**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

GIULIANO SAVIOLI DELIBERADOR

**Confiança Legítima: Anatomia de um direito fundamental e
suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e
judiciária.**

**SÃO PAULO
2013**

GIULIANO SAVIOLI DELIBERADOR

Confiança Legítima: Anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da USP como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientadora: Profa. Associada Doutora Monica Herman Salem Caggiano

**SÃO PAULO
2013**

GIULIANO SAVIOLI DELIBERADOR

Confiança Legítima: Anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da USP como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Dedico esta obra

Aos meus avós, Selita (i.m.), Sérgio, Dilma e
Helio (i.m.);

Aos meus pais, Profs. Ms. Marcia Savioli e Helio
Deliberador, que me despertaram para o prazer do
aprendizado e da descoberta;

À minha querida irmã gêmea, Profa. Ms. Marcella
Deliberador, parceira de choros e risadas desde a
concepção;

À Alessandra, que tornou a minha vida mais
interessante, feliz e divertida.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, embora individual, é fruto de uma série de grandes ajudas que tornaram a sua feitura possível.

Em primeiro lugar, à Faculdade de Direito da USP, Velha e sempre Nova Academia, na pessoa de minha diletta orientadora Profa. Associada Doutora Monica Herman Salem Caggiano, intelectual brilhante e grande Professora, sempre generosa ao oferecer as suas valiosas lições desde que tive o privilégio de ser seu aluno na Graduação;

Aos Ilustres Professores Doutores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Fernanda Dias Menezes de Almeida, membros da Banca de Qualificação que indicou caminhos interessantes para o desenvolvimento do trabalho;

Ao Instituto de Relações Internacionais da USP e à Faculdade de Direito da PUC-SP, instituições que me iniciaram na vida universitária, outorgando-me os honrosos títulos de Bacharel em Relações Internacionais e em Direito;

Aos locais onde desenvolvi minhas atividades profissionais ao longo da feitura deste trabalho, Prefeitura do Município de São Paulo, Arruda Alvim e Thereza Alvim Advogados Associados e Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo, que me deram a possibilidade de ausentar-me em algumas ocasiões, o que um curso de Mestrado na USP inevitavelmente impõe;

A todos os meus colegas de trabalho, em particular, Alceu, Chiaradia, Ismar, Felipe, Marta, Matheus. Às minhas secretárias, Emiliana, Daniela e Marineide.

Aos amigos que este curso me proporcionou, Alexandre, Tatiana, Vivian, Ana Paula, Marcelo, grandes cientistas que a Academia do Largo São Francisco oferece ao Brasil;

A todos os Mestres que participaram da minha educação.

Aos meus pais, Márcia e Hélio, pela ajuda e segurança. À minha mãe, em particular, pela generosa revisão do trabalho. À minha irmã, Marcella, pelo companheirismo desde a primeiríssima hora. Ao André, com as minhas boas vindas.

À amada Alessandra, pela doçura e o amor que me dedica todos os dias, mesmo quando à distância. Ao Cristian, Patrick e Gabriela, galerinha divertida e companhias deliciosas, sempre.

Ao Sport Club Corinthians Paulista, pelas doses cavалares de alegria a mim proporcionadas na fileira F da Arquibancada Verde do Estádio Municipal Paulo Machado de Carvalho, que cumpriram a primordial função de descompressão nos momentos mais críticos da trajetória que aqui termina.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o instituto da proteção à confiança legítima em diversos de seus aspectos. Por meio de levantamento bibliográfico, que inclui o recurso ao Direito Comparado, busca entender a real posição do instituto na ciência jurídica, promovendo estudo sobre sua interação com os princípios da Segurança Jurídica e da Legalidade, concluindo ser a tutela da confiança a dimensão subjetiva da primeira, bem como constatando a plena harmonia da mesma com os postulados contemporâneos da legalidade. Conclui ainda tratar-se de princípio dotado de status constitucional, derivado do percurso Estado de Direito/ Segurança Jurídica/ Proteção à Confiança Legítima. Por fim, investiga a sua aplicabilidade no exercício das três funções do Estado, constatando a sua plena incidência em todos os atos praticados pelo Poder Público, sejam eles atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institute of protection of legitimate expectations in many aspects. Through a bibliographic survey, which includes the use of comparative law, seeks to understand the real position of the institute in legal science, promoting the study of its interaction with the principles of Legal Security and Legality, concluding that the protection of legitimate expectations is the subjective dimension of the Legal Security, as well as noting its full harmony with the postulates of contemporary legality. It further concludes that it is a full principle endowed with constitutional status, derived from the route of State Law / Legal Security / Protection of Legitimate Expectations. Finally, investigates its applicability in the exercise of public governance, noting its full impact on all acts performed by every government bodies.

**Confiança Legítima: Anatomia de um direito fundamental e
suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e
judiciária.**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	01
1.1. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	10
1.2. REFERENCIAL CONCEITUAL.....	11
2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA: ORIGEM HISTÓRICA.....	13
3. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIO-EPISTEMOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E SUA INSERÇÃO NA DINÂMICA CONSTITUCIONAL	16
3.1. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	18
3.2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	28
4. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
4.1. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	38
5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO COMPARADO.....	41
5.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ALEMÃO.....	41
5.2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO FRANCÊS.....	42
5.3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO BRITÂNICO	43
5.4. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU.....	45
5.5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ARGENTINO.....	46

6. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E AS FUNÇÕES DO ESTADO.....	48
6.1. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	48
6.2. A FUNÇÃO LEGISLATIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	51
6.3. A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	56
7. CONCLUSÕES.....	65
8. BIBLIOGRAFIA.....	67

Confiança Legítima: Anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, a humanidade sempre buscou no Direito um porto seguro contra o mau uso do poder político. Desde muito cedo, o Direito tem sido visto como o grande mecanismo de limitação do poder, buscando formas de prevenir e punir os abusos perpetrados pelos seus detentores assim contribuindo para a promoção da justiça social.

A história mostrou uma evolução do arsenal de ferramentas empregadas nessa difícil tarefa. O primeiro documento escrito apontado como instrumento de controle do exercício do poder foi a chamada Magna Carta, assinada pelo Rei inglês João Sem Terra, em 1215. Esse documento faz menção, em seu capítulo 39, às chamadas Laws of the Land, ou Leis da Terra. Essas Leis, de conteúdo consuetudinário, seriam uma limitação natural ao poder do Rei, que não poderia invadir determinados espaços reservados aos indivíduos. Foi firmado, como dito, em 1215, quando o monarca enfrentava um período de grande crise, tendo sua autoridade fortemente questionada por seus Barões. No referido capítulo 39¹, estatua que nenhum homem poderia ser privado de seus direitos (referindo-se especificamente os direitos de liberdade e propriedade), senão de acordo com “as Leis da Terra”.

A partir de então, formulou-se na Inglaterra a doutrina do *rule of law*. Os ingleses, segundo o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (informação verbal)², conceituaram *rule of law* como o conjunto de três princípios básicos, a saber: 1) predomínio absoluto das normas de direito comuns a todos, o que exclui qualquer poder arbitrário por parte do governo; 2) igualdade entre todos (inclusive autoridades) perante a lei e os tribunais comuns e 3) a consagração, pelo direito comum, das liberdades do cidadão, garantidas pelos tribunais ordinários.

Já o termo Estado de Direito, como mostra Chevallier (1992), nasce associado ao termo alemão *Rechtsstaat*, usado pela doutrina tedesca desde a segunda metade do séc.

¹ Aqui foi utilizada a tradução da Magna Carta disponível no sítio eletrônico da British Library: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html>>. Acesso em 06/jul/2011.

² Aula ministrada no curso de Graduação da Faculdade de Direito da USP em 2003.

XIX. O autor prossegue a análise ao afirmar que foi no fim deste século que a referida doutrina se consolidou, com as obras de Gerber, Jellinek, Laband e Ihering, antes de ser levado ao panorama francês por Carré du Malberg. A principal função do estado de direito seria, em suas palavras, “enquadrar e limitar o poderio do Estado pelo direito” (CHEVALLIER, 1992, p.11), utilizando ainda o pensamento de Carré du Malberg para definir o Estado de Direito, nos seguintes termos:

“Un état qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même a un régime de droit, et cela en tant qu’il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits reserves aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyerns qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques”.(CHEVALLIER, 1992, p.15)³

Este modelo de Estado, ainda nos termos expostos por Chevallier colide com o Rule of Law no sentido que ele, em sua origem, carregava apenas um conteúdo de ordem formal, posto que se limitava a estabelecer que o Estado deveria se sujeitar ao direito, sem abordar que tipo de conteúdo teriam essas regras. Daí porque Chevallier dispensa ênfase à distinção entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia, que seria aquele no qual a autoridade goza de amplo espaço para o exercício arbitrário e irresponsável do Poder contra os cidadãos, sustentado em um quadro normativo que busca oferecer um verniz legitimador a essa conduta. A título de exemplo, podemos aqui citar os Estados Nazi-Fascista e Stalinista como os representantes maiores dessa espécie de Estado no Séc. XX.

Na doutrina contemporânea, entretanto, essa concepção estritamente formal do Estado de Direito não encontra mais guarida. Nesse sentido, basilar é a já clássica lição de Norberto Bobbio, que ensina:

³Em tradução livre: “Um Estado que, em suas relações com seus súditos e para a garantia de seu estatuto individual, se submete ele mesmo a um regime jurídico, e encadeia suas ações por essas regras, algumas das quais determinam os direitos do cidadão, e outras fixam previamente as vias e meios que poderão ser empregados com vistas à realização dos objetivos do Estado.

“Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto, em linhas de princípio, invioláveis”.(BOBBIO, 1988, p.19)

No mesmo sentido de Bobbio, Calmes (2001, p. 51) coloca o Estado de Direito como o meio de realização da exigência democrática, e cita Leisner para dizer que ele seria a forma de organização jurídica do poder democrático.

Nos parágrafos acima referenciados, percebemos duas das principais características apontadas pela doutrina como elementares da noção de Estado de Direito: a definição pela Ordem Jurídica de limites para a atuação do Poder Político, ao mesmo tempo em que esta mesma Ordem resguarda, como anotou Bobbio, um acervo mínimo de direitos fundamentais.

Considerando que a própria ideia de Estado de Direito é tributária da limitação do poder político, seria absolutamente incoerente que a um único órgão incumbisse a tarefa de criar a Ordem Jurídica e aplicá-la. Mais que isso, haveria que se conceberem remédios para eventuais patologias. Daí foi que surgiu a ideia de Separação de Poderes, de autoria do Barão de Montesquieu, que estabelece uma divisão nas funções do Estado, baseado na premissa de que o Poder é o melhor meio de controle do próprio Poder. Assim, não ficariam concentradas em um mesmo órgão a criação de Leis, sua aplicação abstrata e a sua aplicação ao caso concreto.

Na realidade, Montesquieu (1985, p. 148) estabeleceu a teoria da tripartição de poderes em bases um pouco distintas daquela que prosperou e hoje é pedra de toque da democracia e do Estado de Direito. Ele falava em “poder legislativo, executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e executivo das coisas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 1985, p. 148). Prosseguia dizendo que ao segundo se referia a administração de negócios típicos das relações internacionais em sua vertente mais pura, como o ato de fazer a guerra e celebrar a paz, enviar ou receber embaixadas, cuidar da defesa nacional. Já ao terceiro incumbiria punir delitos e julgar controvérsias entre indivíduos. Daí porque dizia “Chamaremos este último de poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 1985, p. 149).

Argumentava, por fim, que somente a distribuição dessas prerrogativas entre órgãos independentes entre si poderia servir como um mecanismo efetivo de controle do exercício do Poder.

Além disso, fundamental anotar que não basta que exista a separação de poderes. É igualmente imperioso que o Estado se submeta à jurisdição, ou seja, que demande e seja demandado perante o judiciário em condições de plena igualdade em relação ao particular. O Professor Geraldo Ataliba (1998, p. 120), em sua clássica obra *República e Constituição* enfatizava essa necessidade apoiado na obra do italiano Palieri, afirmando que, além de o Estado se submeter à jurisdição, esta deve aplicar lei preexistente, de maneira imparcial e independente, estando o Estado a ela submetido em juízo de igualdade de condições com a outra parte. Fica claro, portanto, que a submissão do Estado à jurisdição torna operacional a garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Judiciário independente, como preconizava Montesquieu, aplicando a Lei preexistente originada no Poder Legislativo, expressão da vontade geral e garantidora dos direitos individuais, tem a prerrogativa de enquadrar o Poder Executivo, obrigando-o a abster-se de violar os direitos assegurados pela Lei e pela Constituição.

Aliás, a menção à Constituição feita aqui não é de modo algum casual. Ela se justifica na medida em que a garantia dos direitos fundamentais, como preconizada na lição de Bobbio em sua obra, há pouco citada, *Liberalismo e Democracia*, só tem sentido quando pensada no contexto da idéia da Constituição como norma superior. Superior porque editada por um Poder especial, alheio ao Legislativo ordinário, o chamado Poder Constituinte Originário. Além disso, ela não pode ser alterada por meios vulgares, mas apenas por um rito especial, e mesmo assim pode reservar um rol de matérias que estaria a salvo de qualquer alteração (as chamadas cláusulas pétreas). Por fim, e mais importante, ela se define como paradigma de validade de qualquer Lei, ato administrativo ou jurisdicional, ou seja, qualquer ato do Poder Político editado em desconformidade com ela é absolutamente inválido. E na medida em que, desde a Revolução Francesa de Julho de 1789, a Constituição se tornou o local próprio para a consagração dos direitos fundamentais da pessoa humana (inclusive aqueles que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 281) nomeia, reverberando a obra de Maurice Duverger, como *liberdades limites*, que traçam uma linha de proibição da atuação do Estado no domínio privado do indivíduo, bem como as *liberdades oposição*, como a liberdade de reunião e associação, que existem para dar ao indivíduo as ferramentas

para contrastar o poder do Estado), temos que a Constitucionalização dos direitos fundamentais é pedra de toque do Estado de Direito.

