e drástica.

Outro aspecto a ser analisado refere-se à crescente inflação normativa, muitas vezes repleta de normas, além de contraditórias, pouco claras e ininteligíveis. Exige-se, então, prudência para a aplicação da presunção de pleno conhecimento dos atos estatais publicados, pois não será um critério seguro para o reconhecimento da tutela da confiança[122].

Percebe-se, portanto, que a avaliação acerca do conhecimento do vício constitui um fator determinante para o emprego ou não do princípio da proteção da confiança[123]. A gravidade da lesão pode até interferir de modo complementar, mas não é um elemento

---

[118] Nesse sentido, ARAUJO. Op. Cit. p. 134.
[119] *Ibid*, p. 134.
[120] *Ibid*, p. 134-5.
[121] *Ibid*, p. 135.
[122] *Ibid*.
[123] *Ibid*, p. 136.

essencial, já que o que importa é a boa-fé subjetiva do particular. É muito difícil estabelecer com precisão uma gradação entre a intensidade da tutela à confiança e a gravidade do vício, porque, embora haja forte possibilidade do cidadão ter conhecimento da ilicitude de alta gravidade, pode ser que não saiba mesmo a respeito, o que justificaria o emprego do princípio da proteção da confiança[124].

1.2.3 – Exercício da confiança por meio de atos concretos

Predomina na doutrina e jurisprudência alemãs a exigência de atos concretos para a formação de uma expectativa tutelável[125]. O § 48.2.2. da Lei federal do Procedimento Administrativo da Alemanha dispõe que a proteção da confiança despertada pelo ato depende do uso das prestações recebidas, ou, ao menos, da realização, por causa do ato administrativo, de disposições patrimoniais que se modificadas levariam a prejuízos intoleráveis[126].

Patrícia Baptista[127] acrescenta que, apesar da redação da lei alemã, a manifestação da confiança também é possível por meio de uma conduta negativa, com reflexos patrimoniais, do beneficiário do ato – é o caso de quem deixa de assegurar outro meio para subsistência, devido à expectativa legítima de percepção de certo benefício previdenciário. Sob essa ótica majoritária, a existência da confiança precisa ser necessariamente demonstrada por sinais externos, porque a boa-fé apenas se comprovaria se traduzida em comportamentos comissivos ou omissivos[128]. A proteção da confiança demandaria a concessão de prestações por ato ilegal, ou a demonstração de que o destinatário da vontade estatal contou concretamente com a vantagem, e, por isso, assumiu uma posição da qual apenas sairá se sofrer prejuízos

[124] ARAUJO. Op. Cit p. 136-7.
[125] A informação de que o direito alemão exige de forma majoritária a prática de atos concretos é dada por Valter Shuenquener de Araújo. *Ibid*, p. 138.
[126] BAPTISTA. Op. cit. p. 192.
[127] *Ibid*, p. 192.

significativos[129]. Um estado psíquico interno, isoladamente, não bastaria para a proteção da confiança. Seria necessário ir além e praticar um comportamento específico[130]. Em suma, seria exigível uma relação de causalidade entre a expectativa do particular e os seus atos concretos para a proteção da confiança[131].

Destaque-se, todavia, que a exigência do requisito do "investimento da confiança" para o emprego do principio da proteção da confiança na revisão de atos ilegais é polêmica[132].

Uma divergência seria quanto à restrição da proteção da confiança às situações com perda monetária. Uns defendem que basta o cidadão sofrer alguma privação, em razão de um comportamento concreto por ele praticado[133]. Outros exigem o desfalque patrimonial[134].

Existem situações em que o particular não praticou uma disposição patrimonial concreta, mas, por ter confiado na continuidade de certo ato estatal, orientou a sua vida num determinado sentido. Valter Shuenquener de Araújo, em defesa desse entendimento, fornece o exemplo em que o prisioneiro pode apresentar um requerimento de liberdade condicional, mas, antes de formular o pedido, há uma alteração desfavorável nas regras, impedindo-o de formular o seu requerimento[135].

---

[128] Nesse sentido, BAPTISTA. Op. cit. p. 159.
[129] *Ibid*, p. 193.
[130] O Supremo Tribunal alemão admite a tutela da confiança quando for um terceiro o responsável por uma afetação econômica na situação do destinatário do ato. *Ibid*, p. 193.
[131] ARAÚJO. Op. Cit. p. 140.
[132] BAPTISTA. Op. cit. p193.
[133] ARAUJO. Op. cit. p. 144.
[134] BAPTISTA. Op. cit. p. 136.
[135] A Justiça inglesa negou a proteção da confiança a um famoso caso sobre fatos semelhantes. No precedente *R. Home Secretary, ex parte Hargreaves* (1997), a Corte de Apelação inglesa entendeu que a mudança no regime aplicável aos presos apenas poderia ser bloqueada com base na expectativa legítima se a mudança fosse irracional ou perversa. Os prisioneiros que cumpriam penas privativas de liberdade entre 6 e 8 anos, quando se submeteram à custódia em 1994, foram informados de que o requerimento da liberdade condicional seria possível após o cumprimento de um terço da pena, e assinaram um documento em que se comprometiam a ter um bom comportamento. Em 1995, o regime de liberdade condicional passou a exigir o cumprimento de metade da pena, e os presidiários prejudicados ajuizaram uma ação alegando violação de suas expectativas legítimas. Mas a Corte de Apelação inglesa negou o pleito dos autores por ausência de expectativa legítima a ser tutelada, e concluiu que o direito a pleitear a liberdade condicional surgiria com base no regime em vigor na data em que os presos viessem a adquirir o direito de a requerer. Nada mais. Além disso, o referido tribunal entendeu que o pacto assinado não representava uma declaração clara e inequívoca quanto ao exato momento em que os presos

Há ainda quem vá além, e nem exija a presença de investimento de confiança por parte do beneficiário do ato na revisão de aos ilegais. É o caso da Sylvia Calmes[136], que considera a manifestação concreta da confiança apenas um dos elementos de ponderação para aferição da possibilidade de tutela efetiva da confiança, e não uma condição imprescindível.

1.2.4 – Comportamento estatal que frustre a confiança

A última condição[137] para o emprego do princípio da proteção da confiança guarda relação com a necessidade de um comportamento estatal, desfavorável para o cidadão[138], e desviante ao primeiro[139] que fez surgir uma expectativa legítima. No início, há a formação da base da confiança[140], consistente na medida estatal que atinge o particular, e, depois, o Estado pratica outra conduta que se distingue da primeira, e prejudica os interesses do particular.

Um aspecto que merece destaque é a não exigência do aspecto surpresa no comportamento estatal posterior para que haja a frustração da confiança[141]. O cidadão, mesmo conhecedor da futura alteração na sua esfera jurídica, pode ter direito à proteção de sua expectativa, como no exemplo do contribuinte da Previdência Social que, diante da advertência prévia a respeito de uma alteração prejudicial das normas, nada pode fazer por já ter conduzido sua vida de forma irreversível com respaldo na anterior normatização.

---

poderiam requerer sua liberdade condicional. Valter Shuenquener de Araújo comenta que discorda da conclusão da Corte inglesa, e entende cabível a proteção da confiança no caso retratado. ARAUJO. Op. Cit. p. 143.

[136] CALMES. Op. cit. p. 395-402.

[137] ARAUJO. Op. Cit. p. 144.

[138] Ressalte-se que se a modificação efetuada pelo Estado apenas trouxer benefícios não haverá razão para o emprego do princípio da proteção da confiança. *Ibid*, p. 144.

[139] A base da confiança também pode ser negativa, conforme explicado no capítulo 1.2.1.

[140] Vide capítulo 1.2.1.

[141] *Ibid*, p. 145.

2. A TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS:

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

2.1. A LEGALIDADE SOB UMA ÓTICA PÓS-MODERNA

O ideário de constitucionalismo contemporâneo envolve a ótica do personalismo, em que se busca um compromisso entre as concepções individualista e coletivista[142]. Na pós-modernidade, o caminho é a limitação do poder estatal em proveito das pessoas, mas, ainda quando uma norma jurídica veicule comandos injustos, ela continua a ser cumprida, para garantir a previsibilidade e a certeza do ordenamento jurídico, protegendo os cidadãos que acreditaram na imperatividade das normas[143]. Pela fórmula de Gustav Radbruch, apenas uma norma excessivamente injusta não respaldará o surgimento de uma base de confiança digna de tutela na consciência dos cidadãos, porque Direito excessivamente injusto não seria Direito[144].

A ótica sobre a legalidade ganhou um contorno axiológico antes pouco aprofundado, porque se compreendeu que o homem é um ser social que justifica o todo, e cada pessoa deve ser tratada como um fim em si. A dignidade da pessoa humana impulsiona a constitucionalização do Direito, e a construção da legalidade, com o pós-modernismo, é reformulada, conforme se analisará no decorrer do capítulo.

2.1.1 – O neoconstitucionalismo[145] e a crise da lei formal

[142] SARMENTO. Op. Cit. p. 69.
[143] ARAUJO. Op. cit. p. 371.
[144] *Ibid*.
[145] A palavra "neoconstitucionalismo" é alvo de forte polêmica doutrinária. Daniel Sarmento explica que "não existe um único neoconstitucionalismo que corresponda a uma concepção teórica e clara, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa". A origem da denominação vem do título da obra organizada pelo jurista mexicano

O positivismo jurídico, que comportou diversas variações[146], rejeita os elementos de abstração na área do Direito, e se satisfaz com o ser do Direito Positivo, sem desenvolver um estudo sobre o dever-ser jurídico, de forma que a lei assume a condição de único valor[147]. Importou-se para o Direito uma linha da filosofia, denominada de positivismo filosófico, desenvolvida a partir da idealização do conhecimento científico, com a crença romântica de que toda atividade intelectual é regida pelas leis da natureza – tudo passa a ser ciência[148].

Marcado pela edição de majestosas construções legislativas com redações detalhadas acerca das relações jurídicas entre os cidadãos, o positivismo jurídico, em termos gerais, tem como características essenciais a aproximação quase plena entre Direito e norma, a afirmação da estatalidade do Direito, a completude do ordenamento jurídico e o formalismo[149]. Um postulado importante desse período é a neutralidade do intérprete, que realiza simples subsunção, sem operar atividade criativa ao aplicar o direito.

Mas a busca pela objetividade jurídica - para o aprimoramento de uma "ciência" jurídica, com elementos análogos às ciências exatas e naturais – resultou na criação de uma teoria jurídica livre de qualquer conotação moral ou ética. O Direito era visto como uma ciência voltada para a consecução apenas de juízos de fato, com o escopo de obter um conhecimento acerca da realidade, sem a respectiva valoração[150]. Com a sua redução a um

---

Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. Os adeptos do neoconstitucionalismo, segundo Sarmento, respaldam o seu pensamento em juristas com linhas bem heterogêneas, como Ronald Dworkin, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum deles se rotula como neoconstitucionalista. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: www.editoraforum.com.br. Acesso em 19 de jun. de 2010. p. 1.

[146] O positivismo filosófico teve como precursor Augusto Comte, em que se pretendeu transportar o método experimental do âmbito das ciências da natureza para o setor das ciências sociais. Sob a influência do positivismo científico, Hans Kelsen desenvolveu a sua "teoria pura do direito", em que o atributo principal do direito é a coercibilidade da norma, que deve ser editada segundo a norma fundamental de caráter hipotético.

[147] NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 447-9.

[148] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 322.

[149] BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição* (...). Op. cit. p. 323.

[150] *Ibid*, p. 322-3.

conjunto de normas em vigor, o Direito passou a ser considerado um sistema perfeito, que dispensa justificação além da própria existência[151].

Com o tempo, a história da humanidade demonstrou que uma teoria jurídica empenhada exclusivamente no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos respalda a prática de inúmeros atos de barbáries, desde que com amparo legal. Luis Roberto Barroso[152] defende que o positivismo pretendeu ser uma teoria do direito, na qual o estudioso assume uma postura cognoscitiva, baseada em juízos de fato, mas se tornou uma ideologia, abalizada em juízos de valor, tornando-se não apenas um modo de entender o Direito, mas também de querê-lo. Como resultado, explica que o fetiche da lei e o legalismo acrítico tornaram-se um disfarce para autoritarismos de matizes variados, como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha.

Diante da confluência do jusnaturalismo[153] e do positivismo jurídico, surge o pós-positivismo, que busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto[154]. Os princípios constitucionais tornaram-se a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, e a eles é atribuída normatividade jurídica, superando-se uma visão meramente axiológica e sem eficácia jurídica dos princípios[155]. Dessa forma, há a formação do marco filosófico do constitucionalismo moderno[156].

---

[151] BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição* (...). Op. cit. p. 324.
[152] *Ibid*.
[153] O jusnaturalismo é uma doutrina que defende a existência de um sistema de normas de conduta diverso do constituído pelo Estado, e são três versões fundamentais: a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por ela revelada ao homem; a de uma lei "natural" em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados por instinto; e a de uma lei ditada pela razão, específica do homem que a encontra dentro de si. Todas as concepções, embora heterogêneas, compartilham a idéia de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores ao do Estado, e seriam ilegítimas as normas do Estado que se oponham ao direito natural. Trata-se da explicação apresentada por: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: UNB, 2000. p. 655-6.
[154] BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/NEO.pdf. Acesso em 17 de mar. de 2010. p. 5.
[155] BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 327.
[156] *Idem*. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (...). p. 6.

Acrescente-se que o conhecimento convencional no plano do direito constitucional passou por três grandes transformações[157]. Primeiro, a Constituição deixou de ser um documento essencialmente político, para adquirir o *status* de norma jurídica – até então a efetividade de suas proposições condicionava-se à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, sem ser dada a devida importância ao papel do Judiciário[158]. Trata-se da força normativa da Constituição. Segundo, houve a expansão da jurisdição constitucional, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, protegidos do processo político majoritário[159]. Terceiro, surge uma nova interpretação constitucional[160], que se soma à interpretação jurídica tradicional. Constatando-se que as categorias tradicionais de interpretação jurídica não se mostravam completamente adequadas para a aplicação da vontade constitucional, iniciou-se um processo de elaboração de novos conceitos e categorias, em que se incluem as cláusulas abertas, os princípios, a ponderação de interesses e a argumentação[161].

Ao incentivar o debate moral, o novo Direito Constitucional permite uma série de transformações do Estado e do Direito Constitucional, dentre as quais se podem citar, como marco filosófico, o pós-positivismo; como marco teórico, a força normativa da Constituição, a expansão do Direito Constitucional e uma nova interpretação constitucional; e, por fim, como marco histórico, a formação de um Estado constitucional do direito[162]. Com o neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes cede espaço a concepções favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais[163].

---

[157] BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (...). p. 7.
[158] *Ibid*.
[159] *Ibid*, p. 8.
[160] *Ibid*, p. 10.
[161] *Ibid*, p. 12.
[162] *Ibid*, p. 15.
[163] SARMENTO. *O neoconstitucionalismo (...)*. Op. cit. p. 3.

Os não positivistas, defensores da conexão necessária entre a moral e o Direito, aderem à famosa tese de Gustav Radbruch de que as normas extremamente injustas não possuem validade jurídica, independente do que afirmam as fontes autorizadas do ordenamento[164]. No sentido liberal clássico, a lei formal apresenta-se como manifestação da vontade geral do povo, constituindo a principal fonte do direito, e a função administrativa se resumiria à mera aplicação da letra da lei. Dentre as razões para a crise da legalidade liberal[165], destaca-se a superação do mero positivismo jurídico, e a construção do neoconstitucionalismo, diante da constatação histórica de que a lei, se analisada segundo a visão de que seria válida independente de seu conteúdo, pode propalar injustiças e arbitrariedades estatais.

No atual cenário jurídico, a crise da lei formal torna-se um fenômeno tão universal quanto a enunciação do princípio da legalidade como um mecanismo de regulação da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas[166]. Em atenção à crise da representação e à própria crise da idéia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do poder público, há de se reconhecer a lei formal como projeto jurídico-político que não teve pleno êxito, em especial nos Estados ligados à tradição romano-germânica[167]. Dessa forma, importa estudar as repercussões da crise da lei formal sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, conhecida também como vinculação positiva à lei.

Gustavo Binenbojm acrescenta outras motivações para a crise da lei formal, como a proliferação ou a inflação de leis e a criação de uma série de atos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa[168]. Há a observância da

---

[164] SARMENTO. *O neoconstitucionalismo (...)*. Op. cit. p. 3.
[165] A respeito das novas inseguranças e a segurança do Direito, vale remeter o leitor ao item 1.1.2.1.
[166] BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-6.
[167] *Ibid*, p. 125-6.
[168] *Ibid*, p.127-136.

legalidade também quando exercida por um poder diverso do Legislativo – é o caso, por exemplo, das medidas provisórias ou das leis delegadas (artigos 62 e 68 da Constituição de 88). A lei não constitui mais o instrumento normativo que condiciona e legitima *toda* atuação administrativa, e, por isso, há um movimento para estabelecer novas esferas de normatização que satisfaçam a demanda por velocidade e eficiência, em especial na esfera regulatória do poder público[169] [170].