Toda Constituição é um conjunto de normas, que se consubstanciam em regras e princípios. Há uma diferenciação conceitual e funcional clara entre cada uma das espécies de normas. Para este momento, mais relevante é estabelecer que toda Constituição, enquanto decisão política fundamental, carrega em seu corpo uma série de valores transcendentais, que lhe dão unidade, emprestam-lhe coerência e expressam suas diretrizes fundamentais. Esses valores se explicitam, principalmente, nos princípios constitucionais. Sobre o valor determinante dos princípios, Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 80) mostra que “princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se preferir, o verdadeiro alicerce dele.” Daí a relevância de se buscar, num sistema normativo aberto como é o nosso⁴, a interpretação do conteúdo dos princípios constitucionais em bases dinâmicas, visando sempre à evolução, visto que o conteúdo, ou mesmo o rol desses princípios não tem caráter estático, mas sim dinâmico, por sua reconhecida mutabilidade. Além disso, bem assevera novamente o Professor Celso Bastos, é clara a possibilidade de se extrair princípios implícitos do conteúdo constitucional (2002, p. 75).

Entre os princípios implícitos inscritos na Constituição Federal, podemos, conforme nosso entendimento, apontar o Princípio da Segurança Jurídica, que assume, segundo Monica Herman Salem Caggiano (2006, p. 19), apoiada na obra de Bertrad Mathieu⁵, a condição de macro princípio, e se desdobra em dois a ele associados, um deles agrupando os atinentes à qualidade do direito, e outra daqueles atinentes à exigência de previsibilidade do direito, conforme o quadro a seguir:

O Princípio da Segurança Jurídica

Princípios atinentes à qualidade do direito	Princípios atinentes à exigência de previsibilidade do direito
<i>Princípio da clareza da lei;</i> <i>Princípio da acessibilidade;</i> <i>Princípio da eficácia;</i> <i>Princípio da efetividade.</i>	<i>Princípio da irretroatividade da Lei;</i> <i>Princípio da proteção aos direitos adquiridos;</i> <i>Princípio da estabilidade das relações contratuais;</i> <i>Princípio da Confiança Legítima</i> (grifo nosso)

⁴ Nesse sentido, opina Celso Ribeiro Bastos, 2002, p. 73.

⁵ As lições de Mathieu serão bastante utilizadas adiante, quando serão convenientemente referenciadas.

Por seu turno, Odete Medauar (2005, p. 115) vê a segurança jurídica como elemento constitutivo do Estado de Direito, a ele ligada de forma tão intensa que leva a autora a cogitar a possibilidade de a expressão “segurança jurídica” se revelar tautológica ou, até mesmo, redundante. Ensina a autora ainda que a “segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas”, estabilidade essa que seria uma necessidade da sociedade, e que teria sua fonte primordial no sistema jurídico, apta a garantir a previsibilidade da ação estatal.

Diante disso, fica clara a relevância do estudo da segurança jurídica, vista hoje como a pedra de toque do Estado de Direito. Nesse sentido, apostila Ingo Wolfgang Sarlet, que chega a alçar a segurança jurídica ao panteão dos direitos humanos fundamentais:

“Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio⁶ concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito .” (SARLET, s.d.)

Nesse contexto, demanda enorme atenção, no panorama brasileiro, o estudo do princípio da Proteção à Confiança Legítima. Trata-se, na visão de Monica Caggiano (2006, p. 16), como visto, de princípio decorrente do princípio da Segurança Jurídica,

⁶ Por ser o trabalho anterior à introdução da nova ortografia da Língua Portuguesa, optamos por manter a escrita do autor.

atinente à exigência de previsibilidade do direito. Já o Professor Almiro do Couto e Silva (2005, p. 2) entende que seria o princípio da Confiança expressão da dimensão subjetiva da estabilidade das relações jurídicas, enquanto ensina:

“Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”

Fica bastante clara, na leitura do trecho acima transcrito, a importância do estudo do princípio da Confiança Legítima, ainda mais em um contexto em que a tradicional proteção conferida ao direito adquirido não mais garante a plena estabilidade de determinadas situações jurídicas, como demonstram, por exemplo, as recentes alterações do regime de aposentadoria dos servidores públicos ou das condições de acesso aos cargos de juiz e à carreira de promotor de justiça, para citar os exemplos levantados por Rafael Maffini (2005, p. 15). E tal necessidade se vê reforçada pela escassez de estudos sobre o tema no panorama nacional, reconhecida por diversos autores, entre os quais o citado Professor Maffini (2005, p. 19). Isso, aliás, demonstra a conexão do tema aqui tratado com a linha de pesquisa Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. A proteção à confiança legítima é um poderoso mecanismo de tutela dos direitos fundamentais e da democracia, estando em linha com as mais modernas teorias acerca do controle do exercício do Poder Político, notadamente em um contexto de crise como este que experimentamos hoje.

Não fosse isso tudo suficiente, entendemos que a efetivação do princípio da Proteção à Confiança é uma aspiração legítima da cidadania em sua relação com o Estado. Em que pesem as esparsas citações ao princípio que têm sido observadas na jurisprudência, temos que é tímida a sua aplicação pelos operadores do direito no Brasil. A partir do momento em que a produção doutrinária em torno do tema atingir um grau

razoável de maturidade, estará aberto o caminho para um ganho qualitativo da democracia no panorama brasileiro. Esse estudo pretende ser um dos elementos a pavimentar esse caminho.

Esta dissertação tem, a finalidade analisar o alcance do princípio da Proteção à Confiança Legítima no direito brasileiro. Trata-se de tema que, embora já tenha sido tratado com muita competência por alguns poucos autores no Brasil, ainda não apresenta elevado grau de desenvolvimento e disseminação, mantendo-se ainda quase que encastelado atrás dos muros dos programas de Pós-Graduação das Universidades, longe, portanto, de atingir o cotidiano dos operadores do direito. Além disso, o relatado pequeno número de autores que trataram do tema acarreta que a produção bibliográfica encontra-se distante da fatura, o que, ao mesmo tempo preocupa o pesquisador e acaba por lhe servir de estímulo, pois ao mesmo tempo em que se ressentia a falta de maior suporte doutrinário, se transita entre os espinhosos trajetos da descoberta e da originalidade,. Em outras palavras, não se deve esconder o fato de o pesquisador da área não encontrar a segurança das conclusões anteriormente alcançadas, mas é mister dignificar os Mestres que tiveram a ousadia valorosa do pioneirismo na investigação do tema.

A verdade é que, enquanto no Brasil vivemos uma escassez de trabalhos sobre o princípio da Proteção à Confiança Legítima, em território alienígena o tema tem encontrado terreno fértil para o seu desenvolvimento. Em realidade, por sua própria gênese, temos que o princípio floresceu inicialmente na seara jurisprudencial. Não custa lembrar que as primeiras construções sobre o tema se deram nos tribunais administrativos da Alemanha Ocidental (ou seja, a República Federal da Alemanha, lembrando que no período pós-guerra a Alemanha esteve dividida em duas, sendo a citada República Federal da Alemanha de orientação capitalista e a República Democrática Alemã, de orientação socialista), e só em seguida a doutrina passou a abordar o tema.

A mesma escassez que se observa na produção doutrinária brasileira também ocorre na atenção dedicada pelos nossos Magistrados ao tema. A verdade é que são extremamente incomuns quaisquer menções à tutela da confiança legítima na jurisprudência. Também o direito positivo é tímido ao tratar do tema, sendo possível apenas encontrar menções indiretas a ele na legislação brasileira, a exemplo do que ocorre no caso da Lei Federal de Processo administrativo (Lei 9.784/99), em seu art. 54.

Diante disso, torna-se virtualmente impossível abordar o tema aqui proposto com uma perspectiva exclusivamente voltada ao que se produziu no passado. Aliás, essa limitação já foi notada por Maffini em sua Tese de Doutorado (2005), um dos raros trabalhos que abordou com profundidade o tema da proteção à confiança no Brasil. Nesse sentido, outro trabalho merecedor de menção é o do Prof. Valter Shuenquener de Araújo (2009), o mais completo estudo do princípio da Proteção à Confiança Legítima feito no Brasil, largamente apoiado em doutrina e jurisprudência alemã. Nas Arcadas destaca-se, ainda, o pioneiro trabalho de Patrícia Ferreira Baptista (2006).

Em relação ao seu desenvolvimento, este trabalho tem por principal finalidade revisitar o instituto da proteção à confiança legítima, buscando identificar com maior propriedade a sua natureza jurídica, em face da ausência de consenso na ciência jurídica nacional acerca da questão. Para isso, busca um entendimento mais sólido acerca da posição da Proteção à Confiança Legítima no ordenamento brasileiro e, nessa perspectiva, impõe-se um estudo sobre o princípio da segurança jurídica, posto existir significativa parcela da doutrina que considera a proteção à confiança, na verdade, repercussão inevitável deste princípio. Por isso, buscamos analisar, com o apoio da doutrina mais qualificada sobre o tema, inclusive a partir da doutrina internacional⁷, suas principais características, sua posição em face da omissão constitucional no que toca à sua positivação, parcialmente superada por menções em Leis como as de número 9.868/99, que tratam das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; além da Lei 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Importante aporte teórico foi trazido da obra de Bertrand Mathieu, citado por Caggiano (2006, p. 16). A referida Professora, aliás, entende que estamos diante de macroprincípio, ainda que não positivado em nível constitucional. Em adição, o trabalho de Rafael Valim (2010) também foi de grande ajuda.

Também buscou este trabalho entender com maior precisão qual é o âmbito de aplicação da tutela da confiança legítima. Para isso, abordou sua relação com o princípio da Legalidade, posto que, desde a sua gênese, sua aplicação tem se ligado umbilicalmente ao tema da mitigação dos efeitos da anulação e revogação de atos administrativos. Por isso, houve quem suscitasse uma incompatibilidade entre a tutela da confiança e a garantia de legalidade. Por entendermos que essa oposição não existe, procuramos demonstrar a compatibilidade entre os dois institutos.

⁷ O autor agradece aqui a gentileza da Prof. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida pela indicação de ricas obras sobre o tema quando do exame de qualificação.

Em seguida, foi feita uma incursão na área do direito comparado, para analisar como o tema tem sido abordado em outros países. Buscamos abarcar o maior número possível de Estados na análise, o que foi largamente facilitado pelo uso da Internet como fonte de pesquisa auxiliar à garimpagem nas bibliotecas da Faculdade de Direito da USP e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Por fim, volta o estudo à realidade brasileira. E é na análise da aplicação do instituto da tutela da confiança nas diversas funções do Estado que centramos nossa atenção. No caso da sua repercussão no direito administrativo, tivemos condição de navegar com maior segurança, posto haver estudos que, embora raros, são o principal foco do desenvolvimento do tema entre nós. A obra do Professor Almiro do Couto e Silva, por seu pioneirismo, não poderia ter sido desconsiderada. Mais recentes, as teses de doutorado de Patrícia Andréa Baptista e Rafael Maffini também tiveram peso importante, sendo, provavelmente, alguns dos melhores estudos já realizados sobre o tema no Brasil, ao lado da obra de Valter Araújo. Já no que toca à função jurisdicional, e principalmente, à função legislativa, a navegação volta a ser por mares quase desconhecidos, e por isso, terá de enfrentar certas restrições, que são fortemente mitigadas pela obra de Araújo, que ataca este cotejo de modo bastante satisfatório.

1.1. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Qualquer trabalho de pesquisa tem, logo ao seu início, uma questão fundamental a ser abordada pelo pesquisador: quais serão as bases metodológicas que darão sustentação ao trabalho? As alternativas são sempre muitas, ainda que se trate, como é o caso aqui, de um trabalho afeito a uma ciência social aplicada, como é o Direito.

Ao efetivar-se a escolha pelo estudo da tutela da confiança, acabou-se por escolher também o método que orienta esta pesquisa: a análise documental. Isso porque as fontes disponíveis para este tipo de estudo são exclusivamente documentais. Isso não significa, de modo algum, o abandono da busca por fontes primárias, tais como documentos jurisprudenciais⁸ ou textos legais. Além disso, como não poderia deixar de ser, o trabalho lançará mão da produção científica sobre o tema. Portanto, esta pesquisa englobará a análise de duas classes de fontes: as primárias e as secundárias. Fundamental aqui retomar a diferença entre fonte primária e secundária. Sá-Silva,

⁸ A busca de decisões judiciais que tratem do tema não caracteriza pesquisa de campo na medida em que elas já se encontram prontas, previamente constituídas, sendo captadas dos sites dos tribunais na Internet.

Almeida e Guindani (2009), em artigo publicado no primeiro número da Revista Brasileira de História e Ciências Sociais, apresentam distinção de grande didatismo:

“As fontes primárias são dados originais, a partir dos quais se tem uma relação direta com os fatos a serem analisados, ou seja, é o pesquisador (a) que analisa. Por fontes secundárias compreende-se a pesquisa de dados de segunda mão (OLIVEIRA, 2007), ou seja, informações que foram trabalhadas por outros estudiosos e, por isso, já são de domínio científico, o chamado estado da arte do conhecimento.”

Fundamental assinalar também que, dada a gênese do princípio da proteção à confiança legítima, não pode qualquer estudo sério sobre o tema se furtar de empreender um estudo de direito comparado. O estudo do tratamento dado ao tema no direito estrangeiro é de fundamental importância, pois oferece elementos muito úteis ao cientista. Analisar como a tutela da confiança legítima impactou o desenvolvimento do direito administrativo alemão, a ponto de se tornar uma pedra de toque do direito comunitário da União Européia, revela um incremento qualitativo nas relações entre Estado e cidadania, que não deve, em hipótese alguma, ser desprezado, já que, como anota Mattos (2004), é “o direito comparado, que serve de modelo para a adaptação e criação legislativa nacional”⁹. Além disso, vivemos hoje um movimento de franca expansão do direito comparado, até pelas exigências de harmonização do direito entre os diferentes ordenamentos, que obriga o analista a não descuidar da busca e análise do tratamento dado ao seu objeto de estudo pelo direito em outros países. Nesse sentido, aliás, caminha a lição da Professora Ana Lúcia de Lyra Tavares (2006).