A competência normativa direta do Executivo repercute fortemente no direito administrativo contemporâneo. A Constituição prevê dois meios de controle, quais sejam, a reserva de iniciativa do Executivo para matérias relevantes, com a vedação de emendas legislativas que provoquem um aumento de despesas (artigos 61, § 1º e 63 da Constituição); e a possibilidade da Chefia do Executivo "trancar a pauta" de deliberações do Congresso Nacional (artigo 64, §§ 1º e 2º da Constituição), como no caso de medida provisória não apreciada pelo Legislativo (artigo 62, § 6º da Constituição).

Há ainda o fato de que o controle do processo legislativo pelo Executivo também ocorrer pela edição de leis pelo Legislativo que atendam ao interesse do governo[171]. Nos países de origem ocidental, o Executivo controla o processo legislativo, mesmo que por meios menos nobres[172]. A formação de sólidas bases parlamentares permite a aprovação de projetos de interesse do chefe do Executivo, e implica um instrumento de controle da atribuição

---

[169] BINENBOJM. Op. cit. p. 133.

[170] A posição tradicional no direito brasileiro defende que a tese da deslegalização ou da deslegificação não tem respaldo no ordenamento jurídico pátrio, em atenção à previsão em sede constitucional das competências normativas do Poder Executivo. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1668, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a competência normativa da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) possui natureza regulamentar, com a observância dos parâmetros legais. Em contraposição, há entendimento em favor da deslegalização no âmbito das agências reguladoras, uma vez que a crise da democracia representativa, a morosidade e falta de conhecimento técnico do legislador operariam uma "degradação da hierarquia normativa". É a posição do Alexandre Santos de Aragão. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 422-3.

[171] BINENBOJM. Op. cit. p. 134.

[172] *Ibid*.

normativa do Legislativo, em especial no Brasil marcado por um "presidencialismo de coalizão"[173].

Portanto, a importância do Legislativo como órgão normatizador é limitada de forma significativa pela atuação do Executivo. Além do legislador se encontrar desprestigiado, há o fortalecimento da legalidade administrativa como um produto da vontade política do Executivo.

2.1.2 – O principio da juridicidade administrativa

Em contraposição à visão tradicional da legalidade administrativa como mera vinculação negativa à lei[174], ou à posterior concepção de vinculação positiva à lei[175], verifica-se atualmente, diante do neoconstitucionalismo e da crise da lei formal, a Constituição como o principal fundamento do agir administrativo.

Por meio de um processo de autodeterminação constitucional, há a superação do dogma da imprescindibilidade da lei para a mediação da relação entre a Constituição e a Administração Pública[176]. O texto constitucional, ao consagrar princípios e regras, torna-se

[173] BINENBOJM. Op. cit. p. 134-5.
[174] Até o primeiro pós-guerra, predominou a concepção da legalidade administrativa como vinculação negativa à lei, em que o legislador poderia fazer tudo o que a legislação não proibisse, enquanto o juiz apenas agiria por aplicação direta da lei. A noção de discricionariedade seria um poder conferido à Administração para atuar nos espaços livres da regulamentação da lei. O que importa é a preferência da lei em relação ao ato administrativo, mas seria possível a atuação administração sem a edição de uma lei prévia, porque o ato administrativo não estaria em contrário ao regramento legal. *Ibid*, p. 137-8.
[175] Com o positivismo normativista, defendido, entre outros, por Hans Kelsen, ganhou força a idéia de que a Administração Pública atua apenas se tiver a lei como fundamento. Pela doutrina da vinculação positiva à lei, o a lei serve como condição ou fundamento da ação estatal, e a vinculação negativa seria adequada apenas para reger a vida dos particulares, que seria limitada só externamente pela legalidade. Enquanto a idéia de preferência da lei se aplica para os particulares, ao administrador a lei funciona como parâmetro de validade, e especifica o que ele está autorizado a praticar. Portanto, a autonomia de vontade restringe-se ao particular. *Ibid*, p. 139-140.
[176] BINENBOJM. Op.cit. p. 36-7.

uma norma que, de forma direta, legitima as decisões administrativas, bem como determina a competência administrativa, sem depender de intervenção legislativa[177].

A noção de juridicidade administrativa, contextualizado no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, ainda trata o ato administrativo como uma particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei, em sua aplicação concreta. Mas agora passa a desenvolver a legalidade administrativa como apenas um dos seus princípios internos[178], sem a ditadura da soberania legal. Em regra, a atividade administrativa continua a atuar conforme a lei, desde que de acordo com os mandamentos constitucionais, mas a novidade é a possibilidade de ter um fundamento direto na Constituição, ou ainda de poder contrariar a lei – nessa última hipótese, isso ocorreria se, numa ponderação entre a legalidade e outros princípios constitucionais, como o princípio da proteção da confiança, a atividade administrativa encontrar legitimação perante o Direito[179].

No atual contexto constitucional, a Administração se vincula ao bloco de legalidade, que é o ordenamento jurídico como um todo sistêmico, e não à lei formal, o que decorre de um modelo jurídico baseado tanto em princípios quanto em regras[180]. Como a Constituição passa a substituir a lei como embasamento da vinculação administrativa à juridicidade, toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração é delineada a partir de mandamentos constitucionais, em especial pelo sistema protetivo dos direitos fundamentais e pelas normas relacionadas à democracia[181].

Prevalece ainda a concepção de legalidade administrativa no sentido de que a Administração deve sempre atuar com fundamento em uma norma legal e, em certa medida,

---

[177] BINENBOJM. Op.cit. p. 37.
[178] *Ibid*.
[179] *Ibid*, p. 37-8.
[180] *Ibid*, p. 141.
[181] *Ibid*.

ela se torna uma mera executora da vontade predeterminada em lei[182]. Mas é claro que não é tão rigorosa a aplicação dessa ótica do princípio da legalidade, tendo em vista que a lei permite um âmbito de discricionariedade da atuação do administrador, desde que consentânea com o interesse coletivo[183].

O melhor entendimento é considerar o princípio da legalidade como contido num princípio mais amplo denominado de "princípio da constitucionalidade ou da juridicidade", a fim de garantir a unidade do sistema jurídico, abalada pela crise da legalidade liberal[184]. A idéia de juridicidade abrange, além da conformidade do ato com a legalidade estrita, a observância dos princípios presentes na Constituição, ainda que implicitamente. A legalidade não é mais um princípio soberano, e deve ser considerado conjuntamente com outros princípios de patamar constitucional. Reforça-se, assim, a idéia da força normativa da Constituição[185].

Embora haja um maior prestígio da atuação administrativa na concretização de normas constitucionais, Rafael Carvalho Rezende Oliveira[186] enfatiza que o caminho é de mão dupla, uma vez que a juridicidade gera necessariamente restrições mais sensíveis ao administrador público, como a redefinição da discricionariedade, e amplia o controle judicial de atos administrativos. Superada a noção clássica de ser uma atividade imune à análise jurisdicional, a releitura da discricionariedade, pelo princípio da juridicidade, indica se tratar de uma liberdade de atuação do administrador dentro dos limites impostos pela Constituição e pela legislação[187]. Em atenção ao princípio da separação de poderes, persiste a proibição de análise judicial do mérito administrativo propriamente dito, mas o resultado da atividade

---

[182] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo*. O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009. p. 47.
[183] *Ibid*, p. 47-8.
[184] *Ibid*, p. 73.
[185] *Ibid*, p. 76.

discricionária pode e deve ser controlado pelo Poder Judiciário, para garantir o seu exercício regular[188].

Importa destacar que a possibilidade da Administração Pública descumprir lei de constitucionalidade questionável é matéria bastante polêmica, em face do sistema de inconstitucionalidade adotado pelo Brasil, no qual há uma eficácia temporal em branco, a ser preenchida pelo livre convencimento do Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 27 da lei 9868/99 [189].

André Ramos Tavares[190] resume as opções possíveis para a decisão administrativa do Chefe do Poder Executivo quanto à constitucionalidade de alguma lei. A primeira quando o titular do Poder descumpre a lei e ela é, posteriormente, julgada, em definitivo, inconstitucional, e são dois os desdobramentos: (a) de o Tribunal tornar nula a lei e, assim, não haveria a apuração de nenhuma responsabilidade administrativa, tendo em vista que a decisão judicial não produziria efeitos *ab initio* e; (b) de o STF apenas anulá-la e, diferentemente, seria cabível a indenização dos particulares prejudicados pela decisão administrativa não ratificada pelo Tribunal em sua postura temporal, mas não haveria a responsabilização do agente político, porque descumpriu lei que, ao final, foi também considerada inconstitucional, embora com a aplicação de uma modulação temporal. A última opção é quando o Chefe do Executivo descumpre a lei que é, mais tarde, julgada, em definitivo, constitucional, e o resultado seria a responsabilização do Chefe do Executivo e a indenização dos particulares prejudicados.

---

[186] OLIVEIRA. Op. cit. p. 77.
[187] *Ibid*, p. 79.
[188] *Ibid*, p. 79-80.
[189] TAVARES, Andre Ramos. *O tratamento da lei inconstitucional pelo Poder Executivo*. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei_inconstitucional_poderexecutivo.pdf. Acesso em: 22 de jun. de 2010. p. 14.
[190] *Ibid*.

Diante do Estado Constitucional de Direito, a prerrogativa de descumprimento de leis inconstitucionais - que tem respaldo no artigo 78 da Constituição[191], ao se referir ao compromisso do Presidente e Vice-Presidente da República de "manter, defender e cumprir a Constituição" - tem ser empregada com extrema cautela, e com observância ao princípio da motivação, o que significa a indicação dos fundamentos de fato e de direito, sob pena de constituir um crime de responsabilidade, em especial se a sua aplicação for de cunho meramente político[192].

É muito importante que se exclua a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional por todo e qualquer servidor público ou agente da Administração, tendo em vista que a limitação subjetiva ao chefe do Poder Executivo permite uma uniformidade da ação administrativa (e, para tanto, um servidor pode submeter a norma que refute inconstitucional ao Chefe do Poder Executivo), afastando um uso ilegítimo e desarrazoado da prerrogativa[193]. Embora a existência de uma inconstitucionalidade flagrante seja um critério possível, não deve ser adotado na aferição do uso legítimo da prerrogativa - primeiro, porque há uma subjetividade inerente à análise; e, segundo, porque, se o chefe do Poder Executivo resolver correr o risco de sofrer penalidades futuras se não tiver o seu entendimento acolhido pelo Judiciário, ele acredita se tratar de uma inconstitucionalidade manifesta.

Um fator de legitimação seria a morosidade do Judiciário brasileiro, em que muitas vezes uma controvérsia constitucional demora anos para ser dirimida. Poder-se-ia alegar que a possibilidade do titular do Executivo propor uma ação direta obrigá-lo-ia a aguardar uma posição definitiva do Supremo Tribunal Federal. Contudo, há que se observar que, salvo quando lei estadual ou municipal for confrontada com a Constituição estadual, os prefeitos

---

[191] No mesmo sentido, o artigo 136 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 05 de out. de 1989.
[192] TAVARES. Op. cit. p. 4-5.
[193] *Ibid*, p. 5.

não possuem legitimidade para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, o que implicaria um tratamento diferenciado em relação aos demais entes federativos.

Em face do exposto, há que se reconhecer que, como o agir administrativo, numa visão mais atual, tem como principal paradigma a Constituição, havendo a correlata superação do dogma da imprescindibilidade da lei para a mediação da relação entre a Constituição e a Administração Pública, houve a reformulação da idéia de juridicidade administrativa, que deve ser conjugada com um uso legítimo da prerrogativa de descumprimento de lei inconstitucional pelo chefe do Poder Executivo.

2.2. **A** TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

A tutela da confiança e os seus parâmetros de aplicação podem trazer para o Direito Administrativo brasileiro a sistematização necessária para a invalidação de um ato administrativo ilegal. De um modo geral, prevalece nos Tribunais e na doutrina o dogma da nulidade dos atos administrativos em desconformidade com a lei, admitindo-se, em caráter excepcional, a perpetuação de seus efeitos, com fundamento genérico na segurança jurídica ou na boa-fé do administrado[194]. Diante do subjetivismo do agir estatal na análise de uma ilegalidade administrativa, a falta de critérios objetivos para a modulação temporal dos atos inválidos pode resultar num fator determinante de incerteza jurídica, o que contraria o princípio da segurança jurídica, corolário do princípio do Estado de Direito.

[194] No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, pode-se citar o seguinte acórdão: ADMINISTRATIVO - ENSINO - FREQUENCIA A AULAS - FALTAS - SUPRIMENTO - DL 1.044/69 - ESTUDANTE PRESO - ANALOGIA - ATO ADMINISTRATIVO - NULIDADE - SUMULA 473 STF - TEMPERAMENTOS EM SUA APLICAÇÃO. I - É licita a extensão, por analogia, dos benefícios assegurados pelo DL 1.044/69, a estudante que deixou de freqüentar aulas, por se encontrar sob prisão preventiva, em razão de processo que resultou em absolvição. II - Na avaliação da nulidade do ato administrativo, e necessário temperar a rigidez do principio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários a perpetuação do Estado de Direito. III - A regra enunciada no verbete 473 da Sumula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos,

Sob a ótica do princípio da juridicidade, contextualizado no ambiente do neoconstitucionalismo e da crise da lei formal, há que se aplicar a proteção substancial da confiança à modulação temporal dos atos inválidos ou contrários a uma expectativa legítima, atentando à classificação desenvolvida no primeiro capítulo, cujos critérios são a base da confiança, a existência subjetiva da confiança, o exercício da confiança por meio de atos concretos e um comportamento estatal que frustre a confiança.

O comportamento estatal que gera a expectativa legítima dos administrados e vem a frustrá-la posteriormente, cria uma equação de ponderação[195], em que, por um lado, há a violação expressa do princípio da legalidade, e, por outro lado, a afronta à segurança jurídica na sua vertente subjetiva, que é a proteção da confiança.

Verificada a existência de uma norma legal violada, há que se analisar a possibilidade de convalidação do vício por novo ato - sanatória voluntária; o decurso do prazo decadencial para a anulação do ato - sanatória involuntária; a existência de confiança e o preenchimento de seus requisitos, o que incluiria a boa-fé do administrado, o tempo transcorrido desde a conduta da Administração e o grau de irreversibilidade da situação[196].

O princípios jurídicos, que são mandados de otimização, devem passar por um juízo de ponderação quando conflituosos. Como resultado do caráter relativo do princípio da

---

mas não deve transformar esta faculdade, no império do arbítrio. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 45522 / SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Publicado no DJ de 17.10.1994.

[195] O Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária brasileira defendem que a confiança dos administrados seria tutelada por uma equação de ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 24268-0/MG. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 17.09.2004; SILVA, Almiro do Couto e. *Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo*. Cadernos de Direito Público – Almiro do Couto e Silva. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004. p. 14.; BINENBOJM. Op. Cit. p. 187. Ressalte-se que o presente estudo adotou posicionamento diverso. A tutela da confiança corresponde a um componente subjetivo do princípio da segurança jurídica, que possui ainda um caráter objetivo, devido à característica da estabilidade jurídica. O princípio da legalidade é o princípio da segurança jurídica, em seu aspecto objetivo. Portanto, não há distinção entre a segurança jurídica e a legalidade, mas uma relação de pertencimento. Em conjunto com o princípio da proteção da confiança, a legalidade é elemento constitutivo do Estado de Direito.

[196] BINENBOJM. Op. cit. p. 188.

legalidade, é possível ponderá-lo com outro princípio de igual estatura constitucional, admitindo-se um agir administrativo ilegal, mas válido segundo a juridicidade. Por meio da atividade administrativa *contra legem*, há a ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança, quando se verifica atos da Administração praticados em desconformidade com a lei, porém, de acordo com o texto constitucional. Trata-se da denominada "juridicidade *contra legem*", terminologia empregada por Gustavo Binenbojm[197]. De toda forma, cabe destacar que a invalidação retroativa continua a ser a regra.

A juridicidade administrativa se expressa pela invalidação retroativa, a invalidação prospectiva e a convalidação, a depender do caso concreto[198]. A convalidação ou a validação de efeitos pretéritos de um ato administrativo ilegal constituem formas otimizadas de cumprimento da Constituição, na medida em que o princípio da proteção da confiança tiver maior peso numa ponderação com o princípio da legalidade[199].

Em atenção a um conceito de legalidade administrativa ampliado e impregnado de valores, o desfazimento de um ato ilegal deixa de ser o único meio de satisfazer a juridicidade no Direito Administrativo, e, por isso, a tutela da confiança convive harmonicamente com a legalidade[200]. A preservação de um ato ilegal igualmente interfere, a princípio, com a isonomia, tendo em vista que se garantirá a alguns poucos que confiaram no comportamento estatal a fruição de uma vantagem ilegal[201]. Malgrado a impressão inicial de ausência de tratamento isonômico, há que se reconhecer que o propósito do princípio da proteção da confiança é apenas a reparação de uma situação de desigualdade causada pela frustração da confiança[202].

---

[197] BINENBOJM. Op. cit. p. 174.
[198] *Ibid*, p. 194.
[199] *Ibid*.
[200] BAPTISTA. Op. cit. p. 171.
[201] *Ibid*.
[202] *Ibid*.

Paralelamente à modulação temporal dos efeitos dos atos inválidos, há a possibilidade da outorga de indenização ao particular que confiou no ato ilegal favorável, o que é a regra no direito alemão, conforme disciplina no § 48.3 da lei do procedimento administrativo – a única vedação da lei alemã é quanto ao desfazimento de atos com conteúdo de prestação pecuniária ou material divisível[203].

A solução compensatória deve ser vista como mecanismo apenas complementar da proteção da confiança, porque a compensação financeira pode também constituir um frustração da expectativa criada, ainda que seja capaz de reduzi-la. Mas há quem defenda que a indenização compensatória prefere à preservação do ato, uma vez que permitirá a restauração da ordem jurídica violada; e somente quando o ato não tiver conteúdo econômico poderia ser considerado um desfazimento com efeitos *ex nunc*, com a preservação do ato por prazo determinado, ou com a manutenção definitiva do ato. É a posição da Patrícia Baptista[204]. Porém, a autora admite que, se for possível uma solução menos onerosa ao poder público, esta deve ser a opção escolhida.

É importante não equiparar a tutela da confiança a uma mera vantagem patrimonial, e transmudar a verdadeiro sentido do princípio. A monetarização do princípio pode resultar num aumento das hipóteses de responsabilização do Estado, cujo erário já possui recursos limitados e, dessa forma, não é interessante atrelar necessariamente o princípio da proteção da confiança à responsabilidade do Estado[205]. A solução compensatória – repita-se - deve ser

---

[203] BAPTISTA. Op. cit. p. 204.
[204] *Ibid*, p. 207-8.
[205] O Supremo Tribunal Federal possui julgado a favor da compensação indenizatória a quem foi prejudicado pelo reconhecimento de nulidade do seu ato de nomeação em cargo público. Ementa: ESTADO DO MARANHÃO. OFICIAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. EXONERAÇÃO POR HAVER SIDO ADMITIDO SEM CONCURSO. REPARAÇÃO DAS PERDAS E DANOS SOFRIDOS, COM BASE NO ART. 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Legitimidade da pretensão, tendo em vista que a nomeação do recorrente para a corporação maranhense se deu por iniciativa do Governo Estadual, conforme admitido pelo acórdão recorrido, havendo importado o encerramento de sua carreira militar no Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual, com a exoneração, ficou sem os meios com que contava para o sustento próprio e de sua família. Recurso provido para o fim de reforma do acórdão, condenado o Estado à reparação de danos morais e materiais,

compreendida como um instrumento complementar, e não prioritário para a tutela da confiança.

A proteção substancial que se concretiza pela preservação do ato tem como escopo obrigar que o Estado mantenha a expectativa frustrada fazendo subsistir o ato que a originou, desde que exclusivamente em favor de seu destinatário[206]. Nas hipóteses de ilegalidade, há o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que considera o interesse público atrelado ao princípio da legalidade como hábil a impedir a perpetuação do ato viciado[207], permitindo a subsistência de atos ilegais apenas após o decurso de cinco anos contados da data de sua edição.

A modulação temporal dos efeitos da invalidação é uma modalidade da preservação do ato, e possui importante destaque na tutela da expectativa legítima de um particular. Sob a ótica da juridicidade administrativa, é possível justificar a invalidação de um ato administrativo com efeitos *pro futuro* ou a partir de um determinado momento futuro. Atenta à questão, que ultrapassa os debates acadêmicos, a nova Lei do Procedimento Administrativo do Estado do Rio de Janeiro previu expressamente a restrição da eficácia da declaração de nulidade de ato administrativo ou fixação de efeitos *pro futuro*, conforme o § 3º do artigo 53 da Lei 5427/2009[208].

---

a serem apurados em liquidação, respectivamente, por arbitramento e por artigos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 330834/MA. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 22.11.2002.

[206] ARAUJO. Op. cit. p. 334-5.

[207] *Ibid*, p. 335.

[208] O artigo 53 da Lei 5427, de 01 de abril de 2009, do Estado do Rio de Janeiro possui a seguinte redação: A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Sem prejuízo da ponderação de outros fatores, considera-se de má-fé o indivíduo que, analisadas as circunstâncias do caso, tinha ou devia ter consciência da ilegalidade do ato praticado. § 3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

2.2.1 – Administração Pública: o princípio da proteção da confiança como limite à anulação de atos administrativos, à revogação de atos administrativos e ao poder normativo da Administração

2.2.1.1 – O princípio da proteção da confiança como limite à anulação de atos administrativos

A partir do paradigma do princípio constitucional da proteção da confiança, atentando para os seus critérios de aplicação, importa analisar a atuação da Administração Pública diante de atos administrativos ilegais, uma vez que a decisão administrativa quanto ao desfazimento ou a preservação de um ato ilegal não pode se submeter à conveniência e oportunidade do administrador.

Por um lado, há o dever de anular atos administrativos ilegais. De um modo geral, predomina a tese da vinculação da atividade administrativa ao princípio da legalidade, o que impõe à Administração a postura de restaurar a legalidade violada. Contrário à tese da anulação de atos inválidos como faculdade discricionária, o legislador brasileiro editou o artigo 53 da lei 9784/99, que faz expressa menção ao dever da Administração de anular os seus atos marcados por vício de legalidade. Portanto, prevalece o entendimento que atribui caráter compulsório ao poder da Administração de anular os seus próprios atos.

Por outro lado, há situações que conduzem o administrador à manutenção do ato inválido. A preservação da posição jurídica do administrado que confiou na validade do ato ilegal pode ser necessária para evitar a criação de situação pior a que existiria se não tivesse confiado na Administração Pública. O objetivo não é garantir um “direito adquirido” a

prosseguir com uma vantagem atribuída por uma medida contrária à legalidade, até porque implicaria ao poder público se tornar "refém" da expectativa criada. Ainda assim, é preciso que o particular não alcance um *status* jurídico inferior ao que permaneceria se não tivesse confiado no comportamento estatal.

O que aparenta ser uma flagrante antinomia resolve-se com o reconhecimento de que assim como há um dever de anulação de um ato ilegal, constata-se igualmente um dever de preservação quando presentes os requisitos da proteção de confiança dos administrados[209]. É um equívoco afirmar que existiria um juízo de conveniência e oportunidade na decisão quanto ao desfazimento ou não de um ato contrário à lei. Busca-se no presente trabalho demonstrar a possibilidade de aplicação de critérios objetivos da proteção da confiança, sem flertes com subjetivismos estatais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, num primeiro momento, a favor da preponderância da legalidade administrativa, conforme o enunciado 473 da sua Súmula de Jurisprudência predominante:

> A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, por que deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Da mesma forma, o enunciado 346 não prevê exceção: "A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos".

No decorrer dos anos, pronunciamentos isolados mitigaram a postura conservadora do Supremo[210], cujos enunciados a que se fez referência datam, respectivamente, de 3.12.1969 e

---

[209] BAPTISTA. Op. cit. p. 175.

[210] Um julgado antigo do Supremo Tribunal seria o RMS n. 13807, da Guanabara (Revista Trimestral de Jurisprudência, 37/1948), em que a Terceira Turma, com o voto proferido pelo Min. Prado Kelly, entendeu que a liminar que permitiu que o aluno se formasse e exercesse a profissão, mas que depois foi revogada pela sentença, dera causa a uma situação de fato e de direito que não seria conveniente uma modificação desfavorável.

de 13.12.1963. O *leading case* é um julgamento da Primeira Turma da Corte, guiado pelo voto do Min. Bilac Pinto:

> Ato administrativo. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou. Circunstancia excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse e exercício. Recurso extraordinário não conhecido[211].

O Supremo Tribunal Federal[212] não adota a teoria do fato consumado, embora alcance idêntico resultado por meio de outros institutos, tal como a boa-fé objetiva e a segurança jurídica. O Superior Tribunal de Justiça[213], por sua vez, possui inúmeros julgados acolhendo

---

[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Min. Bilac Pinto. RE n. 85179 / RJ, Publicado no DJ de 02.12.1977.

[212] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. ADI n. 3.316-MT. Publicado no DJU de 29.06.2007. Pela leitura da ementa, verifica-se que o fundamento do Supremo Tribunal Federal foi o reconhecimento de situações excepcionais consolidadas: "EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO - APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. (...)10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado". O mesmo entendimento consta da seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Eros Grau. ADI n. 2.240-BA. Publicado no DJU de 03/08/07.

[213] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. REsp n. 837.580-MG. Publicado no DJU de 31/05/07. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA. EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA. ARTS. 5º e 6º DA LEI 9.870/99. EXEGESE. PROVIMENTO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INADIMPLÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. 1. Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual. (Art. 5º da Lei 9.870/99) 2. Deveras, são proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. (Art. 6º da Lei 9.870/99). 3. A exegese dos dispositivos legais supramencionados revela a proibição da aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive, para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em decorrência do inadimplemento das mensalidades escolares. 4. A proibição da aplicação de penalidade como forma de coibir o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, conduziu o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a excluir do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes. 5. A ora recorrida impetrou o mandado de segurança em 23.03.2004, tendo efetivado sua matrícula no último ano do curso de Enfermagem, por força de liminar, consoante se infere do voto condutor do acórdão recorrido. 6. Consumada a matrícula naquela oportunidade, a Recorrida permaneceu no curso, concluindo a matéria subseqüente, pelo que se impõe a aplicação da Teoria do Fato Consumado consagrada pela jurisprudência maciça do E. STJ. 7. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte: RESP 253094/RN, DJ: 24/09/2001; MC 2766/PI, DJ: 27/08/2001; RESP 251945/RN, DJ: 05/03/2001. 8. O Recurso Especial não é

expressamente a mencionada teoria,[214], pela qual se permite a preservação de atos administrativos ilegais cuja vigência foi garantida por medidas liminares, resultando, pelo longo decurso do tempo, em situações fáticas consolidadas, e até mesmo irreversíveis. Devido à inviabilidade material de retorno à situação anterior, os efeitos da declaração de nulidade de um ato administrativo podem ser obstados por um fato consumado[215].

Predomina que da ilegalidade de um ato administrativo resultaria apenas a declaração de nulidade com eficácia *ex tunc*, alcançando a condição de dogma no direito brasileiro. Na década de oitenta, Almiro do Couto e Silva[216] foi uma voz dissonante, ao defender a impossibilidade da eficácia retroativa quando a anulação envolver ato administrativo que, com a prolongada e complacente inação do poder público, haja produzido benefícios aos seus destinatários. Explica que o ponto inicial está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã de que, embora o princípio da *res judicata* não exista no âmbito da Administração Pública, a faculdade do administrador de anular atos jurídicos encontra-se limitado por direitos subjetivos, boa-fé e confiança. Hoje em dia, há bem mais adeptos da

---

servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ. 9. In casu, a conclusão do Tribunal de origem acerca da ausência da demonstração da inadimplência da ora recorrida, resultou do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos. Consectariamente, infirmar referida conclusão implicaria sindicar matéria fática, interditada ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte. 10. Recurso Especial desprovido.

[214] Pela análise da jurisprudência, é possível constatar que, em geral, envolvem liminares concedidas para autorizar ingresso em estabelecimentos de ensino, e que são cassadas ou prejudicadas por sentença de mérito desfavorável quando já houve a conclusão do curso; ou para permitir a continuação do candidato na participação de um certame público, quando ele impugna alguma etapa do concurso, e tempos depois a liminar fica prejudicada por uma decisão de mérito em contrário.

[215] Apesar de admitir a doutrina mencionada, Patrícia Baptista questiona a possibilidade de aceitar como "consolidada" uma situação de fato gerada por decisão judicial liminar e que não seja realmente irreversível, uma vez que a liminar é um ato precário que jamais poderia constituir uma base em cuja estabilidade o particular possa legitimamente confiar, e um direito que se sabe controvertido também não se tornaria base de confiança. BAPTISTA. Op. Cit. p. 263.

As premissas estabelecidas pela autora estão corretas, mas é preciso restringir o âmbito de sua conclusão. Cabe destacar que toda tutela antecipada transforma a situação fática e que, em razão da notória lentidão do Judiciário brasileiro, seria plausível entender que uma liminar, mesmo de conhecido caráter provisório, possa gerar uma legítima expectativa devido a um excessivo decurso do tempo. De toda forma, trata-se de uma situação que exige maior cautela e rigor do Judiciário para o deferimento de medidas liminares. No mesmo sentido: ARAUJO. Op. Cit. p. 278-9. No que tange ao aluno, que obtém liminar para cursar a universidade, sem concluir o ensino médio, o autor ressalta que o custo social do desfazimento, especialmente se a universidade for pública, será muito maior que os ônus gerados pela manutenção do ato viciado e dos seus efeitos.

relativização do dogma, ou, ao menos, admite-se a manutenção do ato ou a postergação de seus efeitos após o reconhecimento de sua ilegalidade, com fundamento na segurança jurídica.

Um acórdão do Supremo Tribunal Federal[217], que sinaliza para a ausência de critérios objetivos na análise de um ato inválido, seria o seguinte:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO: GRATIFICAÇÃO CONCEDIDA COM BASE NA LEI 1.762/86, ART. 139, II, DO ESTADO DO AMAZONAS. INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CF/1967, ART. 102, § 2º. EFEITOS DO ATO: SUA MANUTENÇÃO.
> I. - A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé. No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/88.
> II. - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido.

Nesse julgado da Corte Suprema, há menção ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da boa-fé, para a manutenção dos efeitos do ato, o que foi capaz de satisfatoriamente dirimir a lide. Mas, com o risco concreto de "decisionismo judicial" ou de arbitrariedade da Administração no exercício da autotutela, importa estabelecer os limites ao desfazimento de atos administrativos ilegais, tendo em vista o caráter de proteção substancial da tutela da confiança, sem levar em consideração a manutenção do ato pela simples superação de vícios formais (como, por exemplo, meras irregularidades formais) ou apenas para o atendimento dos interesses da Administração[218].

2.2.1.1.1 – Os atos objetos de aplicação da tutela da confiança

O princípio da proteção da confiança exige a prática de um comportamento pelo poder público que suscite uma expectativa legítima de um cidadão quanto à base de confiança criada, e serve como um instrumento de proteção posto à disposição do cidadão nas suas

---

[216] SILVA. *Os princípios da legalidade* (...). p. 14-5.
[217] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. AgRgRE n. 341.732/AM. Publicado no DJ de 01.07.2005.

relações com o Estado[219] [220]. Assim, apenas atos estatais benéficos aos administrados podem ser tutelados pela confiança.

Acrescente-se que o princípio da proteção da confiança não pode ser fundamento para também proteger o Estado em relação aos atos de seus cidadãos[221], porque, como detentor do poder de normatização, possui meios eficazes de coerção para se proteger de eventuais comportamentos contraditórios dos indivíduos[222]. Com efeito, os atos que agravam a situação jurídica do particular não são capazes de formar uma base de confiança tutelável.

Atento à questão, o legislador federal, ao editar o artigo 54 da Lei 9784/99, limitou a aplicação do prazo decadencial aos "atos de que decorram efeitos favoráveis aos

---

[218] BAPTISTA. Op. cit. p. 172.

[219] O melhor entendimento é aquele segundo o qual não há proibição de emprego do princípio em análise no caso de criação da expectativa por órgãos ou entidades distintos daqueles que a ameaçam, situação passível de ocorrer se consideradas a desconcentração e a descentralização das funções administrativas. A defesa de posição diversa enfraqueceria indevidamente o seu âmbito de aplicabilidade, pois ao Estado bastaria, para evitar qualquer resultado útil do princípio, editar, por exemplo, uma lei modificadora da entidade competente para proferir uma decisão. É o que defende Valter Shuenquener de Araújo. Op. cit. p. 213-4. Mas o autor ressalta que o mesmo raciocínio não deve ser empregado no caso de decisões oriundas de entes distintos da federação, exigindo-se, para a formação de uma expectativa legítima, que as pessoas envolvidas na sua criação e frustração sejam todas integrantes da estrutura de um mesmo ente político. O exemplo seria o Ministério do Meio Ambiente permitir a construção da fábrica nas margens de um rio, mas um órgão ou entidade de um Município com competência em matéria ambiental proibir a construção da fábrica. Em matéria ambiental, o particular deve contar com a possibilidade de o Município expedir um ato contrário ao da União.