1.2. REFERENCIAL CONCEITUAL

Por fim, à guisa de encerrar esta introdução, e antes de qualquer avanço, é necessário um esclarecimento acerca das diferentes designações utilizadas pelos operadores do direito, sejam eles acadêmicos, magistrados ou redatores de normas, para se referir ao tema objeto deste estudo. Não há uniformidade na doutrina ou

⁹MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Importância do Direito Administrativo comparado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5619>>. Acesso em: 26 maio 2011.

jurisprudência para designar o princípio que é aqui analisado. Princípio da Confiança, Confiança Legítima, Tutela da Confiança Legítima, Proteção da Confiança ou das Expectativas Legítimas¹⁰, são todas expressões sinônimas, utilizadas a critério dos autores e conforme diversos fatores, entre os quais a língua original e as possíveis traduções ou a necessidade de diferenciar o princípio de outros institutos jurídicos.

Para facilitar o entendimento e ordenar minimamente o uso do termo, entendemos, em consonância com Patrícia Ferreira Baptista (2006, p. 82), que reputa, com base na lição de Sylvia Calmes (2001), que o epíteto *Proteção da Confiança Legítima* é o mais adequado, no sentido de explicitar o real significado da expressão, por evidenciar que somente a confiança legítima é tutelada. Assim, terá a prioridade no uso ao longo deste estudo, não devendo tal escolha sugerir o total abandono de outras expressões, até mesmo por exigências de estilo.

¹⁰ Tradução do termo *Legitimate Expectations*, expressão usada na língua inglesa para designar o Princípio aqui estudado.

2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA:

ORIGEM HISTÓRICA

Segundo a doutrina, origem do Princípio da Proteção da Confiança Legítima é pretoriana¹¹. Para a corrente majoritária, na realidade, essa origem remonta à década de 50 do século passado, na República Federal da Alemanha, mais precisamente no Tribunal Administrativo Superior de Berlim. Um relato bem fundamentado de Rafael Da Cás Maffini (2006) nos permite reconstituir o *leading case* da matéria.

Uma cidadã residente na então Alemanha Oriental (República Democrática Alemã) pleiteou uma pensão que seria paga pela Alemanha Ocidental. Como condição para perceber este benefício, ela teve de se mudar para a Berlim Ocidental, suportando todos os custos envolvidos nessa mudança. Concedida a pensão, ela fruiu desse direito por aproximadamente um ano, quando a Administração cassou-lhe o benefício, sob o pretexto de que sua concessão não perfazia todas as condições necessárias para tanto, já que fora concedido por autoridade incompetente. Com fundamento no princípio da Legalidade, o pagamento da pensão foi interrompido, tendo ainda sido cobrada da beneficiária a devolução da importância percebida até aquele momento.

Inconformada, a chamada “Viúva de Berlim” buscou, nas esferas competentes do contencioso administrativo, a manutenção do pagamento da pensão, levando como sustentáculo o argumento de que empreendeu sérias mudanças em sua vida, sempre de boa-fé, baseada na expectativa de que os efeitos do ato concessivo se perdurariam no tempo, ou seja, de que ela havia desenvolvido uma *confiança legítima* na perpetuação de seus efeitos, derivada da aparência de legalidade do ato. Quando chegou ao Tribunal Administrativo Superior de Berlim, o pleito foi julgado em 14 de novembro de 1956, encontrando ali entendimento no sentido de que a confiança da cidadã na legalidade do ato deveria ser tutelada, e que, para o caso concreto, a sua proteção deveria se sobrepor à mera aplicação do princípio da Legalidade, permitindo à Viúva não restituir os valores

¹¹ Há uma tese francamente minoritária, à qual não nos filiamos, originária do direito francês que argumenta que Emmanuel Lévy já tratava do assunto no início do séc. XX, nas obras “A visão Socialista do Direito” e “Elementos do Direito”. O grande expoente desta tese é René Chapus, que argumenta que “notre littérature juridique compte une oeuvre dont l’auteur, Emmanuel Lévy, s’est attaché à situer la notion de ‘confiance légitime’ au centre de l’organisation des rapports juridiques”.

recebidos, além de rejeitar mesmo os efeitos *ex nunc* da decisão atacada, ou seja, garantindo o direito de continuar a perceber o benefício, na forma anteriormente concedida, restaurando assim o *status quo ante*. O entendimento foi sustentado pela Instância Superior, ou seja, o Tribunal Administrativo Federal (*BverwGF*), em decisão de 15 de outubro de 1957, e foi seguido, segundo o Prof. Almiro do Couto e Silva (2005, p. 7), por “uma corrente contínua de decisões no mesmo sentido”.

Há, entretanto, vozes dissonantes que acreditam que a proteção à confiança legítima tem origens mais antigas, entre as quais se destaca a de Valter Shuenquener de Araújo (2009, pp. 18 e ss), como sempre aportando sólidos fundamentos a partir da ciência jurídica alemã. Para ele, a história da proteção à confiança remonta ao ano 896, quando da morte do Papa Formoso, ou, mais precisamente, do episódio de seu julgamento póstumo. Tal julgamento se deu, sob a presidência do Papa Estevão VI (SABA, 1948), sob a acusação de ter apoiado o Imperador Alemão Arnulfo contra Lamberto de Spoleto, então monarca romano, inclusive estimulando que aquele invadisse Roma para depois consagrá-lo Imperador. Após a morte do Papa e, Spoleto retomou o poder, e pressionou o novo Papa para que Formoso fosse julgado. Considerado culpado, foi excomungado, teve seu corpo despido das vestes papais e seus dedos decepados. Sua nomeação para o papado foi declarada nula, e todos os atos praticados no seu exercício também (batismos, consagrações, ordenações, etc.), bem como todos os atos praticados por aqueles por ele ordenados. Diante desses fatos, relata Araújo (2009, p. 19), “as sérias consequências dessa medida levaram os estudiosos do Direito Canônico a refletirem sobre a necessidade de preservação da confiança depositada nos atos praticados pelo Papa Formoso e por aqueles por ele consagrados”.

Já no séc. XX, na França, temos o “Arrêt Dame Cachet”, do Conselho de Estado. Conta a história que uma lei de 9 de março de 1918 isentou algumas pessoas do pagamento de aluguéis, em função de suas condições sociais, arbitrando indenizações aos proprietários. A Sra. Cachet, segundo conta Emeran Atangana Eteme (s.d., n.p.), era proprietária de um imóvel em Lyon, que à época da lei estava alugado a um jardineiro. Descontente com a indenização que lhe fora concedida na Primeira Instância Administrativa, buscou, pela via recursal, junto ao Ministro das Finanças, um acréscimo no valor a que fazia jus. O Ministro entendeu que não só não assistia razão à recorrente, como também que ela sequer faria jus a qualquer indenização, pois o seu imóvel seria rural, o que afastava a possibilidade de reparação, negando provimento ao recurso e

reformando a decisão em prejuízo à recorrente. Inconformada, foi ao Conselho de Estado, que entendeu que a situação se assemelharia a uma anulação judicial de ato administrativo, para a qual incidiria prazo decadencial de dois meses (passado esse prazo, o juiz ficaria proibido de anular o ato, ainda que ilegal). Pedimos vênias para, outra vez, usar as conclusões de Araújo para sublinhar que aqui temos um precedente no qual o princípio da Legalidade estrita foi relativizado em nome da tutela de direitos atribuídos a um particular através de um ato inválido. Para Araújo, tal operação ganha força a partir da queda do Estado Nazista na Alemanha, que não concebia a possibilidade de direitos do particular pudessem ser opostos ao do Estado.

Em relação ao caso da Viúva de Berlim, Araújo (2009, p. 24) minimiza, em sede de nota de rodapé, o pioneirismo a ele atribuído por Maurer e Couto e Silva, afirmando que “essa teoria (*da tutela da confiança*) surge de forma difusa e sem data de nascimento precisa, incentivada por uma evolução na Alemanha do pensamento em torno da proteção dos interesses de *pó articulares*”.

Como se depreende do acima mencionado, não há claro e definitivo consenso quanto aos determinantes iniciais do desenvolvimento do Princípio que objetivamos estudar. De nossa parte, em que pese a maior parte da doutrina tomar o caso da Viúva de Berlim como a gênese da tutela da confiança legítima, o relato de Araújo parece mais completo, e muitíssimo bem estruturado. Porém, é inegável (e o próprio Araújo o reconhece) que o referido caso teve e tem um papel fundamental no desenvolvimento do tema.

3. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E SUA INSERÇÃO NA DINÂMICA CONSTITUCIONAL

Antes mesmo de nos dedicarmos à análise do conteúdo do Princípio da Proteção à Confiança, é importante abordar, ainda que em breves linhas, o que é um princípio. Para tanto, usaremos a chamada teoria dos princípios, disciplina que tem sido objeto de grande atenção da doutrina, no Brasil e no exterior.

Em primeiro lugar, cabe levantar aqui que a doutrina aponta ser o fenômeno da valorização dos princípios um produto da superação do positivismo jurídico que vigorou até a Segunda Guerra Mundial. Esse declínio seria produto da percepção de que não basta a simples existência da norma para a tutela dos direitos fundamentais, pois as odiosas práticas típicas dos regimes totalitários eram largamente apoiadas na Ordem Jurídica vigente. Dali por diante, entrou em marcha um movimento de valorização dos princípios enquanto fundamentos do direito como um todo, que leva a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 255) a iniciar interessante artigo sobre o tema objeto deste trabalho, afirmando que “Vivemos a era dos princípios”. Di Pietro vê, nos princípios, as proposições basilares do ordenamento jurídico.

Partindo para a análise mais próxima do tema, há que se reconhecer a diferenciação entre regras e princípios. Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 75) encontra no grau de abstração das normas em relação aos fenômenos que pretendem regular o traço característico de cada uma dessas duas espécies de normas. Regras seriam normas que se aproximam mais dos fatos jurídicos e, portanto, estariam sujeitas a um campo de aplicação substancialmente menor. Já os princípios seriam normas cujo conteúdo seria mais aberto e, portanto, aplicáveis a um número maior de situações reais. Têm, portanto, maior grau de abstração, adotando-se, na diferenciação, um critério mais marcado pela generalidade.

Porém, entre todos, parece-nos mais acertado o posicionamento que identifica uma diferença qualitativa entre regras e princípios. As regras possuem um conteúdo determinado, devendo ser cumpridas no caso concreto quando houver a subsunção do fato à norma. Assim, cumpre-se ou não se cumpre a regra em sua inteireza. Numa

condição ideal, não haveria sequer espaço para a interpretação pelo operador do direito. A norma está lá, posta e com conteúdo preciso. Ao intérprete cumpre apenas aplicá-la, sem delongas (DWORKIN, 1978, p. 29).

Já, em relação aos princípios o processo não é tão simples assim. Eles possuem uma elevada carga valorativa, e colocam-se como mandamentos nucleares do sistema jurídico, para usarmos aqui as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello. Como tais, definem todo o fundamento do sistema normativo, garantindo a sua harmonia. Sendo assim, não comportam uma aplicação automática como as regras. Os princípios são, nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 85), mandados de otimização, normas que ordenam a sua realização na medida das possibilidades, jurídicas e fáticas. Aliás, justamente em função disso, a impossibilidade de plena aplicabilidade de uma norma do gênero não compromete a sua validade geral. Enquanto vetor, ele deve ser permanentemente aplicado.

Isso não significa, porém, que se reconheça aqui uma relação de hierarquia entre regras e princípios. Em verdade, percebe-se hoje um movimento de supervalorização dos princípios, como se fossem eles o único fundamento válido para o exercício hermenêutico. Especialmente no exercício do chamado ativismo judiciário, que será analisado mais a frente, muitos intérpretes têm desconsiderado a fundamental função desempenhada pelas regras no sentido de conferir limites melhores aos contornos do sistema jurídico. Na intervenção de Humberto Ávila (2006, p. 198):

“Se não existisse a regra, o intérprete estaria liberado para decidir a questão levando em conta outras razões, mas, como há uma regra posta, essas razões ficam excluídas pela razão imposta pela regra. As regras são, portanto, instrumentos de garantia da segurança jurídica.”

É tema controverso, como já se viu, o enquadramento da noção de proteção à confiança na ideia de princípio (não se cogita qualificá-la como regra, porém há quem não o considere como um princípio autônomo, como Caggiano e Mathieu, citados logo em breve, e outros, como um princípio decorrente da Segurança Jurídica). Voltaremos ao ponto, adiante. Para este instante, podemos lembrar que Araújo (2009, p. 205) afirma

que instituto da proteção da confiança se apresenta, indiscutivelmente, como um princípio jurídico, colecionando farta bibliografia a sustentar tal posicionamento. Assim, para buscar a correta noção do alcance desse princípio, buscaremos entender suas principais características.

3.1. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ao iniciar o estudo do princípio da confiança legítima, é importante lembrar que não há como abordar o tema sem antes buscar uma aproximação do instituto da Segurança Jurídica. Blaise Knapp (1999, p. 146) afirma, com bastante ênfase, que “o princípio da segurança jurídica é provavelmente uma das regras mais fundamentais do Direito em uma sociedade e um Estado de Direito” (tradução nossa).

Porém, ainda que hoje bastante abordada pela Doutrina, seja aquela a mais refinada ou a mais vulgar, transparece nos autores alguma dificuldade de conceituar com precisão o real significado do termo. Rafael Valim (2010, p. 144), por exemplo, atribui tamanha “amplitude semântica” ao tema, que questiona se há de fato um conceito útil que possa dele ser extraído. Judith Martins-Costa (2004, p. 113), por exemplo, mostra que até 2003 constavam no ementário eletrônico do STF nada menos que 11 diferentes focos de significação distribuídos ao longo de 37 decisões indexadas), ainda que prossiga no estudo demonstrando que é possível reconhecer características próprias da Segurança Jurídica, a ponto de elevar o tema à condição de princípio pertencente à categoria do “sobredireito”, visto que permeia sua ação desde a produção das normas até a ultimação de sua aplicação. No mesmo sentido, aliás, vem a lição de Souto Maior Borges (1997, p. 206), que vê a segurança como um valor transcendental ao Direito Positivo, porquanto seja um de seus elementos conformadores.

Bertrand Mathieu (1999, p. 51) encontra no direito alemão a origem do princípio da segurança jurídica. De forma semelhante se apresenta Epaminondas Spiliotopoulos (1999, p. 99). Mathieu (1999, p.51) afirma, ainda, que o conceito de segurança jurídica consubstancia a evolução do Estado de Direito, que abandona uma concepção meramente formal ligada à hierarquia normativa, passando se constituir, a partir da adoção do princípio da segurança jurídica como uma de suas premissas, em um sistema

de organização político-jurídico que tem por finalidade a tutela dos direitos fundamentais. Assim, a adoção da segurança jurídica seria uma exigência material do Estado de Direito. Percebe-se, assim, que a obra de Mathieu identifica na segurança jurídica um dos elementos da transição do *rule of law* para o Estado de direito, já abordada neste trabalho.

No estudo do princípio da segurança jurídica, tanto entre nós quanto no estrangeiro, percebe-se uma adoção unânime¹² da díade certeza-estabilidade como sua pedra de toque.

A questão da certeza abarca a dimensão do conhecimento do direito aplicável a uma determinada situação. Está tão intimamente associada à ideia de segurança jurídica que, no idioma italiano, a expressão correspondente é, exatamente, “*certezza del diritto*”. Considerando que a norma é por definição um comando abstrato, torna-se necessária uma operação intelectual que ligue o fenômeno real a ela (em outras palavras, opere a subsunção do fato à norma), ou seja, que transforme um fato qualquer em um fato jurídico, associando a ele as consequências (ou a ausência delas) previstas pela norma. Para tanto, é fundamental que o agente tenha certeza de qual é a norma aplicável, bem como qual é o seu sentido deôntico, para usar a expressão de Rafael Valim (2010, p. 47). Daí porque se exige que seja dada publicidade a qualquer norma antes que ela possa ser exigível, posto que aquele que não conhece minimamente o conteúdo da Lei não pode cumpri-la. Da mesma exigência, decorre a necessidade do uso de linguagem simples e objetiva na feitura de normas, de modo que elas possam ser entendidas por todos. Pizzorusso e Passaglia (1999, p. 108) sintetizam, de modo bem claro, que a existência de leis ou regulamentos secretos é incompatível com a exigência de segurança das relações sociais.

Não é por outra razão, portanto, que Mathieu apresenta o princípio da segurança jurídica como dividido em dois grupos, conforme o quadro que voltamos a reproduzir a seguir, entre os quais consta a exigência de qualidade do direito, ao lado da exigência de previsibilidade do mesmo. Por qualidade do Direito o autor francês entende a sua clareza, ou seja, a certeza de seu conteúdo. Canotilho (2003, p. 259), aliás, entende que existe um dever nesse sentido imposto ao Legislador. Além disso, diz Mathieu que a Lei

¹² No processo de pesquisa, pudemos encontrar algumas variações nos termos usados (principalmente entre autores estrangeiros, usa-se muito previsibilidade no lugar de certeza), mas sempre redundando em valores semânticos idênticos aos usados aqui.

deve ser acessível (entendemos como tal a exigência de publicidade, já citada), e que ela deve ter eficácia e efetividade.

O Princípio da Segurança Jurídica¹³

Princípios atinentes à qualidade do direito	Princípios atinentes à exigência de previsibilidade do direito
<i>Princípio da clareza da lei;</i> <i>Princípio da acessibilidade;</i> <i>Princípio da eficácia;</i> <i>Princípio da efetividade.</i>	<i>Princípio da irretroatividade da Lei;</i> <i>Princípio da proteção aos direitos adquiridos;</i> <i>Princípio da estabilidade das relações contratuais;</i> <i>Princípio da Confiança Legítima.</i>

Além disso, é fundamental que se tenha conhecimento dos órgãos autorizados a produzir normas e o rito que deve ser percorrido para tanto. Tudo isso para que o direito seja previsível, ou seja, para que não haja surpresas no que toca à aplicação de normas jurídicas, justamente porque a segurança significa ausência de riscos, surpresas e perigos. É justamente para conferir essa segurança que o Direito existe. No mesmo sentido, vem a lição de Canotilho (2003, p. 256):

“O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.”
(grifo do autor)

Porém essa certeza e previsibilidade de nada valeria caso o Direito mudasse ao sabor dos ventos. Assim, igualmente fundamental à segurança jurídica é a estabilidade das normas a regular as relações sociais, bem como a estabilidade das relações jurídicas em geral. Ora, se as normas mudassem a todo e qualquer momento reinaria solta a insegurança, porquanto seria impossível a construção de cenários futuros. Nunca estaria

¹³Quadro extraído de MATHIEU, 1999, p. 53.

o administrado apto a tomar decisões de longo prazo, pois a qualquer momento uma norma poderia vir e subverter a ordem que estruturou aquela decisão anterior.

Assim, agrupam-se sob o signo da exigência de estabilidade uma coleção de princípios erigidos entre nós à condição de normas constitucionais. É o caso, por exemplo, do princípio da não retroatividade da Lei, que se consubstancia na proteção aos direitos adquiridos, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito contra mudanças legislativas ulteriores, conforme a dicção do inc. XXXVI do art. 5º da Carta Magna. Trata-se, na visão da citada Sylvia Calmes (2001, p. 161), da feição de previsibilidade dos efeitos posteriores à aplicação da norma, que devem ser contínuos e permanentes. Blaise Knapp (1999, p. 148), por sua vez, identifica, na aplicação retroativa de leis e decisões administrativas, um dos atentados mais graves à previsibilidade e à segurança jurídica.

Em realidade, a história mostra que a elevação do princípio da irretroatividade ao panteão constitucional não é algo novidadeiro. Nossas duas primeiras constituições, a imperial, outorgada em 1824, e a primeira das republicanas, de 1891, já o faziam. Rodrigo Araújo Ribeiro (2009) reconstitui essa história, citando o §3º do art. 11 da Constituição de 1891, *in verbis*:

*“É vedado aos Estados, como à
União: prescrever leis
retroativas”.*

A formulação atual, que consagra implicitamente o princípio da irretroatividade, já foi adotada na Constituição de 1934, sendo em seguida abolida pela ordem de 1937 (nunca é demais lembrar que se tratava de ordem ditatorial), voltando a figurar no texto de 1946. Já o Constituinte de 1988, em muito boa hora, foi além, adotando, além da formulação do inc. XXXVI do art. 5º, normas específicas a reger o tema nas searas penal (art. 5º, XL) e tributária¹⁴ (art. 150, III, alínea “a”).

Fica claro, portanto, que o princípio da irretroatividade da Lei é, na realidade, uma limitação imposta ao Poder Legislativo. Ao encontro dessa interpretação, vem a lição de Muhammad Al Fini (1999, p. 131), que registra a impossibilidade de o legislador negar

¹⁴ Cabe lembrar que não se trata de um princípio absoluto, comportando exceções tanto na lei penal quanto tributária, desde que se revelem mais favoráveis ao particular.

ao particular o abrigo aos seus direitos adquiridos, colocando a segurança jurídica como condição essencial para o estabelecimento de “*une vie sociale acceptable*”. Porém, afirma o autor que a Constituição do Kuwait reconhece situações nas quais a retroatividade é aceitável. Segundo o art. 179 daquela Constituição, à exceção da matéria penal, quando haja aprovação da maioria dos membros da Assembléia Nacional, a Lei pode dispor de maneira diversa. Ressalta, porém, que a Suprema Corte do país árabe entende que se trata de regra excepcional, devendo ser interpretada de maneira bastante restritiva. Sendo assim, não se admite retroatividade de outra espécie normativa que não a Lei em sentido estrito.

Da mesma forma, no panorama suíço, é possível se cogitar de situações que escapem à regra da não retroatividade. Blaise Knapp (1999, p. 149) afirma que o Tribunal Federal Suíço admite a retroatividade como medida exorbitante, aceitável apenas na presença de cinco condições:

- a) a hipótese deve estar expressamente prevista em Lei;
- b) a retroatividade deve estar limitada no tempo;
- c) a retroatividade não deve criar situações de iniquidade;
- d) a admissão da retroatividade deve estar calcada na presença de interesse público preponderante;
- e) a retroatividade deve respeitar direitos adquiridos.

Muitos autores enxergam que a segurança jurídica teria duas dimensões: uma objetiva, e outra subjetiva, que seria justamente a proteção da confiança, hoje revestida de enorme relevo.

Desde sua gênese, o instituto jurídico da confiança legítima tem sofrido claro desenvolvimento. Absorvido por um enorme número de legislações nacionais (inclusive a legislação brasileira, pela via do art. 54 da Lei 9.784/99), tem recebido muito prestígio por parte da Jurisprudência de diversos países, tendo sido alçado, conforme Sylvia Calmes (2001, p. 383), à condição de princípio fundamental do direito comunitário europeu.

Entre nós, podemos dizer que a preocupação mais antiga na ciência jurídica brasileira se referia à possibilidade de concessão de efeitos meramente *ex nunc* para a

declaração de inconstitucionalidade de Lei, por parte do Supremo Tribunal Federal. Além disso, já se discutiu bastante, tanto em sede judicial junto aos Tribunais Superiores (com destaque ao Excelso Pretório), quanto em sede do Tribunal de Contas da União. Com o tempo, e até pela edição da Lei 9.784/99, em particular seu art. 54¹⁵, temos que a discussão passou a abarcar novas dimensões, ainda que não tenha se traduzido em um aumento expressivo de estudos de vulto sobre o tema.

Almiro do Couto e Silva (2005, p. 13), pioneiro do estudo da proteção da confiança no Brasil, traz à luz relevante estudo acerca da posição do tema no sistema constitucional brasileiro. Para ele, há uma identidade entre os conceitos de segurança jurídica e proteção à confiança. Por isso, ele atribui ao instituto o status de princípio implícito da Constituição. Aliás, a discussão acerca da posição da tutela da confiança no direito constitucional brasileiro revela-se sumamente importante. Da condição de princípio constitucional decorre a possibilidade de cotejo com qualquer ato do Poder Público, inclusive, por suposto, em sede de controle de constitucionalidade de atos normativos. Além disso, torna-se um vetor interpretativo, a impactar a totalidade do sistema normativo brasileiro. Cumpre anotar aqui, apenas para dirimir eventual obscuridade, que a menção expressa no texto constitucional não é condição indispensável para o reconhecimento de um princípio (Maffini, 2005, p. 72).

Judith Martins Costa (2004, p. 114) vê a proteção à confiança como princípio autônomo, afirmando:

“Já a confiança, adjetivada como ‘legítima’, é um verdadeiro princípio, isto é, uma norma imediatamente finalística, que estabelece o dever de atingir um ‘estado de coisas’ (o estado de confiança) a partir da adoção de determinados comportamentos. Como princípio que é, a confiança articula-se, no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete,

¹⁵ É o texto do referido dispositivo:

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

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

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

com outros princípios e submete-se a postulados normativos, tais quais o da proibição do excesso e o da proporcionalidade.”

Outros Acadêmicos acompanham Costa nessa postura mais ousada, trazendo a posição de que o princípio da Confiança goza de status de princípio constitucional por sua própria condição, independentemente da segurança jurídica, ainda que, no Brasil, não tenha sido explicitamente contemplado pelo Constituinte de 1988. Lapidar, nesse sentido, é a posição de Rafael Maffini (2005, p. 73):

“Tal dedução se revela imperiosa até mesmo em face da dedução que aqui vem sendo defendida (Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança), razão pela qual não seria equivocado utilizar o próprio art. 1º da Constituição Federal para servir, em termos mediatos, de fundamento ao princípio em tela. Numa via inversa, de indução, portanto, seria possível dizer que o estado de coisas que é almejado pela proteção da segurança, consubstanciada na estabilidade das relações jurídicas, em face de condutas ou promessas advindas da administração pública, compõe a noção de segurança jurídica, a qual, por sua vez, é um dos elementos conformadores do Estado de Direito, cuja posição constitucional não se pode colocar em dúvida. **Esse é o itinerário pelo qual se reconhece, numa visão de sistema aberto do Direito, a proteção da confiança como princípio constitucional (...).**”(grifo nosso)

Também assim opina Hartmut Maurer (2001, p. 84), ao afirmar que “a proteção da confiança é fundamentada com o princípio do estado de direito, ancorado jurídico-constitucionalmente, e com o princípio, desse resultante, da certeza jurídica”.

A despeito da solidez dos argumentos dos autores citados, é tema controverso na doutrina a posição do princípio da Confiança. Aliás, determinar a exata posição do princípio da Confiança na teoria constitucional é um dos principais objetivos deste trabalho, já que tal determinação é de fundamental importância para estudar o âmbito de aplicação e o alcance da proteção à confiança no Direito Constitucional Brasileiro.

Para expressiva corrente doutrinária, a confiança legítima ostenta, como visto, o status de subprincípio da segurança jurídica. Entre os partidários dessa corrente, temos a Professora Odete Medauar (2005, p. 117). *In verbis*: “Também denominado *princípio da proteção da confiança*, apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica” (grifo da autora). Para a Professora, a proteção à confiança se apresenta mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, já que estende a sua proteção até mesmo a direitos que ainda não foram adquiridos (o que nos permite inferir que se trata aqui de proteção à expectativa de direito, embora, no dizer da autora, tal interpretação apresenta-se autorizada apenas se a aquisição desses direitos estiver em vias de ocorrer).

No mesmo diapasão vem a opinião de Monica Herman Salem Caggiano (2006, p. 19), que, ao dissertar sobre o princípio da segurança jurídica, afirma que este cânone

“apresenta-se como macroprincípio, ainda que não positivado em nível constitucional, a alojar no seu bojo uma série de outros **princípios**, a exemplo da irretroatividade, da proteção dos direitos adquiridos, da **confiança legítima**, da legalidade ou da qualidade da Lei.” (Grifo nosso).