[220] Valter Shuenquener de Araújo faz importante distinção quanto às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta e que estão submetidas a um regime semelhante ao da iniciativa privada (pessoas exploradoras de atividade econômica em regime de concorrência), que teriam o direito de invocar o princípio da proteção da confiança a seu favor, porque, a despeito de fazerem parte do aparato administrativo estatal, o seu regime as aproxima daquele próprio dos particulares. *Ibid*, p. 209.

Outro aspecto relevante suscitado é a defesa da incidência da tutela da confiança sempre que houver uma substancial desigualdade econômica entre as duas pessoas de Direito Público que se relacionarem juridicamente, e dá como exemplo um Município, dotado de poucos recursos financeiros e cuja principal receita uma verba repassada há três anos pela União Federal. Reconhecendo-se a ilegalidade do repasse, o desfazimento do ato, com eficácia retroativa e sem observar a expectativa do Município, pode acarretar um resultado desastroso. Informa que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, já existe um reconhecimento da possibilidade de Estados-membros empregarem o princípio da proteção da confiança em seu favor. O precedente mais famoso refere-se à Itália, que alegou ter confiado num ato emanado da Comissão da União Européia, cujo conteúdo a própria Comissão não havia respeitado e, por isso, o TJCE entendeu que a Itália poderia amparar o seu pedido na tutela da confiança para obstar pronunciamentos contrários de certo órgão da União Européia sobre um mesmo tema e que fossem capazes de destruir a confiança depositada por um Estado-membro. *Ibid*, p. 210-211.

[221] Apenas quando já era do conhecimento do destinatário do ato, a incompetência da autoridade criadora da expectativa seria um fator impeditivo para a tutela da confiança. Isso se evidencia no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, repleto de normas, muitas vezes confusas, sobre competências administrativas. Todavia, é predominante na doutrina a tese de que a proteção de uma expectativa depende da competência da autoridade

destinatários". Os atos benéficos são aqueles que ampliam a posição jurídica do administrado, fundamentado para o cidadão um direito ou uma vantagem jurídica considerável[223]. Os resultados da tutela da confiança variarão segundo a natureza específica dos efeitos gerados pelos atos favoráveis, que podem ter efeitos instantâneos ou prolongados no tempo[224].

É esperado que atos estatais, como orientações, interpretações, precedentes ilegais e práticas reiteradas da Administração Pública sejam capazes de despertar a confiança do administrado. Na medida em que o ato for mais específico, naturalmente mais rigorosa será a incidência do princípio da proteção da confiança sob a expectativa criada[225]. Mas é claro que, quando se tratar de um parecer destinado a uma só pessoa, há uma expectativa legítima de o mesmo entendimento ser aplicado a terceiros que se apresentarem na mesma situação.

Devido à presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos, pode ser estabelecida uma base de confiança tutelável, independentemente da constatação posterior de uma eventual ilegalidade do ato ou de um equívoco quanto aos dados fornecidos, por exemplo. A legítima expectativa criada enseja muitas vezes a preservação individual do ato incorreto, mas a solução adequada sempre dependerá da ponderação de interesses a ser realizada no caso concreto, mesmo em vista da boa-fé do particular.

Cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça[226] tem protegido os particulares, também quando pautaram sua conduta em meros memorandos:

> O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de "Memorando de Entendimento", para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundada no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade [...].

---

que a criou, segundo informa Valter Shuenquener de Araújo, mas o autor também não compartilha da última posição. *Ibid*, p. 214-6.

[222] ARAÚJO. Op. cit. p. 207-8.

[223] BAPTISTA. Op. cit. p. 185.

[224] *Ibid*, p. 186.

[225] ARAUJO. Op. cit. p. 124.

[226] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. RMS n. 6.183. Publicado no DJ de 08.12.1995.

No que tange ao planejamento estatal, a supremacia do interesse público torna admissível que o Estado modifique os rumos de sua política, alterando os seus planos, e, por isso, pode-se dizer que a frustração de expectativas é uma característica intrínseca à atividade estatal[227]. Almiro do Couto e Silva[228] ressalta, contudo, que há ocasiões em que se verifica um incentivo estatal tão nítido e positivo dos indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica ao Estado indenização pelos danos decorrentes da confiança. É claro que o particular tem que assumir os riscos pela adoção do plano, mas, na medida em que o planejamento estatal possuir um caráter incitativo, em cuja implantação ou execução o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal, pode haver a formação de uma base de confiança tutelável[229]. Esclarece, porém, que a responsabilidade estatal dificilmente derivará do plano em si, pois está mais ligada ao procedimento da Administração na fase da execução do plano, e aos atos concretos praticados visando a esse fim[230].

O Superior Tribunal de Justiça[231] assevera que basta a demonstração de existência de uma prática reiterada para o afastamento das penalidades, não sendo necessária a edição de um ato administrativo em sentido formal:

> No caso presente, não estamos diante de uma norma complementar escrita, é a prática de certo ato de forma reiterada pela autoridade administrativa que integra o próprio conceito de legislação tributária, vinculando seu comportamento e obrigando o contribuinte nos limites de sua eficácia, afastando com isso o discricionarismo e garantindo maior grau de segurança aos contribuintes. (...) A "prática reiteradamente observada" em questão vem do fato de as autoridades fiscais, por repetidas vezes, expedirem documentos de importações em nome do contribuinte, registrando-lhe o

[227] SILVA. *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos resultantes do Planejamento*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. Porto Alegre, v. 27, n. 57 supl., p. 123-132, 2003. p. 130.
[228] *Ibid*, p. 130-1.
[229] *Idem*. *Responsabilidade do Estado* (...). p. 131.
[230] *Ibid*.
[231] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. REsp n. 162.616-CE, Publicado no DJ de 15.06.1998.

> direito à isenção dos impostos, conforme restou demonstrado documentalmente, mesmo tendo reconhecimento da expiração do prazo de isenção.

Mesmo diante de benefícios fiscais inválidos, a Administração não tem o poder ilimitado para decidir a respeito de sua anulação ou revogação. Nos termos do § 6° do artigo 150, e alínea "g" do inciso XII do § 2° do artigo 155, a Constituição Federal estabelece como requisito de validade para a concessão de benefícios fiscais, em geral, a previsão legal específica e, no caso do ICMS, a previsão em convênios interestaduais, conforme lei complementar, enquanto que o Código Tributário Nacional estabelece, em seu artigo 178, que o benefício fiscal não poderá sofrer alteração ou revogação se a concessão for por prazo certo e em função de determinadas condições.

Em estudo específico sobre a legítima expectativa dos contribuintes em relação a benefício legais inválidos, Humberto Ávila[232] questiona se o benefício fiscal concedido por prazo certo e em função de determinadas condições, mas sem a previsão legal necessária, poderá ser anulado ou revogado pela autoridade administrativa. Conclui que:

> O poder de revisão de benefícios fiscais, sobre ser limitado substancialmente pelos direitos fundamentais, só pode ser exercido por meio de procedimento que permita uma justa harmonização do dever de observar a forma com o dever de respeitar a confiança. A mera desconsideração, por irregularidades formais, das relações formadas em função de comportamentos anteriores do próprio Poder Público é incompatível com os princípios fundamentais do Estado de Direito. O valor da obediência à forma, antes mesmo de prevalecer sobre o valor da confiança, deve ser com ele harmonizado por meio de procedimentos que permitam a ponderação de todos os interesses em conflito.

Por meio do raciocínio mencionado, seria possível, segundo as circunstâncias do caso concreto, a harmonização do princípio da legalidade com outros princípios, porque o interesse público de restauração da legalidade no ordenamento não deve ter prevalência incondicional.

---

[232] ÁVILA. *Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica. n. 13. abril-maio, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-HUMBERTO-AVILA.pdf . Acesso em 16 de jan. de 2010. p. 1 e 17.

A onerosidade do benefício fiscal constitui um fator relevante para a análise da questão, tendo em vista que esse tipo de benefício estabelece condições a serem implantadas por ambas as partes, podendo gerar, no caso concreto, uma base de confiança tutelável. Todavia, poder-se-ia argumentar que um benefício fiscal inválido, marcado pela ausência de previsão legal, não constituiria um comportamento estatal hábil à criação de uma expectativa legítima, diante de sua evidente contrariedade à Constituição, que exige a previsão legal específica como requisito de validade, conforme mencionado.

Importa considerar que, dentre os elementos para a incidência do princípio da proteção da confiança, está a existência subjetiva da confiança. O particular não poderia alegar desconhecimento da exigência constitucional de lei específica para a concessão do benefício. Mas a atitude do Estado de estabelecer uma onerosidade para a concessão de benefícios fiscais reconhecidamente inválidos pela falta de respaldo legal tornaria plausível a tutela do particular, diante da formação de uma sólida base de confiança. Ao estabelecer uma contraprestação financeira ao particular para a obtenção do benefício, a Administração praticou um comportamento que suscita uma expectativa legítima do cidadão quanto à base de confiança criada.

Diante do exposto, é possível constatar que os atos objetos de aplicação da tutela da confiança são os atos administrativos favoráveis a proteger a esfera individual dos particulares que se relacionam com o poder público, bem como as orientações, interpretações e precedentes ilegais. É importante atentar que o princípio da igualdade e o da proteção da confiança não podem vincular a Administração *pro futuro* aos seus atos ilegais, salvo quando aquele que se beneficiou foi o beneficiário do ato precedente, e ainda assim, em caráter excepcional[233].

[233] BAPTISTA. Op. Cit. p. 186-7. A autora dá como exemplo a hipótese em que a Administração nega o pedido de licença por um particular, cuja propriedade se encontra nas mesmas condições de outra que obteve

Patrícia Baptista[234] também defende que os atos administrativos eivados de vícios de natureza muito grave, que seriam denominados de nulos, não podem ser preservados, e nem mesmo razões de segurança jurídica justificariam a sua manutenção. Dá como exemplo a nomeação de um servidor para um cargo de provimento efetivo sem a prévia aprovação em um concurso público. Contudo, o melhor entendimento é o que considera os graus de invalidade de um ato administrativo apenas um critério para a aplicação do princípio da proteção da confiança, como é o caso em que o Supremo Tribunal Federal manteve, em emprego público, pessoas admitidas por processo seletivo, sem concurso público, diante das peculiaridades do caso, conforme se analisará no próximo sub-item.

Em julgado recente, o Supremo Tribunal Federal[235] analisou um mandado de segurança impetrado contra a negativa de registro, pelo Tribunal de Contas da União, depois de um prolongado decurso de tempo, ao ato de aposentadoria especial de um professor, por considerar indevido o cômputo de serviço prestado sem contrato formal e sem o recolhimento das contribuições previdenciárias. Considerando que o ato de aposentadoria seria um ato complexo, dependendo para a sua plena constituição do registro pelo TCU, a cerne da discussão é estabelecer se o artigo 54 da Lei 9.784/99 seria aplicável ao caso concreto, tendo em vista que, em nenhum momento, teria ocorrido a completa formação do ato jurídico. Por outro lado, o aposentado e seus dependentes, com o recebimento do benefício, começaram a projetar as suas vidas nos limites do novo orçamento, agora representado pela aposentadoria recebida sob a presunção de boa-fé.

Os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence entenderam que a passagem do tempo não transformaria um ato complexo em definitivo, sendo a premissa do contraditório

---

previamente uma licença, ao constatar que o ato anterior fora concedido ilegalmente. De um modo geral, não seria possível que o particular postule a proteção da sua confiança quanto ao ato ilegal precedente.

[234] BAPTISTA. Op. Cit. p. 178-184.

uma situação jurídica integrada ao patrimônio do servidor. Como ato de aposentadoria não se aperfeiçoou antes da manifestação do TCU pelo registro, eles denegaram o mandado de segurança. A Min. Ellen Gracie, ao denegar o *mandamus*, argumentou que seria inaplicável o prazo de 5 anos aos processos em que o TCU aprecia a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, nos termos do que disposto pela Súmula Vinculante 3, na sua parte final, cuja redação dispõe que:

> Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Adotando posição diversa, o Min. Cezar Peluso, no que foi acompanhado pelo Min. Celso de Mello, concedendo o mandado de segurança, pronunciou a decadência do ato administrativo de aposentadoria, e cassou, por conseqüência, os efeitos do acórdão do TCU, sob o argumento de que as concessões de reformas, aposentadorias e pensões seriam situações precárias, visto que provisórias sob o aspecto formal e geradas pelo implemento de ato administrativo que, se complexo, seria atípico. Dessa forma, haveria uma especial natureza alimentar das pensões recebidas, com a incorporação dos benefícios ao *modus vivendi* do aposentado, influenciando no seu planejamento de vida.

Defendeu, ainda, a vocação prospectiva do artigo 54 da Lei 9.784/99, isto é, o prazo de 5 anos nele fixado teria seu termo inicial na data em que a lei começou a viger. A vigência do princípio constitucional da segurança jurídica seria bem anterior à Lei 9.784/99, e a segurança jurídica justificaria a compatibilidade do novo diploma legal com a Constituição quando confrontado com o princípio da legalidade[236]. Dessa forma, as situações que se constituíram

---

[235] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 25116-DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 08.09.2010. Informativo n. 599. Disponível: www.stf.jus.br. Acesso em 29.09.2010.

[236] Cabe relembrar que a monografia adota a posição de que o princípio da legalidade seria a vertente objetiva da segurança jurídica, enquanto o princípio da proteção da confiança seria o viés subjetivo. Assim, não haveria, em nenhum momento, um confronto entre a legalidade e a segurança jurídica em sentido amplo.

anteriormente à entrada em vigor ao artigo 54 deveriam ser solucionadas à luz do princípio da segurança jurídica, entendido como o princípio de proteção à confiança ponderado justamente com o princípio da legalidade.

Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal, adotando uma tese jurídica distinta das anteriores, concluiu pela anulação do acórdão do TCU para o fim de se assegurar ao impetrante a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Devido ao longo decurso de tempo da percepção da aposentadoria até a negativa do registro (cinco anos e oito meses), haveria direito líquido e certo do impetrante de exercitar as garantias do contraditório e da ampla defesa. A Corte verificou a necessidade de se fixar um tempo médio razoável a ser aplicado aos processos de contas cujo objeto seja o exame da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, concluindo pela possibilidade de extrair o referencial de cinco anos dos prazos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Diante do exposto, assentou que, transcorrido o prazo qüinqüenal, seria necessária a convocação do particular para fazer parte do processo de seu interesse.

O melhor entendimento é o que busca tutela a confiança do cidadão que, por acreditar na continuidade de reiterado comportamento estatal, direcionou alguns planejamentos de vida, e, partindo da presunção de sua boa-fé subjetiva, não pode ser prejudicado pela demora do poder público em reconhecer a existência de uma ilegalidade. Poder-se-ia alegar que o caráter provisório do ato de aposentadoria, pela ausência de registro do TCU, não seria hábil para a constituição de uma base de confiança sólida para a aplicação do princípio da proteção da confiança. Todavia, a adoção desse entendimento significaria ignorar a realidade. O cidadão de boa-fé mudou os rumos da sua vida, com grandes chances de ter sido uma decisão irreversível, diante da forte probabilidade de não conseguir retornar ao mercado de trabalho, depois de um prolongado decurso de tempo. Portanto, caberia reconhecer a formação de uma

situação jurídica subjetiva em face do Poder Público, invocando o princípio da proteção da confiança, numa ponderação com o princípio da legalidade.

2.2.1.1.2 – A exigência de legitimidade da expectativa

A confiança suscitada pela base de confiança deve envolver uma expectativa legítima criada no particular, o que não significa que toda alteração da linha de condução do Estado enseje a incidência do princípio da proteção da confiança. A frustração de uma expectativa, muitas vezes, nasce em decorrência do desfazimento de um ato estatal tido por ilegal. Para que a expectativa seja qualificada como legítima, impõe-se um agir diligente ao particular, que é surpreendido por uma mudança imprevisível e surpreendente do comportamento do poder público.

A aferição da legitimidade da confiança há que ser realizada por meio da análise objetiva dos atos dos administrados. São dois os requisitos a serem observados: que o beneficiário do ato não tenha dado causa à ilegalidade do ato e dela não tenha conhecimento; e, para alguns, que tenha havido uma manifestação concreta da confiança depositada no ato[237].

A confiança repousa sobre a boa-fé subjetiva e uma diligência objetiva[238] [239]. Para tanto, deve-se observar a existência de informações prévias acerca da alteração do comportamento estatal, e apreciar a imprevisibilidade da nova atuação estatal, aferindo se o particular realmente acreditou na estabilidade no tempo da conduta do poder público[240]. Se constatado que ele explorou as lacunas de uma regulamentação para obter benefícios

[237] BAPTISTA. Op. Cit. p. 189.
[238] CALMES. Op. cit. p. 378.
[239] O padrão de diligência do particular com o poder público varia conforme o grau de formação, a atividade profissional, dentre outros aspectos do beneficiário do ato. É esperado que uma empresa que atue em determinado ramo de negócios tenha um conhecimento mais apurado sobre as exigências legais da sua atividade. BAPTISTA. Op. cit. p. 191.
[240] CALMES. Op. cit. p. 378-9.

indevidos, encontrar-se-á impedido de invocar o princípio da proteção da confiança, diante da sua má-fé[241]. Nem o decurso do tempo justificará a preservação do ato viciado, tendo em vista que o conhecimento da ilegalidade se apresenta como fator suficiente para a caracterização da má-fé do particular[242].