Sustenta a Professora sua posição na esteira da citada obra de Mathieu, asseverando que o Princípio da Proteção à Confiança Legítima é um dos parâmetros a medir a adequação do ato do Poder Público ou mesmo da Lei aos preceitos maiores da Constituição. Esse princípio seria tributário à necessidade de se garantir a previsibilidade do direito, daí porque a sua essencialidade garantir-lhe o status de princípio constitucional.

Sustenta a mesma linha de pensamento o Professor Joaquim José Gomes Canotilho, que considera os dois institutos elementos constitutivos do Estado de Direito. Na esteira da lição do autor, considera-se possível a ideia de que o princípio da segurança jurídica tem uma dimensão objetiva, que se conecta com elementos como a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. A confiança, por sua vez, conectar-se-ia intimamente, com o conteúdo subjetivo da segurança, ou seja, a “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos do Poder Público.” (CANOTILHO, 2003, P. 257). Em outras palavras, o indivíduo teria direito a confiar que o ordenamento jurídico sustente a relação entre os atos do Poder Público e a expectativa por eles geradas, em termos das suas consequências. Canotilho aponta ainda que qualquer ato de qualquer Poder do

Estado estaria sujeito ao controle do cotejo com a proteção à confiança. Identifica a proteção da confiança na esfera legislativa com a proibição de normas retroativas restritivas de direitos, bem como com a obrigatoriedade de clareza da norma. No que se refere a atos jurisdicionais, teríamos, essencialmente, a proteção à coisa julgada e, em relação aos atos administrativos, a necessidade de uniformidade nas decisões administrativas. Posicionamento semelhante é adotado por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p. 159), que afirma que *“a segurança jurídica abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à estabilidade das relações jurídicas, e um aspecto subjetivo, que abrange a ideia de proteção à confiança”*.

Posicionamento diverso é muito frequente na doutrina privatista, que será aqui trazida de modo mais lateral, até pelo foco do trabalho estar voltado ao direito público. Na doutrina privatista, temos uma visão que aproxima o princípio da proteção à confiança à tutela da boa-fé.

A boa-fé é considerada um princípio geral do Direito Civil, hoje positivado pelo art. 113 do Código Civil¹⁶. Nos termos propostos por Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1994, p. 58):

"um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de **confiança** e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença". (Grifo nosso)

A doutrina, em sua maioria, distingue duas facetas do princípio da boa-fé: a boa fé subjetiva e a boa fé objetiva. A primeira seria, em termos extremamente sintéticos, a ignorância total de qualquer vício, defeito ou problema que, se fosse conhecido, acabaria por tornar inviável o negócio jurídico. Por exemplo, o proprietário que pretende vender um imóvel e ignora por completo que o solo sobre o qual ele está erguido oculta uma falha grave. Ao efetivar a venda, ele agiu de boa-fé, porém algum

¹⁶ É o texto do dispositivo: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

tempo depois o imóvel desaba, em função do problema que era ignorado. Não há que se imputar qualquer comportamento culposos ao vendedor.

De outro lado, existe a boa-fé objetiva. De conteúdo mais amplo, ela envolve o dever de um comportamento justo, leal, transparente entre as partes de um contrato. Não basta apenas ignorar defeitos, há que se informarem todas as circunstâncias que se conectam ao negócio a ser praticado.

Anderson Schreiber (2007, p. 86 e ss.) aponta para uma tríplice função da boa-fé objetiva. A primeira seria a de funcionar como um vetor de interpretação que exige que toda e qualquer cláusula contratual seja entendida da forma que mais prestigie a lealdade e a honestidade entre as partes. Proíbe ainda comportamentos moralmente reprováveis.

A segunda função é criadora de deveres acessórios à obrigação principal. Cria os deveres de informação, de segurança, de sigilo, de colaboração para o integral adimplemento do contrato. Importante anotar que a gênese de tais deveres independe da vontade das partes, e eles são obrigatórios em toda e qualquer relação jurídica celebrada sob a égide da Lei brasileira.

Por fim, a terceira função da boa-fé objetiva é a proibição do exercício de determinados direitos, ainda que estes direitos sejam absolutamente legítimos. Embora tenham fundamento em Lei ou contrato, seu exercício é defeso por contrariar o dever de lealdade com a outra parte. É o que a doutrina chama de exercício inadmissível de direitos. O exemplo dado por Schreiber é o de um credor que, enquanto negocia amigavelmente para reestruturar a dívida, ingressa com ação judicial de cobrança contra o devedor. Como se vê, o exercício do direito de ação, em um primeiro momento, parece totalmente regular. Porém, neste caso concreto, não se configura como uma conduta leal com o devedor, daí porque é uma ofensa à boa-fé objetiva.

Em seguida a esse interessante posicionamento do princípio da boa-fé, Schreiber evolui ao tratamento da conexão dele com a questão da proteção à confiança, enxergando esta como parte integrante daquela. A boa-fé seria, na visão do autor (SCHREIBER, 2007, p. 92), uma confiança adjetivada. Assim, não teria o status de princípio. Porém, adota o autor interessante visão ao argumentar que a tutela da confiança demonstra uma nova preocupação do direito, que deixa de se concentrar na

fonte das condutas, partindo agora para a busca da regulação de suas consequências. De forma parecida se posiciona Raphael Manhães Martins (2008, p. 15), ao enxergar a tutela da confiança como necessária à efetivação da proteção à boa-fé. O mesmo autor, porém, diverge ao atribuir o status de princípio à proteção da confiança legítima, sem, porém, abordar as razões desta atribuição. Por sua vez, Di Pietro (2009, p. 160-161) nega a identidade entre os dois conceitos, afirmando que a boa-fé deve estar sempre presente em ambos os lados da relação jurídico-administrativa, ou seja, tanto administração quanto administrado devem atuar com lealdade e honestidade. Já a proteção da confiança tutela a crença de legalidade dos atos estatais pelo administrado.

Assim sendo, percebe-se a polêmica doutrinária acerca da posição do princípio da proteção à confiança. De nossa parte, entendemos que a solução proposta por Mathieu é a mais acertada. Se, de um lado, não há como negar que a tutela da confiança encontra o seu fundamento na exigência de segurança jurídica, isso não a relega a uma condição menor, de subprincípio, dada a sua capacidade. Por isso, sintetizamos nossa visão, a partir da discussão aqui levantada, concluindo que se trata a tutela da confiança legítima de um princípio jurídico, nos moldes preconizados por Judith Martins-Costa (2004). É, portanto, um mandado de otimização, como aponta a clássica obra de Robert Alexy, que irradia e imanta o Sistema Jurídico, assumindo a condição de base para as demais normas (CANOTILHO E MOREIRA, 1991, p. 49). E assim, o passo seguinte que se impõe a este trabalho, que é a análise das condições de aplicabilidade deste princípio, aponta para a arte da ponderação entre princípios. E, para tanto, abordaremos um caso prático, a saber, aquela que é a principal tensão apontada para o princípio da proteção à confiança legítima: sua possível oposição ao princípio da Legalidade.

3.2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como já dissemos neste trabalho, à primeira vista pode parecer haver uma incompatibilidade entre a tutela da confiança do administrado em atos inválidos do Poder Público e a observância do Princípio da Legalidade. Isso porque falamos aqui sobre preservar efeitos de atos que, de alguma forma, colidem com o ordenamento

jurídico, ou seja, de relevar a sua ilegalidade em nome de algum valor superior. Dada a evidente gravidade desta construção, é fundamental retomar algumas características do princípio da Legalidade.

As raízes históricas do princípio da Legalidade se confundem com as do Estado de Direito. Porém, foi na Idade Contemporânea que ele se afirmou, na esteira dos movimentos revolucionários que sacudiram a Europa na transição do séc. XVIII para o XIX. Tributário das teorias que pregavam a Separação de Poderes, foi concebido como instrumento de contraponto à franca supremacia do Poder Executivo em relação aos demais Poderes do Estado, então em vigor. Ao se estabelecer que seria a Lei, e não mais a vontade e o arbítrio do soberano, o substrato da ação da Administração iniciou-se a superação do contexto arbitrário do Estado Absolutista, rumo a um regime no qual a ação administrativa teria limites claros, preestabelecidos e conhecidos de todos. Tratava-se, então de um instrumento de supremacia do Legislativo em relação ao executivo, invertendo-se a lógica que imperava no *Ancient Régime*. O princípio da Legalidade ganhava, então, contornos de direito fundamental da pessoa humana. A Lei, ao funcionar como limite à atuação do Estado, se tornava uma forte arma da cidadania, que deixava de estar submetida aos caprichos do soberano.

Inicialmente, aliás, a formulação do princípio da Legalidade assumia uma forma bastante flexível, já que se admitia a ação governamental na ausência de proibição expressa da Lei. Assim, tal como o particular, ela poderia fazer “*tudo o que a Lei não proíbe*”. Porém, resta claro que tal proteção não dava suficiente previsibilidade à ação governamental. Na ausência de Lei, o particular estava novamente sujeito ao arbítrio da Administração. Aliás, justamente por isso, esta formulação “negativa” do princípio da Legalidade foi objeto de pesadíssimas críticas, tal como apontou Winkler, citado por Sesin (1994, p. 7). Assim, com a evolução das práticas políticas e da democracia, temos que o princípio da Legalidade ganhava novos contornos. Passava-se a ver a Lei não mais como um limite, mas como uma condição para a ação administrativa. Sem o substrato da Lei, nenhum ato poderia ser praticado pelo Estado. Assim, o Estado passava a fazer apenas aquilo que a Lei houvesse previamente permitido (aliás, na visão da melhor doutrina, na qual se destaca Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração só pode fazer aquilo que a Lei obriga que ela faça). Por seu turno, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 24) afirmava que a ação legislativa e a

administrativa seriam duas faces da mesma moeda. Nesta formulação, o ato administrativo é sempre um ato de execução da Lei, sob pena de completa invalidade.

Entretanto, a despeito do unânime (e óbvio) reconhecimento por parte da doutrina acerca da fundamental e basilar importância da legalidade enquanto mecanismo de proteção ao indivíduo, o seu peso tem sido objeto de críticas. Nos dizeres de Odete Medauar (2010, p. 127), “a sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado *legalismo* ou *legalidade formal*, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo” (grifo da autora). Além deste, a autora ainda enumera outro desvirtuamento: formalismo excessivo, com exigência de minúcias irrelevantes.

O exposto mostra que se vive hoje um contexto de crise do princípio da Legalidade. E não é só. Já há muito tempo observou-se uma decadência do papel dos Parlamentos como locus de representação política, prejudicando a noção de veículo da vontade geral que até então recaía sobre a lei. Paulatinamente, foi-se expandindo o chamado bloco de legalidade, que deixou de ser composto única e exclusivamente pelas leis formais. Por essa razão, Marcello Caetano (1973, p. 30) dissertou:

“A legalidade é assim constituída pelo conjunto das normas formuladas genericamente em termos que sejam obrigatórios para que sejam obrigatórias para os cidadãos, sejam leis, decretos ou regulamentos, e que estejam em vigor em dado momento no País.”.

Admite, portanto, o doutrinador português, que não só a lei formal compõe o bloco de legalidade, mas também qualquer forma de regulamento (decretos, portarias, despachos, etc). No mesmo diapasão caminham García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2004, p. 76-77).

A partir dessas referências doutrinárias, às quais poderíamos somar dezenas ou centenas de outras, temos que o princípio da Legalidade mudou. A administração não deve mais observância cega e acrítica à Lei formal, produto do ofício parlamentar, mas sim a uma gama de normas, que pode ter origem diversa daquela da lei. Entre essas

normas, restam, sem qualquer dúvida, os princípios derivados da Constituição, entre os quais o princípio da Proteção à Confiança Legítima.

Assim, fruto de uma realidade na qual o Direito está em constante e permanente evolução, o princípio da Confiança traz novos parâmetros para a aplicação do princípio da Legalidade, que permanece vivo como cânone fundamental e basilar do Estado de Direito, porém não mais um “princípio absoluto”, para usar os termos de Maffini (2005, p. 59). No dizer de Beatrice Weber-Dürler, citada por Araújo (2009, p. 59), “o reconhecimento da necessidade de proteção da confiança acarreta um amaciamento (*Aufweichung*) das normas legais”. A observância da proteção à confiança passa a ser, portanto, uma condição prévia para a correta aplicação do princípio da Legalidade, que, repita-se, não deve jamais ser desconsiderado.

Assim, o roteiro a ser percorrido pelo Agente Estatal seria, na realidade, um exercício para a aferição da relevância dos bens jurídicos envolvidos. A legalidade é e sempre será um bem jurídico da maior importância, merecendo sempre enorme prestígio. Porém, em alguns casos, a aplicação pura e simples do princípio da Legalidade, que indica que todo e qualquer ato ilegal deve ser imediatamente extirpado do ordenamento, e seus efeitos desconstituídos desde a sua edição, acaba por atentar contra expectativas legítimas que foram criadas pelos destinatários do ato, podendo significar um verdadeiro atentado contra a estabilidade das relações jurídicas. É nesse momento que deve se dar o exercício de aferição citado antes. Antes de anular o ato, há que se verificar se ele produziu efeitos benéficos ao particular. Em caso positivo, há que se considerar se do ato derivou a criação de expectativas legítimas, típicas de quem acreditou na presunção de legitimidade do ato, agindo de boa-fé. Caso as expectativas existam, é hora de o Agente Público considerar da possibilidade de, pelo menos, mitigar os efeitos da anulação do ato, pois a simples anulação mais danos causará que a manutenção dos efeitos do ato inválido.

Isso não significa, entretanto, que exista um antagonismo entre os princípios da Legalidade e da Confiança Legítima. Araújo (2009, p. 131), com esteio na obra de Weber-Dürler e Urs Gueng, sustenta que “a incompatibilidade entre os dois princípios seria apenas aparente, uma vez que a aplicação desse último já exige a observância daquele primeiro”, ao se referir, respectivamente, à tutela da confiança e à legalidade.