No que tange à desonestidade do destinatário do ato estatal, há que se aferir se constituiria um fator impeditivo de incidência do princípio da proteção da confiança apenas quando for uma causa eficiente da ilegalidade. Patrícia Baptista[243] defende a exclusão da "legitimidade da confiança", independente da contribuição concreta da má-fé para a ilegalidade do ato estatal. Por outro lado, há quem defenda, como Edilson Pereira Nobre Junior[244], que o comportamento do destinatário do ato estatal contribua efetivamente para a ilegalidade.

Mesmo se verificada a presença da existência subjetiva de confiança, há impedimento para a formação da base de confiança quando a ilegalidade do ato decorrer de uma conduta imputável a quem o ato beneficiou ou o seu representante[245]. Caso as informações fornecidas pelo particular de boa-fé tenham ocasionado a ilegalidade do ato, não será possível pleitear a aplicação da tutela da confiança, salvo se o Estado tivesse o dever legal de verificar a veracidade das informações fornecidas. É preciso diferenciar aquele profissional que apresentou um diploma falso num certame público daquele que não apresentou um diploma de doutorado como previsto no edital, exigência esta não observada por negligência também da Administração Pública na aferição dos documentos do candidato. Admite-se, todavia, que o desconhecimento da falsidade seja considerada na revisão do ato ilegal[246].

---

[241] CALMES. Op. cit. p. 379.
[242] ARAUJO. Op. cit. p. 134.
[243] BAPTISTA. Op. cit. p. 189.
[244] NOBRE JÚNIOR. Op. cit. p. 198.
[245] BAPTISTA. Op. cit. p. 189.
[246] *Ibid*, p. 190.

Da mesma forma, a incompletude de informações relevantes afasta a tutela da confiança, sendo evidente que se a insuficiência dos dados for imputável à própria Administração, não poderia o administrado ser prejudicado[247].

Patrícia Baptista defende que, com a constatação de que a Administração atuou dolosamente, o beneficiário do ato, caso desconheça a ilegalidade, terá a sua expectativa legítima tutelada[248]. Por outro lado, Edilson Pereira Nobre Júnior é contrário à estabilização do ato administrativo pela fluência do prazo de cinco anos, previsto no artigo 54 da Lei 9784/99, quando a Administração estiver de má-fé e tenha ciência da ilegalidade, porque a boa-fé é padrão de conduta a ser observado por ambas as partes na relação jurídica[249].

Já foi possível perceber, pelo exposto até o momento, que o elemento específico da presença subjetiva de confiança talvez seja um dos mais difíceis de ser constatado, por causa da permanente dificuldade de se estabelecer em que dimensão um indivíduo precisa ter agido dando causa à ilicitude para que a tutela da confiança não possa beneficiá-lo[250].

Um critério possível seria quanto à gravidade do vício. Na medida em que mais grave for a violação ao ordenamento jurídico, é mais provável que o indivíduo tenha conhecimento da seriedade da ilicitude e, assim, maiores serão as chances de não preenchimento dos requisitos para a preservação da expectativa[251]. Não se trata de estabelecer uma correlação estrita entre a modalidade de vício e a legitimidade de expectativa, uma vez que, caso se admita a gradação da invalidade de um ato, há uma séria dificuldade de distinguir as modalidades de vício. Acrescente-se a possibilidade de completo desconhecimento, pelo particular, da ilicitude gravíssima.

---

[247] BAPTISTA. Op. cit. p. 190.
[248] *Ibid*, p. 191.
[249] NOBRE JÚNIOR. Op. cit. p. 201.
[250] ARAUJO. Op. cit. p. 136.
[251] *Ibid*, p. 136-7.

O próprio Supremo Tribunal Federal[252], diante de casos de inconstitucionalidade, permitiu a manutenção dos atos eivados de vício tão grave:

> Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.

O Ministro Gilmar Mendes[253] considerou as específicas e excepcionais circunstâncias do caso, 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 exigência de concurso público, nos moldes do artigo 37, II da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive dentro do próprio Tribunal de constas da União e o longo período de tempo decorrido desde as contratações.

Embora também tenha atentado para a gravidade da lesão - o que não poderia ser diferente, o julgado preservou o ato contrário à Constituição, devido ao maior peso, numa ponderação de interesses, dos outros aspectos mencionados. No caso, houve o reconhecimento

---

[252] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. MS n. 22.357/DF. Publicado no DJU de 04.06.2004.

[253] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator Min. Gilmar Mendes. MS n. 22.357/DF. Publicado no DJU de 04.06.2004.

de que o ato, apesar da sua inconstitucionalidade, deveria ser mantido no ordenamento jurídico.

Portanto, ao se fazer referência à gravidade do vício como critério, apenas se quis fornecer uma linha de raciocínio complementar para aferição da boa-fé subjetiva, sem pretender vincular os tipos de vício à legitimidade da expectativa criada.

No que tange à existência subjetiva de confiança, requisito da legitimidade de uma expectativa criada, pode-se concluir, em síntese, pela exclusão da proteção da confiança quando o particular der causa à ilegalidade, ou porque obteve o benefício dolosamente, por fraude ou por coação; ou porque forneceu informações incorretas ou incompletas à autoridade competente; ou porque conhecia a ilegalidade do ato ou não conhecia em razão de uma manifesta negligência sua[254].

Outro requisito para a tutela de uma expectativa seria uma manifestação concreta da confiança depositada no ato pelo particular[255]. A atividade de confiança significa que o cidadão deverá, de forma concreta e objetiva, colocar em prática a sua confiança subjetiva, o que comprovaria a sua boa-fé subjetiva[256], e, por conseguinte, a legitimidade da expectativa decorrente do prévio comportamento estatal.

A tradução de confiança em atos seria uma condição indispensável do princípio da proteção da confiança, como se fosse uma "proteção de disposições", enquanto que, na verdade, a melhor posição é a que defende a proteção da confiança por ela mesma, sem considerar o comportamento de confiança como uma etapa necessária para a incidência do princípio em estudo[257]. A exigência de manifestação de confiança conduziria a uma situação paradoxal, porque protegeria aquelas pessoas que praticaram, de imediato, atos concretos de

[254] BAPTISTA. Op. cit. p. 189-190.
[255] O item 1.2.3 aborda o tema do "investimento de confiança".
[256] CALMES. Op. cit. p. 391.
[257] É a crítica elaborada pela Sylvia Calmes quanto à exigência de investimento de confiança. *Ibid*, p. 392.

confiança, mas sancionaria os que atuaram com mais prudência. Nas palavras de Sylvia Calmes[258], significaria a possibilidade de prejudicar um "bom pai de família". É o caso de quem ajuizou ação judicial, questionando um concurso público, e obtém o deferimento, em caráter liminar, do pedido de provimento em cargo público, enquanto outro candidato não pleiteia, por cautela, a antecipação dos efeitos da tutela; e, ao final do trâmite processual, apenas o primeiro terá praticado atos de disposição, com a mudança de sua família para outro Estado, por exemplo. Acrescente-se que considerar o investimento de confiança uma condição indispensável para a aplicação do princípio em análise concederia ao poder público maior liberdade para alterar a sua linha de comportamento, desde que o particular não tenha investido concretamente a sua confiança.

A atividade de confiança, ao atuar como um elemento para a ponderação de interesses, apresenta-se extremamente útil para a aferição da possibilidade de tutela efetiva da confiança, sem constituir uma condição essencial para esse fim. Um exemplo seria um benefício fiscal inválido e oneroso que levou uma sociedade a assumir a despesas para cumprir a exigências legais; ou o caso de uma licença para construir, posteriormente cancelada, causando prejuízos ao destinatário de boa-fé. Portanto, a existência de uma disposição patrimonial evidencia a presença de uma expectativa tutelável.

Dentre os que admitem a exigência de investimento de confiança, há quem defenda que os atos praticados nem sempre tenham um conteúdo patrimonial, porque é perfeitamente possível que o particular mereça a tutela de sua expectativa, por já ter orientado sua vida contando com a continuidade do ato estatal, independente da prática de uma medida

[258] CALMES. Op. cit. p. 395.

patrimonial concreta[259]. Bastaria a comprovação de que o particular sofreu alguma privação com a decepção causada pelo novo agir estatal[260].

2.2.1.1.3 – Frustração da expectativa de terceiros como limite à tutela da confiança

A plena proteção da expectativa legítima do beneficiário do ato pode interferir no patrimônio de terceiros, porque nada impede que um ato estatal favoreça um particular, e, ao mesmo tempo, prejudique outro. Em tese, são admissíveis duas soluções: ou os direitos de terceiros seriam um limite absoluto à proteção da confiança, ou constituiriam um elemento a mais na ponderação de interesses que delimitará o alcance do princípio da proteção da confiança[261].

O segundo entendimento parece ser o mais justo, ao permitir que os efeitos futuros danosos a terceiros sejam sopesados na ponderação necessária para a tutela da confiança[262], sem que haja uma completa exclusão da proteção da confiança ao beneficiário do ato. Até porque a diversidade de situações possíveis impede uma resposta prévia para cada caso concreto[263]. Vale ressaltar que o § 50 da Lei alemã de Processo Administrativo Federal acolheu o afastamento completo da proteção da confiança diante da existência de um interesse de terceiro[264].

---

[259] Trata-se de posição adotada por Valter Shuenquener de Araújo. Op. cit. p. 142.
[260] *Ibid*, p. 144.
[261] BAPTISTA. Op. cit. p. 203.
[262] ARAUJO. Op. cit. p. 225-6.
[263] Sylvia Calmes, adotando o mesmo entendimento, defende que é importante verificar, por exemplo, se o terceiro pôde se manifestar previamente o ato, ou se apenas teve a oportunidade de impugnar em momento posterior. Para balancear os interesses, e os valores por eles suscitados, é preciso avaliar em que medida o terceiro foi atingido e como lhe foi oportunizado se manifestar a respeito. Uma solução satisfatória seria alcançada com uma ponderação dos interesses envolvidos. Op. cit. p. 477-9.
[264] BAPTISTA. Op. cit. p. 202.

2.2.1.2 – O princípio da proteção da confiança como limite à revogação de atos administrativos

No estudo do princípio da proteção da confiança como limite à anulação de ato administrativo, é de fácil percepção um potencial conflito entre a legalidade estrita e a proteção da confiança. Diversamente, nos atos administrativos legais, a tutela da confiança se realiza, a princípio, na legalidade estrita, e, sob esse prisma, importa estabelecer se, e, segundo qual alcance, o princípio da proteção da confiança poderia restringir ou obstar o poder de revisão dos atos administrativos conforme a legalidade[265].

É importante que os atos emanados da Administração Pública gozem de uma estabilidade que permita a confiança plena dos cidadãos nos atos do poder público[266], porque, ao viabilizar um mínimo de previsibilidade na relação entre o Estado e o particular, a preservação de atos administrativos legais garante a proteção da segurança jurídica. Não obstante, a revogabilidade do ato administrativo pode se apresentar necessária em razão de conveniência e oportunidade, nos termos do enunciado 473 da Sumula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do artigo 53 da Lei federal n.º 9784/99.

No direito administrativo brasileiro, o direito adquirido constitui um dos principais limites à revogabilidade de um ato administrativo válido, mas nem sempre é suficiente para impedir a revisão da medida. É comum no Brasil que a mudança de um planejamento estatal deixe de observar o princípio da proteção da confiança, em especial quando há a revogação do alvará de construção, após o titular realizar investimentos[267]. A jurisprudência brasileira tem admitido o desfazimento do ato antes de iniciada a obra, desde que presentes motivos de conveniência e de oportunidade. O *leading case* do Supremo Tribunal Federal é o RE

[265] BAPTISTA. Op. cit. p. 267.
[266] *Ibid*, p. 266.

85.002[268], em que o Ministro Moreira Alves explica que fere o direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada, porque se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu em relação ao que já foi construído, com base em autorização válida do poder público. O acórdão paradigma refere-se à hipótese em que a obra já teve início. Mas, pelo princípio da proteção da confiança, o proprietário deverá ser ressarcido das despesas, independente do início das obras, uma vez que foram adquiridas pela confiança na manutenção do ato estatal. Diante da conveniência e oportunidade, o melhor interesse da Administração pode ser o desfazimento do ato de licença para construir, e, ainda assim, impõe-se uma compensação financeira ou a criação de regras de transição, por ser imprescindível para tutelar a legítima expectativa criada no particular[269].

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito de uma empresa fabricante de sangria – derivado de vinho – a continuar com a produção e comercialização da sangria nos termos do registro que lhe fora deferido pelo Ministério da Agricultura, até o final do prazo de dez anos previsto na autorização inicial, sem as alterações de composição fixadas na Instrução Normativa nº 5, de 6 de janeiro de 2005, do referido Ministério[270]. Embora não tenha

---

[267] ARAUJO. Op. cit. p. 274.

[268] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator Min. Moreira Alves. RE n. 85.002/SP. Publicado no DJU de 11.03.1977. Ementa: Licença de construção. Revogação. Fere direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atinge apenas faculdade jurídica - o denominado "direito de construir" - que integra o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído, com base na autorização válida do Poder Público. Há, portanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da Súmula 473. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

[269] ARAUJO. Op. cit. p. 275.

[270] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. MS 10597/DF. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Publicado no DJ de 22.10.2007. Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COQUETEL E BEBIDA MISTA ALCOÓLICA DE VINHO. FABRICAÇÃO. FIXAÇÃO DE NOVOS PADRÕES DE IDENTIDADE E QUALIDADE. PODER DE POLÍCIA. REGISTRO. VALIDADE. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA. INTERESSE JURÍDICO NÃO-DEMONSTRADO. 1. Há de ser indeferido pedido de assistência formulado com base nos arts. 50 e seguintes do CPC quando a parte não demonstra objetivamente em que consiste seu pretenso interesse jurídico no resultado final da demanda, ou, em outras palavras, qual a relação jurídica de que seja eventualmente titular está sujeita aos efeitos da decisão que vier a ser proferida. 2. A discricionariedade que caracteriza o poder de polícia da Administração deve estar contida nos limites estabelecidos na lei, devendo a autoridade observar atentamente essas limitações, sob pena de incidir em arbitrariedade, por abuso ou desvio de poder. 3. Se, por um lado, não há de ser questionado o poder de polícia da Administração Pública para, presente o interesse público, rever os procedimentos tendentes a aprimorar a

mencionado a proteção da confiança, a Corte levou em consideração a expectativa do fabricante na estabilidade do ato do poder público que autorizou a sua atividade e a sua manifestação concreta de confiança, ao fazer investimentos.

Há também um famoso precedente[271] na jurisprudência inglesa em que, no caso de uma mudança de orientação da Administração por questão de mera conveniência, ficou reconhecida a necessidade de proteção de uma cidadã. Uma senhora chamada Coughlan, que ficou tetraplégica em razão de um acidente de automóvel, estava internada no hospital Newcourt, e recebeu a informação do governo inglês de que uma nova unidade domiciliar especial passaria a ser o seu lar para o resto da vida. Em 1993, a senhora Coughlan foi transferida do hospital Newcourt para a Mardon House, por ter acreditado na promessa de que esta última seria sua casa “for life”. Contudo, a Administração inglesa, sem assegurar qualquer alternativa imediata, decidiu fechar a referida unidade em 1998. A senhora Coughlan ajuizou uma ação em que teve reconhecida a inexistência de razões públicas suficientes para a quebra da promessa, e obteve a anulação judicial do fechamento, por ser injusto e corresponder a um verdadeiro abuso de autoridade, especialmente diante da ausência de razões suficientes para a inobservância da expectativa legítima criada em seu favor. O julgado concluiu que frustrar a expectativa da senhora equivaleria a um abuso de poder e, ainda, que o Estado não economizaria significativos recursos com a retirada do lar da Sra. Coughlan, enquanto os prejuízos dela seriam bem maiores.

---

identidade e qualidade de coquetéis de vinho oferecidos ao consumidor, por outro, não se lhe pode permitir que, em nome desse mesmo poder, faça tábula rasa do ordenamento jurídico, para revogar, unilateralmente, autorização dada ao empresário, por prazo certo e determinado. 4. Hipótese em que o direito líquido e certo da impetrante de continuar a produzir as bebidas mistas registradas (com graduação alcoólica superior a 15% em volume e com menos de 50% de vinho) está amparado em autorização dada pelo próprio Ministério da Agricultura, com base na legislação em vigor. 5. Ao tempo em que se assegura à impetrante o direito de prosseguir na fabricação das bebidas, devidamente certificadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, restringe-se a sua comercialização como "derivados do vinho", devendo ser promovida a adequação dos rótulos que indiquem o contrário. 6. Segurança parcialmente concedida.