Porém, na mesma obra, Araújo reconhece que “os princípios da proteção da confiança e da legalidade possuem um intrínseco estado de tensão” (p. 132).

Assim, temos que a aplicação do princípio da Legalidade deve ser precedida de uma avaliação acerca de seu alcance através do cotejo com outros princípios, dos quais se destaca a proteção à confiança. Não existe, como bem anota Araújo (2009, p. 138), uma obrigação incontornável de a Administração anular, em toda e qualquer circunstância, atos benéficos ao particular. Evidentemente, não é todo e qualquer ato que dá causa à formação da confiança legítima (atos nos quais o particular atuou de má-fé, por exemplo, devem ser imediatamente extirpados, e as responsabilidades devidamente apuradas), mas quando a confiança existir, há que se prestigiá-la. E isso se faz através de uma das seguintes alternativas, que devem ser aplicadas na medida das expectativas criadas pelo ato viciado:

- a) anulação do ato com efeitos imediatos, porém preservando os efeitos passados (anulação *ex nunc*);
- b) anulação do ato, preservando os efeitos passados e mantendo os seus efeitos por algum tempo (anulação *pro futuro*);
- c) reconhecimento do vício, porém com a manutenção de seus efeitos.

Há que se anotar que, entre nós, após a edição da Lei 9.784/99, há situações em que tal cotejo não é atribuição da Administração Pública¹⁷. Na realidade, nos termos do que estatui Almiro do Couto e Silva (2005, p. 23), o próprio Legislador se encarregou de fazê-lo, ainda que limitado às situações em que do ato decorram efeitos benéficos a particular de boa-fé, e uma vez decorrido o prazo decadencial de cinco anos, nos termos do art. 54 da referida Lei. Nas palavras do Professor:

“Como se trata de regra, ainda que inspirada num princípio constitucional, o da segurança jurídica, não há que se fazer qualquer ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, como anteriormente à edição dessa regra era necessário proceder. O legislador ordinário é que efetuou essa ponderação, decidindo-se pela prevalência da segurança

¹⁷ Aqui, a menção ao tema vem apenas a guisa de ilustração. O tema será novamente tratado quando da abordagem da incidência da proteção à confiança na função administrativa.

jurídica, quando verificadas as circunstâncias perfeitamente descritas no preceito.”

Assim, verificada a presença dos requisitos citados, não cabe, ao Administrador Público Federal, outra conduta que não a manutenção do ato inválido. Não tendo havido a fluência dos cinco anos exigidos pela Lei, aí sim a situação exigirá o cotejo entre legalidade e segurança jurídica. Decorrido referido prazo, a anulação do ato é ilegal, estando sujeita a revisão jurisdicional através da interposição de Mandado de Segurança pelo interessado.

Sobre o assunto, indaga Almiro do Couto e Silva (2005, p. 25) se estamos diante de hipótese de prescrição ou decadência. Não custa lembrar que a prescrição é a perda do direito de ação, ou seja, a perda do direito de pleitear em juízo determinado direito, enquanto a decadência atinge o próprio direito. No caso em concreto, acompanhamos a conclusão do Professor, no sentido de que se trata de prazo decadencial. Nas palavras dele:

“Ora, o que perece, o que é inexoravelmente extinto pela decadência é o próprio direito à anulação, não importa em que âmbito seja ele exercido, se na esfera da Administração Pública ou na do Poder Judiciário”.

Disso tudo fica claro que, como dois princípios derivados do Estado de Direito que são, Legalidade e Proteção à Confiança Legítima têm totais condições de conviver em harmonia, ainda que entre eles exista uma certa tensão. Enxergar aqui um conflito, uma incompatibilidade é erro, que não resiste a uma análise mais refinada. Pelo contrário, a tutela da confiança enriquece a legalidade, dando a ela uma concepção mais moderna e inteligente, adequando a sua aplicação à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, ao mesmo tempo em que contribui fortemente para a função pacificadora do direito. A tutela da confiança legítima colide, em verdade, com a aplicação acrítica e hipertrofiada do princípio da Legalidade administrativa. Não se pode tomá-la como um estatuto a criar um regime de algemas ao Administrador, obrigações inexoráveis a justificar a desconsideração das expectativas legítimas depositadas pelo Particular no ato estatal, sob pena de comprometer fortemente a própria credibilidade do sistema jurídico como um todo.

4. CONFIANÇA LEGÍTIMA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos dias de hoje, um dos grandes temas da ciência do Direito é, sem dúvida, a questão dos direitos fundamentais e suas repercussões. Neste trabalho, buscaremos abordar duas de suas possíveis conexões com o princípio da Proteção à Confiança Legítima: a primeira, a eventual possibilidade de o princípio encontrar fundamento em algum dos direitos fundamentais. A segunda, a cogitação de ter ela mesma (a exigência de tutela da confiança) as características que definem a fundamentalidade de um direito.

Regra geral, a doutrina apresenta o princípio da Proteção à Confiança Legítima como uma decorrência do Estado de Direito, no trajeto Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção à Confiança Legítima. Porém, há autores que enfrentam a possibilidade de fundamentar a existência do princípio diretamente da teoria dos Direitos Fundamentais. Entre esses autores, destaca-se a voz de Sylvia Calmes, em sua tese de doutorado apresentada perante a Universidade Paris II.

Em busca de estabelecer um liame lógico a sustentar a conexão entre o princípio aqui estudado e os direitos fundamentais da pessoa humana, a citada autora apresenta um primeiro argumento sustentado no caráter “defensivo” das duas teorias. Diz-se defensivo no sentido de que ambas estabelecem, na realidade, normas de competência negativa para o Estado, negando a ele o direito de intervir em uma determinada esfera, que passa a ser de exclusiva competência individual do cidadão. Daí decorre outra característica comum aos dois institutos, que é a sua intrínseca ligação com a esfera subjetiva da cidadania. Calmes fundamenta essa dedução nas reservas oferecidas por parte da doutrina alemã à “autonomia” da ideia de proteção à confiança, que seria por demais vaga, aberta, sem delimitar suficientemente a sua esfera de aplicação, o que mantém o suposto princípio alheio a um conteúdo objetivo, que lhe seria essencial. A proteção à confiança emergiria, na visão desses autores, da tutela de outros bens jurídicos, que seria apenas reforçada pela proteção à confiança.

Nessa corrente, segundo Calmes (2001, p.127), citando Kreibich, a busca pelo fundamento da proteção à confiança não teria lugar na teoria pura, genérica, dos direitos fundamentais, mais sim em direitos fundamentais específicos, prioritariamente nos direitos à igualdade, liberdade e dignidade.

O primeiro direito fundamental que poderia servir como fundamento à proteção da confiança legítima é a liberdade. Isso ocorreria como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da pessoa (ou, nas palavras da Lei Fundamental alemã, art. 2, do direito ao desenvolvimento da personalidade), que, por sua vez, é decorrente do **direito fundamental à liberdade**. Grabitz, citado por Calmes, afirma que a proteção à confiança seria uma espécie de autolimitação do Estado, no sentido de garantir ao indivíduo um amplo espectro de ação no qual poderia transitar para atingir o desenvolvimento de sua personalidade, conforme disposto na Lei Fundamental. Daí que a efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade seria altamente dependente da “estabilidade e previsibilidade da atividade pública” (CALMES, 2001, p. 201), exigindo que o Estado garanta essa estabilidade, já que, nas palavras da autora francesa, “la suppression rétroactive ou brutale de la validité de ces bases juridiques constitue, par conséquent, une atteinte à la liberté” (CALMES, 2001, p. 201)¹⁸. A proteção à confiança seria um prolongamento dessa exigência de manutenção da liberdade, que conferiria proteção ao cidadão de boa-fé contra um eventual retrocesso em seu patrimônio jurídico promovido pelo Estado. Esse trajeto, que parte da garantia fundamental de liberdade e chega à tutela da confiança, seria o caminho para caracterizar o princípio objeto deste estudo como decorrência da tutela da liberdade.

Após abordar a posição de Grabitz, Calmes retoma o pensamento afirmando que, de fato, a tutela da confiança se relaciona com a liberdade, na medida em que a confiança toma parte na ponderação de interesses que deve anteceder a edição de qualquer ato (que pelo princípio da reserva legal só poderia ser uma Lei) restritivo de liberdade, tendo por premissa que a restrição de uma liberdade individual só se justifica quando da presença inequívoca de interesse público, e dentro de critérios de proporcionalidade. Isso não oculta, porém, que o bem tutelado aqui é a segurança jurídica, e não a liberdade pura e simples.

Alternativamente, poder-se-ia argumentar que, num contexto de elevada dependência entre o cidadão e o Estado, tal como se dá num contexto de aplicação dos postulados do Estado de bem estar social, com um grande número de serviços prestados pelo Poder Público, ao garantir a permanência de situações jurídicas favoráveis ao

¹⁸ Em tradução livre: “a supressão retroativa ou brutal da validade dessas bases jurídicas constitui, por conseguinte, um atentado à liberdade”

administrado, o princípio da proteção à confiança estaria atuando como fiador da liberdade do indivíduo. Novamente, parece-nos um tanto forçada, até desnecessária, essa formulação.

Por fim, temos a questão do direito à igualdade. Aqui, a abordagem se dá pela sua vertente relativa ao direito à não discriminação, que, no panorama francês, se impõe como um princípio geral do direito de caráter constitucional que, de um lado, obriga a Administração e, de outro, significa que a Lei deve sempre ser elaborada dentro do signo do respeito à igualdade (CALMES, 2001, p. 203). Já na jurisprudência alemã, ainda segundo Calmes, o princípio ainda obriga a administração a não alterar práticas sem fortes razões para tanto. A proteção à confiança seria, nesse diapasão, a proteção à confiança depositada na previsibilidade da ação estatal.

Porém, outra possibilidade, ainda no âmbito dos escaninhos do direito francês, poderia oferecer uma ancoragem constitucional alternativa ao princípio da Confiança em seu cotejo com o direito à igualdade. Na realidade, cuidaríamos aqui do disposto no art. 1º da Constituição francesa de 1958, que enuncia o respeito a todas as crenças. Confiança é uma forma de crença, e a tutela constitucional recairia sobre a crença legítima da cidadania em relação ao agir do Estado, do Poder Público, “*notadamente a crença na estabilidade de situações jurídicas favoráveis.*” (CALMES, 2001, p. 205). Assim, uma decisão estatal atentatória à confiança seria, *per se*, inconstitucional. Um risco dessa concepção seria o casuísmo, pois o juízo de inconstitucionalidade seria um juízo fundado exclusivamente em um único caso, sem comparação com outros similares, o que poderia levar a soluções diversas em querelas semelhantes, o que seria evidentemente contrário ao princípio da igualdade. De outra parte, ao se admitir este tipo de ligação entre igualdade e confiança legítima, admite-se, por consequência, que o Estado poderia negar a tutela à confiança, num caso específico, com fundamento na igualdade, argumentando que em outra situação parecida o tratamento oferecido foi outro.

Por fim, ainda na busca de um fundamento da proteção à confiança nos direitos fundamentais da pessoa humana, Calmes aponta o direito à propriedade como uma possível saída. A ideia repousaria no fato de que tal direito tutela, de certa forma, a confiança na manutenção de uma situação de fato favorável ao interessado, qual seja, a retenção do bem por seu proprietário, ou seja, seria uma garantia de estabilidade de uma

relação jurídica, tal qual ocorre com o princípio da Confiança. Além disso, o fato de que recai sobre o bem material a garantia de indenização em caso da existência de relevante interesse público na sua expropriação mostra o prestígio do interesse privado, representado pela confiança depositada na permanência na fruição e retenção do bem, mesmo quando da presença de um interesse público na quebra dessa confiança, em nome da satisfação do interesse mais geral da sociedade. O que aqui se trata tem características bastante similares, por exemplo, ao caso da Viúva de Berlim, relatado quando da análise da história da tutela da confiança, no sentido da existência de uma oposição (ainda que aparente) entre um interesse privado (no caso da Viúva, a manutenção da pensão, e a retenção de bem) e um interesse público (a restauração da legalidade e a utilização do bem em proveito da coletividade, respectivamente).

De nossa parte, se parece claro que Calmes consegue estabelecer uma comparação entre a tutela da propriedade e a da confiança legítima que encontra caracteres comuns entre os dois institutos, não parece que a primeira sirva de fundamento à segunda. A própria Calmes afirma que *“le droit de propriété est à la fois plus (historiquement parlant) et moins (actuellement) que l’une des formes du principe de protection de la confiance legítima; il en sa forme precoce, ‘anticipée’”*.(CALMES, 2001, p. 212)¹⁹.

Diante do exposto, é forçoso admitir que não logrou êxito o esforço aqui empreendido no sentido de buscar uma na teoria dos Direitos Fundamentais a justificativa para a existência do princípio da confiança legítima. Não se encontrou, seja na doutrina nacional, seja na doutrina estrangeira, um argumento apto a estabelecer esse liame.

Isso não significa, porém, que não se possam estabelecer relações entre a tutela da confiança No elenco dos direitos fundamentais abordados neste capítulo, percebe-se íntima conexão entre eles e a tutela da confiança. Na realidade, tal como afirma Calmes (2001, p. 219), temos que a proteção à confiança aprofunda o respeito aos direitos fundamentais, funcionando como uma garantia adicional, que aprofunda os direitos fundamentais. Na formulação da autora francesa, *“Ces droites se font les porte-paroles*

¹⁹ Em tradução livre: “O direito de propriedade é, por sua vez, mais (historicamente) ou menos (atualmente) uma das formas do princípio da Proteção da Confiança Legítima, em sua forma precoce, antecipada”.

d'un autre principe en l'occurrence de la protection de la confiance legítima".²⁰ A proteção da confiança seria uma evolução da tutela dos direitos humanos, como que agindo nos bastidores para oferecer a proteção necessária quando as vias normais mostrarem-se ineficazes. A relação entre ambos é, na verdade, uma saudável relação de complementaridade, que em muito aproveita à democracia. O princípio da proteção à confiança legítima encontra seu fundamento imediato na segurança jurídica, e mediato nos postulados do Estado de Direito, como já se mostrou aqui, o que não o torna, de forma alguma, menos nobre ou menos importante.

4.1 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Descobrir se um determinado direito faz jus, na dinâmica jurídica brasileira, ao adjetivo “fundamental” não é uma tarefa fácil. O critério mais óbvio de todos, a inclusão no rol constante do Título 2 da nossa Carta Magna, não se mostra suficiente: §2º do art. 5º desde logo mostra que não basta procurar ali, ou mesmo em outras “regiões” de nossa geografia constitucional, ao apontar para a possibilidade da existência de outros direitos fundamentais decorrentes de seu regime e de princípios que dela decorram, como é o caso do princípio da segurança jurídica em sua vertente subjetiva.

Assim, precisamos buscar critérios para identificar um Direito Fundamental. Aliás, antes mesmo desta busca, é bom ressaltar que, em nossa visão, existem direitos que não se revestem da característica da fundamentalidade, ainda que constem da Constituição Federal. Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 88), por exemplo, cita Solozábal Echavarría, que afirma que nem todos os direitos constitucionais são fundamentais. O caminho para encontrar a possível fundamentalidade, segundo Sarlet, seria a fundamentalidade material.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2008, p. 237) trazem, em seu Curso de Direito Constitucional o traço mais importante da fundamentalidade material: a conexão com o princípio da dignidade humana. Nas claras e sólidas palavras dos autores:

²⁰Em tradução livre: “Esses direitos se fazem os porta-vozes de um outro princípio na incidência da proteção da confiança legítima”.

“Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Assim, temos que o direito à dignidade, nos termos do art. 1º da Lei Fundamental Alemã²¹²², é a fonte de todos os demais direitos (isso na medida em que a alínea 2 coloca o reconhecimento dos direitos invioláveis da pessoa humana como consequência da intangibilidade da dignidade). Nesse sentido, opina Siqueira Castro (2003, p. 21), ao tomar o princípio da dignidade humana como elemento irradiador de direitos fundamentais.

A dignidade goza dessa característica basilar entre os demais direitos fundamentais justamente por ser o elemento que diferencia as pessoas das coisas. Não

²¹ Utilizamos aqui tradução da Lei Fundamental Alemã disponível no site da Embaixada Alemã em Brasília. Disponível em http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf

²² É o texto do art. 1º:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

se cogita que uma coisa possa ser digna (em que pese o largo uso do termo entre articulistas dedicados aos comentários sobre vinhos). É a dignidade que torna a pessoa merecedora de respeito por parte do Estado,

“implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável” (SARLET, 2001, p. 60).

Nessa medida, a dignidade é fundamento do Estado de Direito. Isso porque, entre os fundamentos do Estado de Direito, já apresentados, temos o respeito aos Direitos Fundamentais. Em sendo a dignidade o elemento irradiador, ou seja, o primeiro dos direitos fundamentais, a sua observância, mais que qualquer outra, é essencial ao reconhecimento do Estado de Direito (ainda que se reconheça a interdependência dos direitos fundamentais).

Ora, em um contexto como esse, como não reconhecer a conexão entre a proteção à confiança e a dignidade? O princípio objeto deste estudo tem por função tutelar expectativas legítimas do cidadão em seu relacionamento com o Estado. Em outras palavras, impõe ao Estado tratar o cidadão como um ente merecedor do maior respeito, dentro da mais estrita boa-fé. Impõe, portanto, a elevação do princípio da dignidade humana a um novo patamar.

Isso significa que o direito à proteção à confiança goza da fundamentalidade necessária para ser alçado ao rol dos direitos fundamentais da pessoa humana, decorrente de sua conexão com o princípio da dignidade humana, e, por conseguinte, com o Estado de Direito e a Segurança Jurídica. Sua observância é, portanto, obrigatória, a ser observada por todos os órgãos do Poder Público, como se pretende comprovar quando da análise da aplicabilidade do princípio em cada uma das funções do Estado. Aplicabilidade, que é, aliás, imediata.

5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO COMPARADO

Como se pode perceber, ainda é bastante incipiente no Brasil a produção acadêmica atinente ao estudo do Princípio da Confiança Legítima. Assim sendo, não poderá, em hipótese alguma, este trabalho prescindir do recurso ao direito comparado, inclusive para buscar, nos países onde a aplicação do princípio já é corriqueira, roteiros para a melhor sua aplicação nas terras brasileiras. Importante anotar que este recurso não serve a um transplante acrítico do conteúdo e da aplicação do princípio desde o estrangeiro para o Brasil. O que se pretende aqui é a busca de lições e fontes para uma aplicação crítica e consciente do princípio.

Este trabalho pretenderá abarcar uma amostra representativa das mais diferentes tradições jurídicas. Para isso, buscar-se-ão fontes (preferencialmente primárias) de todas as formas possíveis.

5.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ALEMÃO

Como se disse quando era aqui analisada a origem do princípio da Confiança Legítima, temos que foi obra dos Tribunais Administrativos alemães a sistematização inicial do conteúdo e do âmbito de incidência da tutela da confiança. Talvez por ser o berço do princípio, na Alemanha ele ganhou status constitucional, concretizado a partir dos princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica, inscritos nos arts. 20 e 28 da Lei Fundamental da República Alemã.

Como nos mostra Patrícia Ferreira Baptista, em Tese de Doutorado defendida perante as Arcadas do Largo São Francisco, o princípio da Proteção da Confiança teve sua gênese justificada como limite à revogação de atos administrativos praticados sem a devida observância da legalidade, evoluindo, após, para funcionar como limite até mesmo à revogação de atos lícitos (2006, p. 86), consubstanciando-se nos parágrafos 48 e 49 da Lei do Processo Administrativo Federal. A evolução seguiu, chegando a abarcar as promessas da administração e, eventualmente, precedentes administrativos.

Assim, percebe-se que, nos seus primeiros dias, o princípio da Confiança na Alemanha tinha como finalidade precípua o controle do exercício da função administrativa do Estado. Hoje, tem lugar, naquele país, um intenso debate acerca da possibilidade de extensão da tutela da confiança à expectativa criada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, já que há autores que sustentam que mudanças nos entendimentos podem, muitas vezes, frustrar expectativas legítimas do administrado. No entanto, há vozes preocupadas com essa extensão da tutela da confiança, entre as quais se destaca Hartmut Maurer (2001, p. 83-84).

5.2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO FRANCÊS

A introdução do Princípio da Confiança no direito francês se deu na esteira do Direito Comunitário²³. Justamente por isso, nos dizeres de Fabrice Melleray (s.d., p. 146) apesar de

“une part significative de la doctrine et certaines jurisdictions les y invitaient, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d’État ont refusé de reconnaître l’existence d’une telle norme sur la base du droit interne”²⁴.

Assim, afirma Melleray que a aplicação do princípio só é possível em zonas de intersecção nas quais as autoridades nacionais aplicam, elas mesmas, o direito comunitário. Daí porque o Conselho de Estado asseverou que este princípio tem o mesmo valor que os Tratados firmados no âmbito da União Europeia, ou seja, ocupa uma posição hierárquica intermediária entre a Lei e a Constituição, estando acima daquela, mas abaixo desta (FRANÇA, 2006, p. 166).

²³ A incorporação do Princípio da Proteção à Confiança no Direito Comunitário Europeu será abordada em seguida.

²⁴ Em tradução livre “uma parte significativa da doutrina e certas jurisprudências o fizeram, tanto o Conselho Constitucional quanto o Conselho de Estado se recusaram a reconhecer a existência de tal norma com base no direito interno”.

A não incorporação do Princípio da Proteção à Confiança Legítima no direito francês é tema de polêmica doutrinária. Alguns autores, como René Chapus (2001, p. 105), por exemplo, identificam a excessiva generalidade do princípio. Outros citam, segundo Baptista (2006, p. 94), a dificuldade de aplicação devido ao conteúdo altamente subjetivo do princípio, cuja aplicação dependeria de uma análise a levar em conta as percepções individuais do postulante acerca do tema, para aferir a presença ou não da confiança naquela situação concreta. Além disso, para muitos autores, usando novamente o pensamento de Baptista, a tutela da confiança legítima seria desnecessária, já que se poderia obter a mesma proteção através do uso de outros institutos e princípios do direito administrativo francês.

5.3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO BRITÂNICO

Até por ter uma Ordem Jurídica sustentada na Common Law, a gênese da Proteção à Confiança no Reino Unido, como não poderia deixar de ser, foi pretoriana. E a primeira aparição do termo, em domínios britânicos, foi no famoso julgado de Lord Denning M.R. no caso *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, de 1969.

Naquela época, vigorava a *Aliens Order 1953*, segundo a qual alunos estrangeiros matriculados em “estabelecimentos de ensino reconhecidos” tinham direito a permanecer no Reino Unido. No caso em pauta, um estudante estrangeiro matriculado no Hubbard College of Scientology, a quem havia sido deferida a permanência naquele país por um determinado período de tempo, buscou, junto à autoridade competente, a renovação da permissão, que lhe foi negada, com base na cassação do reconhecimento da referida Instituição de ensino. O estudante tentou então reverter a decisão com base no fato de que não lhe fora oferecida oportunidade de se manifestar acerca da cassação do reconhecimento da Escola.

Lord Denning afirmou que somente lhe deveria ter sido franqueado o direito de se manifestar na hipótese de que ele tivesse “algum direito ou interesse, ou (...) alguma expectativa legítima”²⁵, da qual não seria justo alijá-lo sem ouvir o que ele tem a dizer”

²⁵ Vale lembrar, conforme nota 11, que o termo em inglês para designar a confiança legítima é “Legitimate Expectations”.

(REINO UNIDO, 1969). Considerou que isso só ocorreria caso lhe houvesse sido cassado o direito à permanência durante a sua vigência, o que não era o caso, pois o prazo para o qual ela havia sido deferida havia acabado. Importante notar que Robert Thomas (2000, p. 47) afirma que Denning declarou que o emprego do termo não era tributário a nenhuma fonte do direito continental europeu, mas sim uma criação original de sua autoria.

A questão das expectativas legítimas seguiu evoluindo, ainda na esteira da produção jurisprudencial, especialmente de Cortes de primeiro grau na Inglaterra. Entre os casos mais importantes, temos *Liverpool Taxi*, *McInnes v. Onslaw Fane*, *Attorney-General of Hong Kong v. Ng yuen Shiu*, entre outros²⁶. De sua análise, é possível extrair algumas de suas repercussões.

A primeira dela é que, no Reino Unido, o alcance da tutela da confiança é meramente procedimental. Na realidade, trata-se muito mais de uma garantia processual de que uma garantia material. Ela assegura que, quando a Administração, explícita ou implicitamente, se compromete a tomar uma determinada conduta, positiva ou negativa, caso resolva rever a sua opção e não efetivar essa promessa de fazer ou não fazer, o cidadão que possa vir a ter uma expectativa legítima frustrada por essa promessa seja ouvido, antes da prática do ato que materialize a frustração da expectativa.

A timidez desta tutela se deve, essencialmente, segundo Baptista, ao fato de que o direito administrativo inglês tradicionalmente restringe a possibilidade de controle jurisdicional dos atos da administração pública à sua dimensão procedimental. Mesmo assim, Wright (s.d., n.p.) já aponta para uma necessidade de evolução, até pela interação entre o direito nacional e o direito comunitário, enxergando como natural a ampliação do conteúdo da promessa de tutela das expectativas legítimas em direção à dimensão material do direito.

²⁶ A seleção se baseia no estudo de David Wright, intitulado *Rethinking Legitimate Expectations in Canada*, de 1997.

5.4. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

Convivendo com as diferentes abordagens dadas pelas legislações nacionais de seus países membros ao Princípio da Proteção à Confiança está o tratamento do Direito Comunitário.

Também na União Europeia a origem do instituto da tutela da confiança se identifica com a produção das suas Cortes, em particular o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), principal braço jurisdicional da experiência de integração do Velho Continente. Com enorme competência, Antoine Masson (2008, p. 212 e ss.) disserta sobre a incorporação do princípio oriundo do direito alemão através de diversos casos trazidos à atenção do TJCE justamente por litigantes daquele Estado Membro, principalmente a partir dos anos 1960.

O *leading case* do TJCE no que se refere à proteção da confiança foi o famoso caso *Commision contre Conseil*, de 5 de junho de 1973. Neste caso, avaliou-se a juridicidade de uma decisão do Conselho das Comunidades Europeias, de dezembro de 1972, que alterava um critério para reajuste de remuneração de seus funcionários que havia sido estabelecido em março daquele ano. Entendeu o Tribunal que a decisão de 21 de março havia criado expectativas que estavam abarcadas pelo Princípio da Confiança Legítima, decretando portanto a invalidade da decisão de dezembro, mantendo os critérios anteriores. Já em 1975, ao julgar o caso CNTA, o TJCE marcou, nos didáticos dizeres de Patrícia Baptista (2006, p. 90): “o reconhecimento inequívoco do princípio da Proteção da Confiança Legítima como uma ‘norma superior’ do direito comunitário europeu.”

Dali em diante, o princípio da Proteção da Confiança passou a ocupar um papel cada vez mais central na efetivação das garantias positivas nos diversos tratados firmados no âmbito do bloco, mesmo que não tenha havido ainda a sua positivação em nenhum desses tratados. Entretanto, alguns autores ainda notam uma certa timidez do TJCE na ampliação do seu âmbito de aplicação, o que explica o descompasso entre a repercussão jurisprudencial do princípio na jurisprudência europeia e na jurisprudência alemã, em que é farta a aplicação do princípio por parte dos Juízes e Tribunais. Isso não

impediu, no entanto, que o fato de o Princípio da Proteção da Confiança Legítima gozar de status de princípio de direito comunitário forçasse sua recepção no ordenamento interno de seus países membros, como foi demonstrado há pouco no caso francês.