[271] Trata-se de julgado relatado por Valter Shuenquener de Araújo. Op. cit. 273-4.

A fixação de critérios legais que dificultem a revisão de um ato administrativo, segundo Valter Shuenquener de Araújo[272], constitui uma medida adequada para que o princípio da proteção da confiança ocupe um papel adequado no ordenamento brasileiro, conforme se verifica no âmbito das licitações. O artigo 49 da Lei nº 8.666/93 prevê que a revogação de um procedimento licitatório poderá ocorrer apenas se for causada por razões de interesse público, decorrentes de um fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação. Caso contrário, a revogação será nula e a licitação deverá prosseguir.

Em geral, o procedimento do princípio da proteção da confiança relativo aos atos válidos é bem próximo ao dos atos inválidos. Portanto, o objeto da aplicação do princípio é apenas o ato administrativo favorável ao beneficiário do ato[273], bem como há a aferição da legitimidade da expectativa criada[274] e da eventual frustração da expectativa de terceiros[275]. Ainda assim, há peculiaridades inerentes à proteção da confiança como limite à revogação de atos válidos.

Um parâmetro particular é a exigência de razões supervenientes, conforme previsto na mencionada Lei de Licitações. Por um lado, é verdade que o administrado não pode esperar a inalterabilidade das políticas públicas, e inevitavelmente algumas expectativas serão frustradas, na medida em que a Administração adaptar os atos administrativos às novas exigências da sociedade[276]. Por outro lado, ao cidadão tem que ser assegurado um mínimo de estabilidade na sua relação com o Estado. Nesse cenário, o mais indicado é encontrar um ponto de equilíbrio entre a proteção da confiança do beneficiário do ato e a faculdade administrativa de alterar as suas medidas em prol do bem comum[277], e, por isso, a exigência

[272] ARAUJO. Op. cit. p. 275.
[273] A respeito dos atos objetos de aplicação da tutela da confiança, vide item 2.2.1.1.1.
[274] O item 2.2.1.1.2 aborda a exigência de legitimidade de expectativa.
[275] O item 2.2.1.1.3 trata da frustração da expectativa de terceiros como limite à tutela da confiança.
[276] BAPTISTA. Op. cit. p. 286.
[277] *Ibid*, p. 286.

de razões supervenientes pode ser um elemento importante para o exercício do poder de revogação.

Considerando que a estabilidade do ato administrativo válido é presumível e esperada, quem defende a necessidade de um investimento de confiança, no que tange à proteção da expectativa do particular decorrente de atos ilegais, não repete a exigência no âmbito da revogação dos atos administrativos[278]. De toda forma, a manifestação concreta de confiança persiste como um elemento importante para delimitar o alcance do princípio da proteção da confiança.

Diante da mudança de um planejamento estatal contrária à tutela da confiança, há de se reconhecer a ilicitude do novo agir do Estado e estabelecer a preservação do ato inválido, com a modulação temporal dos efeitos da invalidação; ou, eventualmente, a fixação de compensação indenizatória. Na esfera dos atos administrativos lícitos, conclui-se que o princípio da proteção da confiança pode obstar ou restringir a edição de um ato revocatório do poder público, limitando a discricionariedade da atuação do administrador público[279].

2.2.1.3 – O princípio da proteção da confiança como limite ao poder normativo da Administração

Dentre os atos administrativos editados pelo Poder Executivo, incluem-se os atos normativos, que possuem um cunho genérico na regulamentação das atividades executivas. Como é inerente à atuação normativa a possibilidade de alteração de normas jurídicas, com o escopo de melhor responder aos anseios da sociedade, é certo que o Poder Executivo não tem o dever legal de garantir a perpetuidade dos seus atos normativos, e pode, a qualquer tempo,

[278] É a posição de Patrícia Baptista. Op. Cit. p. 289-290.
[279] ARAUJO. Op. cit. p. 276.

adotar uma nova política pública. O princípio da proteção da confiança não oferece uma garantia genérica de estabilidade do ordenamento jurídico[280]. Ainda assim, a Administração Pública, no exercício de seu poder normativo, edita regulamentos que podem constituir uma base de confiança para o beneficiário do ato.

O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia[281], em certo julgado, anulou dois regulamentos editados pela Comissão da União Européia em julho de 1988, ao acolher a argumentação de um plantador de tabaco, chamado Antonio Crispoltoni, de que os mencionados atos normativos, ao fixarem, para a colheita do próprio ano de 1988, preços e quantidades máximas garantidas para o plantio de determinada variedade de tabaco, violara o princípio da proteção da confiança, eis que publicados depois de feitas as escolhas de produção para o ano em curso pelos plantadores. Apesar da previsibilidade das novas medidas regulamentadoras, os investimentos já estavam concretizados quando do advento dos dois regulamentos, e, por isso, as limitações impostas pela nova regulamentação deveriam incidir a partir do ano seguinte. Portanto, o princípio da proteção da confiança também seria um limitador à retroatividade normativa.

Malgrado o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, a proibição à retroatividade penal maléfica e a garantia da anterioridade tributária, previstas na Constituição brasileira, restrinjam a retroatividade normativa, a aplicação do princípio da proteção da confiança serve como instrumento de aumento do grau de proteção conferido aos cidadãos, tendo em vista que aqueles institutos nem sempre são suficientes para a total proteção do cidadão[282]. A Constituição de 88 não assentou a irretroatividade normativa como uma vedação absoluta, o que permite, em alguns casos, o desamparo jurídico do beneficiário de um ato, que confiou num dado comportamento estatal, caso não haja a observância do princípio

[280] BAPTISTA. Op. cit. p. 311.
[281] *Ibid*, p. 316.

da proteção da confiança. Importa destacar que não se trata de uma crítica à retroatividade normativa, mas a constatação de que deve ter em vista a existência ou não de uma confiança digna de proteção.

A proteção de expectativas legítimas deve ser observada na produção de atos normativos pela Administração, o que inclui os editais de concursos públicos. Inicialmente, firmou-se o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que a aprovação em concurso público, mesmo que dentro do número de vagas previsto em edital, não gera direito à nomeação, salvo se nomeado candidato não aprovado no concurso público ou se houver o preenchimento de vaga sem a observância de classificação do candidato aprovado. Na ADI 229.450, o Tribunal Pleno[283] declarou a inconstitucionalidade do artigo 77, VII da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria o direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas do certame, e impõe a nomeação no prazo de 180 dias.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, consagrou jurisprudência em sentido contrário, por admitir a existência de um direito subjetivo à investidura no cargo ao candidato

---

[282] BAPTISTA. Op. cit. p. 313.

[283] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 229.450/RJ. Relator: Min. Carlos Britto. Publicado no DJ de 24.02.2005. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TEXTO NORMATIVO QUE ASSEGURA O DIREITO DE NOMEAÇÃO, DENTRO DO PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS, PARA TODO CANDIDATO QUE LOGRAR APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS, OU DE PROVAS DE TÍTULOS, DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL. O direito do candidato aprovado em concurso público de provas, ou de provas e títulos, ostenta duas dimensões: 1) o implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação (que é de 2 anos, prorrogável, apenas uma vez, por igual período); 2) o explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior, contanto que não-escoado o prazo daquele primeiro certame; ou seja, desde que ainda vigente o prazo inicial ou o prazo de prorrogação da primeira competição pública de provas, ou de provas e títulos. Mas ambos os direitos, acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados. O dispositivo estadual adversado, embora resultante de indiscutível atributo moralizador dos concursos públicos, vulnera os artigos 2º, 37, inciso IV, e 61, § 1º, inciso II, "c", da Constituição Federal de 1988. Precedente: RE 229.450, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

aprovado dentro de número de vagas veiculado no edital[284]. Embora a aprovação em concurso público gere mera expectativa de direito à nomeação em cargos e empregos públicos, o Superior Tribunal de Justiça entende que, se a Administração Pública veicula número certo e definido de vagas, está adstrita a provê-las, por obediência aos princípios da legalidade, que pressupõe a vinculação ao edital, e da moralidade administrativa[285]. Ressalte-se que, em 2008, o Supremo sinalizou uma mudança de jurisprudência[286], tendo em vista que a Primeira Turma entendeu que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso:

> EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam os candidatos e a Administração Pública. A negativa do poder público no que concerne ao preenchimento das vagas previstas no edital, que é a lei interna do certame, significa uma arbitrariedade do Estado, porque

---

[284] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RMS 19216/RO. Relator: Min. Paulo Medina. Publicado no DJ de 09.04.2007. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS VEICULADAS EM EDITAL - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - RECURSO PROVIDO. 1. Desde que aprovado dentro do número de vagas veiculadas em edital, o candidato em concurso público possui direito subjetivo à investidura no cargo. Precedentes desta Corte. 2. Recurso provido.

[285] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RMS 19216/RO. Relator: Min. Paulo Medina. Publicado no DJ de 09.04.2007.

[286] Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral na matéria suscitada, para sedimentar a jurisprudência da Corte. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em RE 598.099. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 05.03.2010.

transgride a legítima expectativa do candidato em integrar o aparato estatal. Trata-se de respeito ao investimento realizado pelos candidatos, em termos financeiros, de tempo e emocionais.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o registro de diplomas se subsume ao regime jurídico vigente à data de sua expedição, não à data do início do curso a que se referem, sob o argumento de que não há direito adquirido à revalidação de diploma expedido por universidade estrangeira, cujas normas foram modificadas ao longo do curso[287]. Não obstante o ingresso de alguns alunos no curso de medicina em instituição localizada em Cuba tenha se dado sob a égide do Decreto Presidencial n. 80.419/1977, que assegurava o reconhecimento automático do diploma obtido na América Latina e no Caribe, a diplomação efetivou-se na vigência do Decreto n. 3.007/1999, que revogou o decreto anterior e passou a exigir prévio processo de revalidação, à luz da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira.

---

[287] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1.140.680/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJ de 19.02.2010. Ementa: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CURSO DE MEDICINA. DIPLOMA DE UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA. REVALIDAÇÃO. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO. TÉRMINO DO CURSO NA VIGÊNCIA DO DECRETO N. 3.007/99. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO CONFIGURADO. 1. Os diplomas expedidos por entidades de ensino estrangeiras, sob a égide do Decreto 3.007/99, que revogou o Decreto Presidencial 80.419/77, exigindo prévio processo de revalidação, à luz da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (art. 48, § 2º, da Lei 9.394/96), são insuscetíveis de revalidação automática, uma vez que o registro de diplomas subsume-se ao regime jurídico vigente à data da sua expedição e não à data do início do curso a que se referem. Precedentes do S.T.J: AgRg no Ag 976.661/RS, Segunda Turma, DJ de 09/05/2008; REsp 995.262/RS, Primeira Turma, DJ de 12/03/20088; AgRg no REsp 973199/RS, Segunda Turma, DJ 14/12/2007; REsp 865.814/RS, Segunda Turma, DJ 07/12/2007; REsp 762.707/RS, Primeira Turma, DJ 20/09/2007 e REsp 880051/RS, Primeira Turma, DJ 29/03/2007. 2. *In casu*, inobstante o ingresso no curso de medicina no Instituto Superior de Ciências Médicas de Camagüey, República de Cuba, tenha se dado em 1998 (fl. 232), sob a égide do Decreto Presidencial 80.419/77, que assegurava o reconhecimento automático de diploma obtido no exterior, a diplomação efetivou-se em agosto de 2004 (fl. 60), portanto, na vigência do Decreto nº 3.007, de 30.03.99, o qual revogou o mencionado decreto, exigindo prévio processo de revalidação, à luz da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (art. 48, § 2º, da Lei 9.394/96), fato que, evidentemente, conduz à ausência de direito adquirido à pretendida revalidação automática. 3. O direito adquirido, consoante cediço, configura-se no ordenamento jurídico pátrio quando incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular. 4. Sobrevindo novel legislação, o direito adquirido restará caracterizado acaso a situação jurídica já esteja definitivamente constituída na vigência da norma anterior, não podendo ser obstado o exercício do direito pelo seu titular, que poderá, inclusive, recorrer à via judicial. 5. Os direitos de exercibilidade futura são os que restam suscetíveis à ocorrência de circunstância futura ou incerta para seu ingresso no patrimônio jurídico do titular, porquanto direito em formação, que não se encontra a salvo de norma futura. 6. Recurso Especial desprovido.

Trata-se de mais uma hipótese em que o direito adquirido não constitui um instituto suficiente para a tutela da confiança do particular. O Ministro Luiz Fux explicou que a questão se refere aos ditos “direitos de exercibilidade futura”, que são os suscetíveis a uma circunstância futura ou incerta para seu ingresso no patrimônio jurídico do titular, porquanto direito em formação, que não se encontra a salvo de norma futura. Independente da não incorporação de um direito à revalidação automática do diploma ao patrimônio do titular, importa considerar que o particular, ao optar por cursar uma faculdade numa universidade da América Latina e do Caribe, certamente contou com o respaldo da legislação em vigor, e, por isso, despendeu tempo e dinheiro na conclusão do curso, além do investimento emocional.

O Decreto Presidencial n. 80.419/1977 criou uma base de confiança digna de tutela, e todos que atuaram com a legítima expectativa de obtenção de revalidação automática de seus diplomas devem ser protegidos. É muito importante que a Administração, ao mudar os rumos de suas políticas públicas, leve em consideração que muitas pessoas guiaram as opções da própria vida em função da legislação em vigor, e crie normas de transição. Afinal, a atuação do poder público pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, sobretudo quando afeta diretamente a esfera jurídica dos particulares.

O Supremo Tribunal Federal[288] entendeu, no RE n.º 231.176/SP, que o imposto de importação sobre veículos adquiridos no exterior deveria ser recolhido com base na alíquota vigente no momento da entrada dos veículos no país, mesmo que outra fosse a alíquota prevista quando se fecharam os contratos de compra e venda, porque não haveria ofensa à irretroatividade, ao direito adquirido ou á boa-fé, uma vez que o fato gerador só se verificou após a fixação da nova alíquota. Conforme o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em caso

---

[288] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 231.176. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 28.05.1999.

análogo[289], é preciso questionar o entendimento ortodoxo de que o artigo 153, § 1º da Constituição sobrepôs, ao valor da segurança jurídica, a necessidade do governo de variar a carga tributária de certos tributos, segundo a demanda das flutuações da conjuntura econômica, muitas vezes imprevisíveis. Apesar de reconhecer a problemática, o Ministro defende que a aplicação da norma que aumentou a alíquota, se o fato gerador ocorreu após o início de sua vigência, não constitui uma retroatividade retroativa, ainda que a sua aquisição no exterior tenha sido na vigência da norma anterior.

Poder-se-ia argumentar que a proteção da expectativa do contribuinte de pagar a alíquota vigente no momento da aquisição das mercadorias esbarraria na previsibilidade da atuação do governo e, por isso, não haveria uma base de confiança tutelável[290]. É indiscutível a possibilidade de majoração de alíquotas do imposto de importação, tendo em vista a previsão expressa no artigo 153, § 1 º da Constituição. Malgrado a conjuntura econômica obrigue o governo a alterar a sua política fiscal, os particulares não podem se submeter aos caprichos da Administração, que tem que preservar um mínimo de previsibilidade ao cidadão que contraiu compromisso com base no regime normativo vigente à época da contratação. O contribuinte não tem direito adquirido a um determinado regime fiscal, porém, negocia e contrata com respaldo numa situação concreta[291].

---

[289] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 216.541. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 15.05.1998. Ementa: Imposto de importação: fato gerador: majoração de alíquota (D. 1.427/95). Não há aplicação retroativa da norma que aumentou a alíquota, se o fato gerador do tributo ocorreu coma importação do bem, após o início de sua vigência e não quando de sua aquisição no exterior.

[290] BAPTISTA. Op. cit. p. 321.

[291] É o que afirmou a Min. Eliana Calmon num julgado em que se discutia possibilidade da Resolução do Banco Central, responsável pela redução em quarenta por cento do percentual de um benefício fiscal sem prazo certo, ser aplicada aos negócios fechados com base no regime fiscal anterior. A Ministra não fez referência ao princípio da proteção da confiança, que seria adequadamente aplicável à situação, mas apenas à figura do “direito expectativo”. Trata-se novamente de uma hipótese em que a aplicação do princípio da confiança permitiria uma argumentação mais objetiva e criteriosa à decisão judicial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 135.569/PR. Relator: Min. Eliana Calmon. Publicado no DJ de 29.10.2001. Ementa: TRIBUTÁRIO - BENEFÍCIO FISCAL ALTERADO PELAS RESOLUÇÕES BACEN 613/80 e 1.033/85, AMBAS DO BACEN. 1. A Resolução BACEN 613/80 institui benefício pecuniário, ao reduzir em 40% (quarenta por cento) o Imposto de Renda para os contribuintes especificados. 2. Concedido o benefício por resolução, poderia o mesmo ser alterado ou suprimido por outra resolução. 3. Respeito, entretanto, o direito

Conclui-se que certas posições jurídicas devem ser preservadas, para a garantia da tutela das expectativas criadas, sem resultar num obstáculo ao exercício da função normativa da Administração. Em verdade, o princípio da proteção de confiança serve como um instrumento limitador da atividade normativa, e deve ser aplicado segundo uma análise prévia e rigorosa dos requisitos da tutela da confiança. O que se defende não é a imutabilidade de um regime jurídico, mas que as alterações que se mostrarem necessárias não ignorem a base de confiança criada pela legislação anterior.

2.2.1.3.1 – O direito a um regime de transição

Na esfera normativa, o princípio da proteção da confiança garante um regime de transição justo, adequado e proporcional[292]. Para que o administrado não seja surpreendido por uma mudança súbita e imprevisível do seu regime normativo, quando havia fundadas razões para confiar na estabilidade do comportamento estatal, as soluções transitórias se revelam um meio apropriado para a tutela da confiança. É importante que se dê ao beneficiário do ato a possibilidade de se adaptar ao novo regime normativo e, por isso, um prazo razoável deve ser disponibilizado para que o particular se adapte aos novos rumos da Administração. Portanto, um regime de transição não implica necessariamente a criação de um sistema normativo específico e permanente para os que confiaram na atuação do poder público.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro[293], em um mandado de segurança impetrado por uma associação de supermercados, deferiu liminar para suspender a produção

---

adquirido e o direito expectativo, para resguardar a incidência da resolução vigente ao tempo em que se consolidou o contrato. 4. Recurso especial provido.

[292] BAPTISTA. Op. cit. p. 325.

de efeitos do decreto municipal que proíbe a circulação de caminhão de entrega em vários pontos da cidade, e determinou um prazo de 180 dias para que os supermercados se adaptassem à nova medida. Mas o Supremo Tribunal Federal cassou a liminar concedida[294]. A declaração de ineficácia da nova regra, durante um período de adaptação dos estabelecimentos comerciais, constitui efeito importante da aplicação do princípio da proteção da confiança na esfera normativa, porque permite o planejamento necessário diante da repercussão do novo regramento. Então, a aplicação imediata de um novo sistema normativo, sem considerar os ônus a serem suportados pelos destinatários surpreendidos pela Administração, implicou a violação da tutela da confiança, enquanto a nova política pública em si não contraria o princípio.

É imperioso que a Administração Pública adote a postura de estabelecer um regime de transição quando da fixação de um novo regime normativo, sem que seja preciso que o particular recorra ao Poder Judiciário. Mas há situações em que a identificação do prazo mais adequado para a transição será de grande complexidade, em especial se a expectativa do cidadão estiver diluída por um período bem longo, como ocorre com o regime da previdência social ou com as regras que dispõem sobre uma atividade profissional[295].

2.3. OS OUTROS PODERES DA REPÚBLICA E O PRINCIPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Todas as manifestações de vontade do Estado, independente se originadas do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, são hábeis a criar uma expectativa legítima no cidadão.

---

[293] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. MS 0047659-25.2008.8.19.0000 (numeração antiga: 2008.004.00565). Relator: Min. Luiz Felipe Francisco. Publicação da liminar no DO/RJ em 07.05.2008.

[294] A decisão do Supremo Tribunal Federal de cassar a liminar concedida em âmbito estadual é informada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: www.tjrj.jus.br. Consultar: MS 0047659-25.2008.8.19.0000 (numeração antiga: 2008.004.00565).

O princípio da proteção da confiança deve ser aplicado a todos os Poderes da República, e funciona como um limite ao poder normativo do Legislativo e à mudança de orientação jurisprudencial.

3.1 – PODER LEGISLATIVO: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO LIMITE AO PODER NORMATIVO

Na esfera de conformação legislativa, há um poder de inovação normativa bem mais amplo que o do administrador e do juiz, tendo em vista que os últimos estão fortemente atrelados aos parâmetros estabelecidos pelos atos legislativos. A atividade do legislador, ao apreciar situações fáticas e realizar juízos de valor, possui um caráter criador que o diferencia da atuação administrativa e da judicial. É inerente ao Poder Legislativo a possibilidade de frustrar as expectativas criadas nos particulares, como resultado da edição de uma nova lei, causando uma instabilidade no ordenamento jurídico.

Diante da multiplicidade de interesses a serem ponderados, conjugada com a legitimidade democrática do legislador, há que se presumir a conformidade material da atuação do Poder Legislativo, que é livre na escolha dos seus fins e meios, desde que observe os limites constitucionais[296]. A Constituição desempenha um papel de destaque na proteção das expectativas legítimas dos cidadãos surpreendidas por uma alteração legislativa, e, por isso, o legislador pode sofrer uma vinculação futura da sua atuação[297]. Conquanto se compreenda que o legislador modifique os seus planos e edite uma nova legislação diversa da anterior, importa observar que a constitucionalização do Direito limita a discricionariedade

---

[295] ARAÚJO. Op. cit. p. 342.
[296] CONCEIÇÃO JUNIOR, Hermes Siedler. *A Jurisdição Constitucional – a liberdade de conformação do legislador e a questão da legitimidade*. Disponível em: www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/06_dr_hermes.pdf. Acesso em: 01/08/2010.
[297] ARAÚJO. Op. Cit. p. 288.

legislativa na elaboração das leis em geral, porque, ao determinar um compromisso ao legislador de cumprir os mandamentos constitucionais, impõe-lhe uma esfera de criação normativa vinculada a alguns limites.

A tutela das expectativas, com base no princípio da proteção da confiança, constitui uma importante restrição ao poder criativo do legislador. A dinâmica legislativa não pode se sobrepor, de forma desenfreada, sob a base de confiança criada pela legislação anterior e responsável por incutir no cidadão a legítima expectativa de que a sua atuação teria o respaldo legal. A modificação de situações erigida sobre a normatização anterior demanda do legislador a previsão de regras de transição, para reduzir o impacto daqueles que programaram uma vida com base na primeira legislação. É uma questão muito comum no âmbito previdenciário[298].

A respeito das situações transitórias, responsáveis muitas vezes pelo surgimento de uma expectativa legítima, vale destacar que a Constituição de 1988 se preocupa com as posições jurídicas criadas com base em uma medida provisória não convertida em lei, ao estabelecer, no seu artigo 62, §3º, que o Congresso Nacional deve disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida; e, pelo § 11, a não edição desse decreto fará com que as novas relações persistam sob a regência da medida provisória. Portanto, verifica-se na Constituição a tutela expressa das expectativas legítimas. Valter Shuenquener de Araújo[299] observa que a previsão nem sempre será suficiente para uma plena proteção da confiança, porque uma medida provisória pode ter, por exemplo, reestruturado uma determinada carreira do serviço público, conferindo, aos seus integrantes, um aumento substancial e provocado remoções de servidores para localidades

[298] O constituinte brasileiro tem o cuidado de tutelar as expectativas de direito dos servidores investidos em cargo público até o início da vigência da uma reforma da previdência para a categoria. Embora não haja direito adquirido à manutenção de regime jurídico, para quem não preencheu os requisitos das normas em vigor até aquele momento, há um mínimo de segurança a ser preservado nas relações institucionais, diante da confiança depositada pelo servidor na normatividade estatal. A Emenda Constitucional n. 41/2003, por exemplo, previu que

distintas. Defende que o Decreto Legislativo, ou mesmo que o Poder Judiciário, na sua ausência, determine uma redução gradual do aumento não aprovado - proteção da confiança mediante a criação de regras de transição; e preserve as remoções que exigiram uma mudança de domicílio - proteção da confiança mediante a manutenção do ato. Diante da forte repercussão econômica e social, seria preciso, para a autora do presente estudo, analisar com cuidado o desfazimento das remoções, porque muitos são os interesses envolvidos, e talvez o servidor não tivesse optado pela mudança de domicilio sem o substancial aumento salarial; e, por outro lado, o desfazimento obrigaria o Estado a arcar novamente com as despesas da remoção dos servidores.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma[300], seja no controle concentrado, seja no difuso, também é um instrumento importante para a proteção da confiança, porque, ao ser uma solução alternativa à radical opção entre a plena e definitiva constitucionalidade da norma e a inconstitucionalidade fulminante com eficácia retroativa, evita a frustração de uma expectativa legítima de que quem confiou na constitucionalidade de uma norma editada pelo poder público.

A adoção de uma jurisdição constitucional ortodoxa, em várias situações, provocaria conseqüências muito mais nefastas que a própria norma inconstitucional. Uma situação em que a restrição da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade foi necessária refere-se à hipótese em que o Supremo[301] reconheceu que a aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de

---

os servidores que cumprirem as exigências do artigo 8º da emenda receberão o beneficio calculado nos termos da legislação revogada.

[299] ARAÚJO. Op. Cit. p. 289.

[300] A modulação temporal não importa mitigação do princípio da supremacia constitucional, por encontrar fundamento na proteção do princípio da segurança jurídica e de outros princípios ligados ao excepcional interesse social, que também possuem amparo na Constituição. É também a posição de: BINENBOJM. *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 204.

proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar. Durante a vigência da norma, tida como compatível com a Carta Maior, inúmeros atos de deliberação foram praticados pelos vereadores nomeados com base na lei municipal posteriormente questionada, e, portanto, a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente, compelindo o Supremo a assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Além da modulação temporal da eficácia da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, a tutela da confiança no âmbito do Poder Legislativo envolve os conflitos oriundos de novas leis que atingem relações jurídicas em curso, dirimidos muitas vezes por institutos como a coisa julgada e o direito adquirido. Como os clássicos institutos nem sempre solucionam de forma satisfatória a questão, o princípio da proteção da confiança possui um papel importante para limitar a liberdade legislativa na criação de normas, porque exige do legislador um regramento claro quando um novo texto modifica situações erigidas com base no Direito anterior. Embora o destinatário do ato legislativo deva aguardar inovações legislativas, inerente ao dinamismo da sociedade, a expectativa legítima do cidadão resulta de uma base de confiança criada pela legislação editada, e exige que o Poder Legislativo preveja um procedimento capaz de tutelar adequadamente a confiança. Portanto, a liberdade de conformação na elaboração das leis em geral deve ser conjugada com o princípio da proteção da confiança, para garantir a estabilidade das relações jurídicas.

3.2 – PODER JUDICIÁRIO: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO LIMITE À MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

[301] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 300.343-SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ de 11.06.2004.

No âmbito do Poder Judiciário, a tutela da confiança é responsável por mitigar bruscas alterações em entendimentos consolidados da jurisprudência. Não obstante a ampla liberdade de convencimento do juiz, inclusive de constatar que a interpretação dada à norma jurídica até aquele momento não coaduna com o melhor direito, é fato que a antiga posição jurisprudencial produziu efeitos durante o período de sua aplicação, e pode ter criado expectativas legítimas no particular. O jurisdicionado, por acreditar na continuidade de uma reiterada interpretação da lei, direcionou alguns planejamentos de vida, e pode ser tão prejudicado, a ponto de repercutir com gravidade maior do que uma brusca alteração legal[302]. Na visão do particular, pouco importa se a piora de sua posição jurídica resulta de uma mudança legislativa ou jurisprudencial[303].

A reversão de uma jurisprudência consolidada exige do Poder Judiciário cuidado com as expectativas incutidas nos jurisdicionados. Diante de uma jurisprudência pacificada, emanada de um Tribunal que tem a competência constitucional de dar a última palavra[304], é natural que o cidadão confie se tratar da melhor interpretação da lei, orientando sua vida, seu trabalho e seus negócios, segundo o entendimento jurídico adotado reiteradamente. Devido à forte repercussão de um pronunciamento judicial, ainda que produza apenas efeitos *inter partes*, importa que haja a preservação da posição jurídica de quem confiou num certo desfecho futuro de uma ação judicial ajuizada ou prestes de ser proposta.

---

[302] ARAÚJO. Op. cit. p. 292.
[303] *Ibid*, p. 293.
[304] Para aferir a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança ao caso concreto, é importante que o órgão que supostamente criou a legítima expectativa do particular seja o responsável por responder por último, o que pode acontecer por quando, por razões processuais, a orientação judicial definitiva e pacífica resultar de uma instância inferior. É o que defende Valter Shuenquener de Araújo. *Ibid*, p. 294. O autor explica que a mesma situação ocorreria se o Supremo Tribunal Federal entender, inicialmente, que um tema, por supostamente não envolver controvérsia constitucional, não possa ser submetido à sua apreciação; e, tempos mais tarde, reconhece a sua competência para decidir. Foi o caso de quando, embora tenha se recusado, num primeiro momento, a conhecer a questão, passou a contrariar o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado n. 276, deixando de isentar do pagamento da COFINS as sociedades civis que prestam serviços profissionais. *Ibid*., p. 294-5. O primeiro entendimento: BRASIL Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Carlos Velloso. MC em Reclamação nº 2.518/RS. Publicado no DJU de 17.02.2004. No sentido da posição

A confiança, que é face subjetiva do princípio da segurança jurídica, decorre da expectativa da decisão final a ser emitida pelo Judiciário ser-lhe-á favorável. O princípio da proteção da confiança, conforme explicado no item 2.2.1.1, não pode ser fundamento para também proteger o Estado em relação aos atos de seus cidadãos, eis que detém os meios eficazes de coerção para se proteger de comportamentos contraditórios dos indivíduos. Portanto, a mudança jurisprudencial exige um prejuízo ao jurisdicionado.

Uma situação polêmica em sede jurisprudencial refere-se ao suposto caráter interpretativo dado pelo artigo 4ª da Lei Complementar 118/2005 ao fim da tese dos "cinco mais cinco" para a repetição de tributo sujeito a lançamento por homologação. Como a LC 118/2005 provocou a redução, para a metade, do prazo de 10 anos jurisprudencialmente fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, e contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação, a retroatividade da nova lei não poderia fulminar a expectativa legítima criada pela jurisprudência reiterada de uma Corte Superior aos contribuintes, restringindo o acesso ao Judiciário, embora não exista um direito adquirido a um regime jurídico.

No RE 566621[305], interposto pela União contra decisão do TRF da 4ª Região que reputara inconstitucional o artigo 4º da LC 118/2005, na parte em que determina a aplicação retroativa do novo prazo, a Ministra Relatora Ellen Gracie[306] proferiu voto em que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo, por violação ao princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte nos artigos 1º e 5º,

---

posterior: BRASIL Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE nº 419.629/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU de 30.06.2006.

[305] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 566.621-RS. Relator: Min. Ellen Gracie. Voto proferido em 05.05.2010. Informativo n. 585. Disponível: www.stf.jus.br. Acesso em 20.08.2010.

[306] Ressalte-se que o julgamento do recurso pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal se encontra suspenso para aguardar o voto do Ministro Eros Grau. Os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes divergiram da Relatora, e deram provimento ao recurso, sob a alegação de que o artigo 3º da LC 118/2005 seria um dispositivo meramente interpretativo, que buscou redirecionar a jurisprudência equivocada do Superior Tribunal de Justiça.

XXXV, da CF; e considerou como válida a aplicação do novo prazo apenas às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis*.

A Relatora defendeu que o artigo 4º da LC 118/2005, ao estabelecer uma *vacatio legis* de 120 dias, contemplou um prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento e os contribuintes pudessem agir, ajuizando ações necessárias à tutela dos seus direitos. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso acompanharam a relatora, e o Ministro Celso de Mello dissentiu apenas quanto à aplicabilidade do art. 3º da LC 118/2005 às ações ajuizadas posteriormente ao término do período de *vacatio legis*. O melhor entendimento é o que limita o novo prazo para a repetição de tributo sujeito a lançamento por homologação aos fatos ocorridos após o início de vigência da LC 118/2005, porque evita a frustração dos contribuintes que confiaram num verdadeiro poder normativo da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, a posição defendida pela Relatora não atende na integralidade à tutela da confiança dos contribuintes, por restringir demasiadamente o campo de proteção das situações jurídicas em tráfico.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgado a respeito da subsistência ou não do crédito-prêmio do IPI, conferiu eficácia retroativa a uma nova posição jurisprudencial[307], que era desfavorável aos interesses dos cidadãos. De acordo com a antiga jurisprudência da Corte, o mencionado benefício fiscal subsistiria até 2004, e muitos contribuintes agiram com base no

[307] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Divergência em REsp nº 738.689-PR. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Publicado no DJU de 22.10.2007. Ementa: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO À EXPORTAÇÃO. EXTINÇÃO. 1. O incentivo fiscal à exportação denominado crédito-prêmio de IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-lei n.º 491/69, foi extinto em 30.06.1983 (REsp n.º 541.239/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.11.2005, acórdão ainda não publicado). 2. Ressalva de entendimento do relator. 3. Resta prejudicada a análise das demais questões vertidas no apelo especial. 4. Recurso especial improvido. (fl. 653) Indica o embargante como dissidentes acórdãos da 1ª Turma que reconheceram a restauração do benefício do crédito-prêmio do IPI pelo Decreto-Lei 491/69, dentre os quais destaca-se: TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÉMIO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o benefício denominado Crédito-Prémio do IPI não foi abolido do nosso ordenamento jurídico tributário. 2. Precedentes: RE nº 186.359/RS, STF, Min. Marco Aurélio, DJ de 10.05.2002, p. 53; AGA nº 398.267/DF, 1ª Turma, STJ, DJU de 21.10.2000, p. 283; AGA nº 422.627/DF, 2ª Turma, STJ, DJU de 23.09.2002, p. 342; AGREsp nº 329.254/RS, 1ª Turma, STJ, DJ de 18.02.2002, p. 264; REsp nº 329.271/RJ, 1ª

entendimento pacífico. Atento à repercussão social da nova decisão, o Ministro Herman Benjamin sustentou que as decisões que alteram uma jurisprudência reiterada, com abalo forte e inesperado às expectativas dos jurisdicionados, devem ter os limites de seus efeitos no tempo sopesados, para buscar a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima[308]. Com respaldo numa suposta usurpação da atividade legislativa e no argumento de que a modulação temporal do artigo 27 da lei 9868/99 não abrangeria os efeitos da reversão de uma jurisprudência consolidada, a tese defendida pelo Ministro Benjamin, e acompanhada apenas pelo Ministro João Otávio Noronha, foi esmagadoramente vencida no julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito da modulação temporal da eficácia de uma correção de jurisprudência, Luis Roberto Barroso[309] defende expressamente a sua possibilidade, com a repercussão dos efeitos apenas quanto aos conflitos futuros. Independe de a nova interpretação representar um melhor Direito, a credibilidade do Poder Judiciário está diretamente associada à proteção temporária da confiança de quem acreditou numa orientação reiterada de um Tribunal Superior. A continuidade dos provimentos jurisdicionais contribui para uma maior estabilidade dos valores constitucionais, o que promove a justiça e cria um sentimento de segurança e confiança nas decisões estatais[310]. O Judiciário deve estar atento às conseqüências dos seus julgados, haja vista que a razão da sua existência é a resolução dos problemas da sociedade. A limitação temporal dos efeitos de uma "virada jurisprudencial" envolve a ponderação de

---

Turma, STJ, DJ de 08.10.2001, p. 182, entre outros. 3. Recurso da Fazenda Nacional conhecido, porém, improvido. (RESP 576.873⁄AL, Min. José Delgado, DJ de 16.02.2004).

[308] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Divergência em REsp nº 738.689-PR. Voto-vista do Min. Herman Benjamin. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Publicado no DJU de 22.10.07.

[309] BARROSO. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária.* Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. Revista de Direito do Estado. Renovar, Rio de Janeiro, n. 2, abril/junho, 2006. p. 267.

[310] ARAÚJO. Op. cit. p. 301.

conflito entre princípios constitucionais, e não pode ser considerada uma violação ao princípio da separação dos poderes[311].

No que concerne à modulação temporal do novo entendimento sobre o crédito-prêmio do IPI, o Supremo Tribunal Federal[312] diferenciou "virada jurisprudencial" de reversão de precedente, e, por isso, fixou a exigência específica da formação da coisa julgada para que sua jurisprudência pudesse eventualmente dar amparo à proteção da confiança de particulares[313] - considerando que não tinha proferido uma decisão final, houve, para o Supremo, uma mera reforma de um entendimento anterior, que seria uma reversão de precedente, ainda não transitado em julgado[314]. Em verdade, a exigência de coisa julgada ignora a realidade dos Tribunais brasileiros em que o resultado definitivo demora anos, e, no período, os contribuintes são compelidos a fazer planejamentos negociais. Os compromissos não podem aguardar o trânsito em julgado de uma decisão judicial para serem firmados.

A jurisprudência do STF não é pacífica a respeito, e, por exemplo, na decisão em que cancelou o seu enunciado de nº 394[315], decidiu aplicar efeitos prospectivos ao seu novo entendimento, em atenção à segurança jurídica e à tutela das expectativas dos jurisdicionados[316]. É importante que o Tribunal esclareça que a decisão envolve uma correção de jurisprudência, para permitir que os demais julgadores identifiquem e, caso desejem, se adequem ao novo entendimento[317]. Dessa forma, o Judiciário concretiza os comandos

---

[311] ARAÚJO. Op. cit. p. 309.
[312] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE nº 353.657-PR. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJU de 29/06/07; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE nº 370.682-SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJU de 29.06.2007.
[313] ARAÚJO. Op. cit. p. 310.
[314] *Ibid*, p. 310.
[315] Enunciado n. 394 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal (cancelado): "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".
[316] Trata-se de um exemplo fornecido por: ARAÚJO. Op. cit., p. 311-2.
[317] A necessidade de motivação ganha destaque nas demandas de massa, devido à forte repercussão gerada na sociedade.

constitucionais que direcionam o Estado a agir em prol das expectativas legítimas de particulares.

CONCLUSÃO

O pensamento jurídico brasileiro deve buscar no princípio da proteção da confiança um instrumento para a tutela eficaz das expectativas legítimas criadas por um comportamento estatal. Tradicionalmente, “expectativa de direito”, “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito”, “proibição à retroatividade penal maléfica” e “garantia da anterioridade tributária” são institutos invocados para solucionar controvérsias, mas, apesar da insistência de parte da doutrina e jurisprudência pátrias, não se mostram suficientes para solucionar todos os conflitos relacionados à frustração de uma expectativa.

Há situações intermediárias para aquisição de direitos cuja proteção apenas é possível com a invocação do princípio da proteção da confiança, que atua como uma norma complementar à teoria dos direitos adquiridos e aos demais institutos mencionados. Predomina que da ilegalidade de um ato administrativo resultaria apenas a declaração de nulidade com eficácia *ex tunc*, alcançando a condição de dogma no direito brasileiro. Por meio da preservação individual da medida do poder público, com a modulação temporal da eficácia da invalidação, é possível proteger satisfatoriamente o particular das inconstâncias administrativas, legislativas e judiciais, incentivando uma solução alternativa à preservação definitiva do ato e à outorga de uma indenização. Contra situações abruptas ou injustas, o princípio da proteção da confiança, apesar da sua natureza excepcional e subsidiária, pode ser a única resposta eficaz solucionar um conflito, desde que com a rigorosa verificação dos seus pressupostos.

É inerente ao Legislativo a possibilidade de frustrar as expectativas criadas nos particulares, como resultado da edição de uma nova lei; ao Judiciário, a mudança de orientação jurisprudencial; e à Administração, a adoção de novas políticas públicas. Num

regime democrático, a revisão das decisões estatais faz parte da dinâmica do Direito, mas igualmente a democracia depende da tutela da confiança. Afinal, a constitucionalização do Direito limita a discricionariedade da atuação do poder público, devido ao compromisso de todos de cumprimento dos mandamentos constitucionais.

O princípio da proteção da confiança exige a prática de um comportamento estatal que suscite uma expectativa legítima de um cidadão quanto à base de confiança criada, e serve como um instrumento de tutela posto à disposição do particular na relação unidirecional com o Estado. Contudo, a proteção não possui um viés de "mão dupla". Como detentor do poder de normatização, o Estado possui meios eficazes de coerção para se proteger de eventuais comportamentos contraditórios dos indivíduos, e não pode invocar o princípio da proteção da confiança como fundamento para se proteger dos atos de seus cidadãos.

Na demanda atual do direito contemporâneo por uma maior segurança do Direito, a constitucionalização autônoma do princípio da proteção da confiança se justifica diante das dificuldades presentes no Estado de Direito – crise do princípio da legalidade, indeterminação do direito, inflação normativa. Por concretizar o princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança fortalece o Estado de Direito, e enfatiza a sua dimensão subjetiva. A outorga de *status* constitucional a esse princípio permite-o ser confrontado com o princípio da legalidade, enquanto que a condição de princípio constitucional nem sempre é reconhecida ao princípio da boa-fé. O princípio da legalidade, que seria a faceta objetiva da segurança jurídica, e o princípio da proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito. Portanto, o princípio da proteção da confiança, assim como o da legalidade, são subprincípios do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, constitui um subprincípio do princípio do Estado de Direito.

A construção de um Estado de Direito depende da correta aplicação do princípio da proteção da confiança. Com a manutenção de um ato ilegal, para preservar uma expectativa legítima de um cidadão, há uma manifesta tolerância com a ilegalidade, e, por isso, é preciso cuidado para que a tutela da confiança não provoque uma virada de 180º em relação ao resultado pretendido. O princípio em estudo, se não aplicado com critérios rigorosos, poderá estimular o descumprimento das normas jurídicas pelo poder público, aumentando a insegurança do Direito.

Constatada a existência de uma medida estatal que suscitou a confiança do particular, denominada de base de confiança, importa verificar a existência da confiança no plano subjetivo, em que a boa-fé subjetiva é fundamental para o prosseguimento da análise. Segundo a ótica majoritária, a existência da confiança precisa ser necessariamente demonstrada por sinais externos, porque a comprovação da boa-fé se traduziria apenas por comportamentos comissivos ou omissivos. Em sentido diverso, a monografia defendeu que o "investimento de confiança" seria um elemento muito importante de ponderação para aferição da possibilidade de tutela efetiva da confiança, mas não o reconheceu como uma condição imprescindível. Numa última etapa, seria necessário um segundo comportamento do estatal, contraditório ao anterior, e desfavorável ao destinatário do ato.

Na esfera normativa, o princípio da proteção da confiança tem como efeito possível a garantia a um regime de transição justo, adequado e proporcional. É importante dar ao cidadão um prazo razoável para que se adapte aos novos rumos do poder público, reduzindo o impacto a quem programou uma vida com base no primeiro comportamento estatal. Portanto, a liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e de novas políticas públicas deve ser conjugada com o princípio da proteção da confiança, para garantir a estabilidade das relações jurídicas.

O princípio da proteção da confiança corresponde a um componente subjetivo do princípio da segurança jurídica, e não oferece uma proteção ilimitada dos interesses dos particulares. A modulação temporal dos atos inválidos ou contrários a uma expectativa legítima resulta de uma ponderação entre o princípio da legalidade e o da proteção da confiança, garantindo uma alternativa ao dogma da anulação de um ato com eficácia retroativa ou à simples preservação da medida estatal. Conclui-se que o desafio do intérprete do Direito é afastar a idéia da confiança como um mero discurso retórico, e reconhecê-la como um instrumento metodológico para a garantia do Estado de Direito, observando uma ponderação prudente entre as duas facetas da segurança jurídica, o princípio da legalidade e o da proteção da confiança.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Em Busca da Tutela das Expectativas Legítimas***.** Tese de Doutorado apresentada junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança* – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão perante o Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-HUMBERTO-AVILA.pdf . Acesso em 16 de jan. de 2010.

_____ . *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3 ed., aum. São Paulo Malheiros, 2003.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança legítima no Direito Brasileiro:* Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**.** Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo em 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ . *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo* (Reflexões sobre direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação). In: BARROSO, Luis Roberto (org). Temas de Direito Constitucional. São Paulo: Renovar, 2001. pp. 49-73.

_____ . *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/NEO.pdf. Acesso em 17 de mar. de 2010.

_____ . *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária.* Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. Revista de Direito do Estado. Renovar, Rio de Janeiro, nº 2, abril/junho, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ . *Uma Teoria do Direito Administrativo.* Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: UNB, 2000.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos.* In: Revista de Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, v. 12, ano 3, out-dez de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 45522 / SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Publicado no DJ de 17.10.1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. RMS n. 6.183. Publicado no DJ de 08.12.1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. REsp n. 162.616-CE, Publicado no DJ de 15.06.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 135.569/PR. Relator: Min. Eliana Calmon. Publicado no DJ de 29.10.2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RMS 19216/RO. Relator: Min. Paulo Medina. Publicado no DJ de 09.04.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. REsp n. 837.580-MG. Publicado no DJU de 31.05.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Embargos de Divergência em REsp nº 738.689-PR. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Publicado no DJU de 22.10.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. MS 10597/DF. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Publicado no DJ de 22.10.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1.140.680/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJ de 19.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator Min. Moreira Alves. RE n. 85.002/SP. Publicado no DJU de 11.03.1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Min. Bilac Pinto. RE n. 85179 / RJ, Publicado no DJ de 02.12.1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. RE nº 131.741-SP. Publicado no DJU de 24.05.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 216.541. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 15.05.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 330834/MA. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 22.11.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. MS n. 22.357-DF. Publicado no DJU de 04.06.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. MS nº 24.268-MG. Publicado no DJU de 17.09.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. MS 22357/DF. Publicado no de DJU de 05.11.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 24268-0/MG. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 17.09.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 229.450/RJ. Relator: Min. Carlos Britto. Publicado no DJ de 24.02.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. RE 348364 AgR-AgR-AgR-AgR / RJ. Publicado no DJ de 11.03.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. AgRgRE n. 341.732/AM. Publicado no DJ de 01.07.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. ADI n. 3.316-MT. Publicado no DJU de 29.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Celso de Mello. MS 26603/DF. Publicado no DJU de 19.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em RE 598.099. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 05.03.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 231.176. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 28.05.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 300.343-SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ de 11.06.2004.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Carlos Velloso. MC em Reclamação nº 2.518/RS. Publicado no DJU de 17.02.2004.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE nº 419.629/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU de 30.06.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE nº 353.657-PR. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJU de 29.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE nº 370.682-SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJU de 29.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Min. Eros Grau. ADI n. 2.240-BA. Publicado no DJU de 03.08.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 566.621-RS. Relator: Min. Ellen Gracie. Voto proferido em 05.05.2010. Informativo n. 585. Disponível: www.stf.jus.br. Acesso em 20.08.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 25116-DF. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 08.09.2010. Informativo n. 599. Disponível: www.stf.jus.br. Acesso em 29.09.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. MS 0047659-25.2008.8.19.0000 (numeração antiga: 2008.004.00565). Relator: Des. Luiz Felipe Francisco. Publicação da liminar no DO/RJ em 07.05.2008.

BREYER, Stephen ET AL. *Administrative Law and Regulatory Policy*: Problems, Text and Cases. 5 ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p. 607. In: BAPTISTA, Patricia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança legítima no Direito Brasileiro: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro***.** Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo em 2006. p 113.

CALMES, Sylvia. *Du príncipe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire e français*. Paris: Éditions Dalloz, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CONCEIÇÃO JUNIOR, Hermes Siedler. *A Jurisdição Constitucional – a liberdade de conformação do legislador e a questão da legitimidade*. Disponível em: www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/06_dr_hermes.pdf. Acesso em: 01.08.2010.

Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 39, de 21 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007.

DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação da Relação Jurídica: Surrectio e Supressio*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

Endereços Eletrônicos:

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/. Acesso em 15 de jan. de 2010.

http://www.legifrance.gouv.fr. Acesso em 06 de jan. de. 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.* 5. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

HAAS, Peter. *Vertrauensschutz im Steuerrecht.* Tese de Doutorado apresentada na Universidade de Saarland em 1988, p. 104. In: ARAÚJO.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé como modelo (uma aplicação teórica da Teoria dos Modelos de Miguel Reale).* p. 198-206. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MERUSI, Fábio. *Il principio di Buona Fede nel Diritto Admministrativo*. p. 218. In: *Scritti per Mario Nigro: Probleme Atali di Diritto Amministrativo* (ob. Col). Milano: Giuffré, 1991,

p. 215-224. In: BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança legítima no Direito Brasileiro: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro***.** Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo em 2006. p. 96-7.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 447-9.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira, *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro.* Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo*. O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

RAPOSO, Carlos. *O princípio da segurança jurídica e a confiança legítima*. Dissertação de Mestrado apresentado junto à Universidade Estadual do Rio de Janeiro em 2005.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 13807. Relator: Min. Prado Kelly. n. 37/1948.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____ . *O neoconstitucionalismo no Brasil:* riscos e possibilidades. Disponível em: www.editoraforum.com.br. Acesso em 19 de jun. de 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9784/99).* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 237, jul/set de 2004.

_____ . *Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Cadernos de Direito Público – Almiro do Couto e Silva. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004.

_____ . *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos resultantes do Planejamento*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. Porto Alegre, v. 27, n. 57

supl., p. 123-132, 2003. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004.

_____ . *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos resultantes do Planejamento*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., p. 123-132, 2003.

TAVARES, Andre Ramos. *O tratamento da lei inconstitucional pelo Poder Executivo*. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei_inconstitucional_poderexecutivo.pdf. Acesso em: 22 de jun. de 2010.

WRIGHT, David. *Rethinking the doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*. Osgoode Hall La Journal, vol. 35, 1997. Disponível em: http://www.yourku.ca/ohlj/PDFs/35.1/wright.pdf. Acesso em 15 de agosto de 2004. In: BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança legítima no Direito Brasileiro: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro***.** Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo em 2006. p. 107.