5.5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ARGENTINO

A Argentina positivou a proteção à confiança legítima na sua Lei Nacional do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 19.549/72). Este diploma procura regular, em seus mais diversos dispositivos a invalidação de atos administrativos que contenham vícios de legalidade, estabelecendo para isso uma série de requisitos. Assim, observa-se que lá a discussão se prende mais às hipóteses de incidência do que é elencado pelo referido diploma, sem que seja necessária uma discussão mais densa de cunho principiológico²⁷.

Baptista (2006, p. 115) aponta para um importante julgado²⁸ que mostra que não basta a prática de um ato, por parte da administração, que importe numa frustração de expectativa. Tratava-se de caso em que uma empresa particular de tecnologia médica contraiu empréstimo em moeda estrangeira. No decorrer da vigência deste empréstimo, houve uma forte desvalorização da moeda nacional, o que, por evidente, onerou o caixa da empresa, que buscou no Judiciário uma reparação, argumentando que tinha uma confiança legítima na manutenção da política cambial.

Apreciando a questão, a Suprema Corte entendeu que a reparação pretendida não encontrava sustentação jurídica. Isso porque a realização do empréstimo havia sido um ato de livre-arbítrio da empresa, e qualquer decisão como essa implica consequências e riscos que devem ser sopesados antes da sua tomada. Ao tomar um empréstimo internacional, todo agente econômico deve estar ciente do risco cambial, que é uma constante em um ambiente econômico globalizado como o que existe hoje. Por isso, não

²⁷ Nesse sentido: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2003, p. 10.

²⁸ ARGENTINA. C.NAC. CONT. ADM. FEDERAL, Sala 1, Julg. 22/04/97, Lich, Coviello TIM-Tecnologia Integral Médica S.A.- c/ E.N.- Ministro de la Economía y outro. Causa 12.191/96. Disponível em: <www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>. Acesso em 27 out. 2009.

haveria, no caso concreto, uma legítima confiança por parte da autora que devesse ser objeto de reparação pelo Estado, já que essa proteção não se presta a servir de seguro contra flutuações econômico-cambiais.

Da análise da decisão, percebe-se que o componente da legitimidade da confiança é fundamental, como, aliás, também ocorre na esmagadora maioria dos países europeus que consagram a tutela da confiança. Assim, no caso em concreto, não foi concedida a reparação justamente porque não exista razão alguma para que a confiança depositada pela empresa pudesse ser considerada legítima e, portanto, objeto de proteção pelo ordenamento jurídico.

Como pode ser visto ao longo deste estudo, o estudo da proteção à confiança legítima no Brasil ainda é bastante incipiente. Apesar disso, porém, a partir da aplicação do instituto, poder-se-á inaugurar um novo padrão no relacionamento entre o Estado e a cidadania. Poder-se-á chegar a um regime jurídico muito mais estável, mais apto a garantir a segurança nas relações jurídicas, especialmente, como dito, entre Estado e cidadão. O Princípio da Proteção à Confiança Legítima reúne todas as condições para ser um dos maiores cânones do Estado de Direito e, portanto, um interessantíssimo instrumento de garantia dos direitos fundamentais.

6. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E AS FUNÇÕES DO ESTADO

Como foi possível observar quando se tratava aqui da gênese do princípio da Confiança, esta construção partiu de uma relação entre um particular e o Estado. Além disso, já há, hoje, na doutrina (especialmente estrangeira), uma série de discussões em curso tratando de como a tutela da confiança condiciona ou não o exercício das funções do Estado, a saber: a função administrativa, a legislativa e a jurisdicional. Em sendo assim, este trabalho não se furtará de agregar uma análise da questão, até para, definidos os principais contornos e a posição constitucional do princípio da Confiança, avaliar até que ponto pode-se constatar a sua eficácia. Assim, alinhavamos abaixo os principais pontos já abordados pela doutrina no cotejo do princípio da Confiança com as funções estatais.

6.1. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

Como se sabe, a função administrativa é, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 34), a função exercida pelo Estado “na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais, ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”. Em outras palavras, e simplificando muito o argumento do Ilustre Mestre, trata-se do exercício típico da função de governo, do exercício do Poder Executivo.

Considerando-se que é nos órgãos do Poder Executivo que se dá a maior parte das interações entre o Estado e o cidadão, é fundamental abordar a relação entre o Princípio da Confiança e o exercício da função administrativa.

Em suas relações com o Estado, o cidadão tem sempre a necessidade de encontrar algum grau de certeza. E a função administrativa, em diversas ocasiões, assume características que podem ser altamente ofensivas às legítimas expectativas do cidadão.

Por isso, espera-se sempre que o comportamento estatal seja leal, responsável. Em outras palavras, não está o Estado autorizado a assumir comportamentos dúbios, pouco transparentes ou motivados por intenções ocultas, valendo-se, no exercício da função administrativa (que, lembremos, nada mais é do que *dar fiel cumprimento à Lei*), de interpretações e técnicas de hermenêutica legal maliciosas, afastadas da ética.

A principal razão para isso é que, como assevera a totalidade da melhor doutrina administrativista²⁹, o ato administrativo goza da presunção de legitimidade, ou seja, presume-se, até prova em contrário, que ele foi editado com a fiel e estrita observância dos ditames legais aplicáveis. E, se é assim, é justo esperar que seus efeitos se prolonguem no tempo. Se o administrado cria, de boa-fé, a expectativa de um benefício concedido através de ato administrativo, temos que à Administração não é mais facultada a oportunidade de simplesmente anular o ato, ainda que ele tenha sido editado sem a mais fiel observância da Lei.

Daí porque a questão da revogação, anulação e invalidação dos atos administrativos é a principal fronteira doutrinária na discussão da incidência do princípio da Confiança Legítima no direito administrativo. Muito se debate sobre a manutenção de atos administrativos inválidos, situação na qual há um conflito aparente entre os princípios da Legalidade e o da Proteção à Confiança Legítima. É claro que, à primeira vista, é difícil conceber a relativização da legalidade, elemento basilar do Estado Direito e cânone sagrado do regime jurídico administrativo. Porém, a doutrina e mesmo a jurisprudência já nos oferecem a oportunidade de considerar hipóteses em que essa relativização pode ocorrer.

O fundamento para essa relativização repousa justamente na noção de Proteção à Confiança. É até evidente que a administração deve sempre primar pela legalidade, e que o interesse público primário demanda esta primazia. A invalidação de atos viciados é tributária a esta visão, por isso uma ferramenta legítima da qual o Estado deve sempre se valer. Porém, em determinados momentos, o interesse público poderá estar mais bem resguardado com a convalidação do ato, como ocorreu no famoso caso da “Viúva de Berlim”, já relatado. Em outras situações, pode-se anular o ato, mas mantendo apenas a incidência de efeitos *ex-nunc*, ou seja, impedindo que o ato inválido continue gerando

²⁹ Nesse sentido, asseveram Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello em seus Cursos.

efeitos, mas reconhecendo os efeitos gerados antes de sua invalidação. Por fim, pode haver ocasiões em que o melhor interesse público indicará que o administrado que teve reconhecidos direitos por meio do ato inválido seja indenizado pela mudança de planos que a invalidação o obrigaria a efetuar. Nesse sentido, podemos tomar novamente a lição de Maurer (2001, p. 86):

“(...) a proteção da confiança visa, em primeiro lugar, à proteção da existência. Contudo, também são possíveis soluções mediadoras que, por um lado, possibilitam a correção ou adaptação necessária, mas também, por outro, consideram o interesse da confiança do afetado. Em consideração entram soluções transitórias de tipos diferentes, ademais, indenizações para o prejuízo que o cidadão sofreu pela revogação de uma regulação estatal ou decisão”.

Outro exemplo de situação em que a função administrativa pode ir ao encontro à confiança do administrado se refere à estabilidade das decisões administrativas. Em outras palavras, o administrado tem todo o direito de esperar que o Estado decida de modo coerente quando instado a se manifestar sobre situações análogas. Por exemplo, tem o administrado o direito a confiar que um órgão arrecadador proceda igualmente em relação à incidência de um determinado tributo em um dado contexto fático. Sempre bom lembrar que nesse sentido opina o Professor J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 257).

Interessante anotar que não é só na invalidação de atos viciados ou em mudanças de interpretação da Lei que pode haver o confronto entre a função administrativa. Outras situações como essas existem e este trabalho buscará identificá-las e entendê-las em cada uma de suas especificidades. Podemos, porém, recorrer novamente a Maffini (2005, p. 223) para um esboço de roteiro para o enfrentamento de qualquer situação de aparente conflito entre os princípios da Confiança e o da Legalidade:

“A legalidade administrativa não pode ser considerada como um óbice à incidência do princípio da proteção substancial da confiança, mesmo quando se trata de preservação de condutas –

ou seus efeitos – inválidas. Isso porque, as noções de Estado de Direito e de segurança jurídica não estão sob, mas sobre ou ao lado do princípio da legalidade, impondo-se a ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica para que, em alguns casos, essa ceda à proteção da confiança com a estabilidade das relações jurídicas, ainda que inválidas. Ademais, o fundamento material da legalidade consiste justamente na busca por segurança jurídica, não se apresentando, pois, num fim em si mesmo. Dessa forma, sempre que a legalidade implicar em consequências que se contraponham ao seu próprio fim material, qual seja, a segurança jurídica, terá de ser ponderada com outros valores, como é o caso da proteção substancial da confiança, ensejando tal ponderação a possibilidade de preservação de atos ou efeitos decorrentes de comportamentos inválidos”.

Fica clara, portanto, a interação entre a função administrativa e o princípio da Confiança.

6.2. A FUNÇÃO LEGISLATIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

É muito incipiente, no Brasil, o estudo das relações entre o Princípio da Confiança e a função legislativa, a tal ponto que a produção doutrinária sobre o tema é quase nula. Isso não significa, porém, que não se possam buscar aproximações entre este princípio e a atividade legislativa.

O exercício da função legislativa tem como sua principal especificidade em relação às outras funções estatais justamente o caráter da inovação. A Administração, como é sabido, por força do princípio da Legalidade, está restrita em sua atuação à realização concreta dos atos legais previstos em seu regime jurídico. Já o Judiciário busca aplicar a Lei ao caso concreto, ou seja, também tem sua atuação restrita ao quadro normativo anterior, enquanto que ao Legislador é facultada a possibilidade de inovar no

Ordenamento. É claro que isso não significa que não haja limites postos ao exercício da legislação, entre os quais se destaca a necessidade de harmonia dos atos legislativos com o quadro constitucional.

O principal instrumento constitucional a limitar a ação legislativa, no que toca à confiança depositada nas Leis e no Sistema Jurídico como um todo, seria justamente o do princípio da Segurança Jurídica, e em particular o da Proteção à Confiança. A segurança jurídica, como característica elementar que é do Estado de Direito deve ser vista como uma das fundações de qualquer elemento novo no Sistema Jurídico.

Lamentavelmente, vivemos hoje um contexto em que a instabilidade representada pela elevadíssima produção de normas (tanto mais se considerarmos que hoje o bloco de legalidade vai além da Lei em sentido estrito, abarcando também tratados internacionais, regulamentos, normas contratuais, etc.) não prestigia a segurança jurídica. Nos claros dizeres de Patrícia Andréa Baptista (2006, p. 58), temos que

“(...) a inflação legislativa, a instabilidade das leis e a imprecisão de seu conteúdo são fatores que contribuíram para que a legalidade deixasse de ser a única expressão da segurança jurídica”.

Em sendo a tutela da confiança um princípio informador de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, temos que ela deve ser constantemente observada pelo Legislador no exercício de suas atribuições. É claro que não se admite que não se possam mudar as Leis, muito pelo contrário, é interessante que elas acompanhem as mudanças na dinâmica das relações que elas regulam. Porém, sempre que o interesse público indicar a necessidade de mudança, deve-se levar em conta as expectativas que foram criadas pelo regime anterior.

A principal frente que se pode vislumbrar, portanto, para a incidência do princípio da Confiança na função legislativa é a expectativa de direito. Expectativa de direito é a etapa que antecede a aquisição de um direito qualquer. Ocorre quando um particular inicia as etapas ao final das quais uma prerrogativa passará a integrar o seu patrimônio jurídico. A aquisição do direito ainda não ocorreu, porém a prática de certos atos cria a expectativa de que em um dado momento ela ocorrerá.

Não é difícil perceber que a expectativa de direito comporta a formação de expectativas legítimas, fundadas na mais evidente boa-fé. Exemplo clássico são as regras de aposentadoria, aliás, objeto de menção por parte da Professora Odete Medauar, quando do levantamento de possíveis repercussões do Princípio da Confiança (2005, p. 119). Rafael Maffini cita ainda as novas exigências trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004 para o acesso às carreiras da Magistratura e do Ministério Público (2005, p. 15). Diz Medauar (2005, p. 119), ao comentar as possíveis frustrações de expectativas decorrentes de mudanças no regime previdenciário dos servidores públicos: “Além dos direitos adquiridos discute-se a questão das expectativas, que se inserem, sobretudo, no âmbito da chamada legítima”.

Percebe-se que a Professora repercute a citada norma inscrita no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal, que dispõe que:

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

Se o texto constitucional não estendeu esta proteção à expectativa de direito, não se constitui nenhum exercício de argumentação *ad absurdum* cogitar da proteção do princípio da Confiança a essas expectativas. Se um cidadão toma decisões com repercussões no longo prazo, esperando reunir as condições exigidas para passar a fruir de um direito, baseado no quadro normativo em vigor, pode-se vislumbrar, sem dificuldade, a presença de confiança legítima de que as condições para a aquisição desse direito não sejam agravadas.

Canotilho (2003, p. 259) vai além, especificando o alcance da proteção da confiança e da segurança jurídica na função legislativa no dever de clareza das Leis, bem como na proibição da retroatividade dos efeitos da Lei. Os temas propostos pelo autor em referência a essa questão já foram abordados quando da menção ao princípio da Segurança Jurídica e, neste ponto, apenas voltamos a lhes dar realce.

Assim, percebemos que a ação do Legislador tem como limite bastante claro a tutela da confiança. Por isso, quando da indubitável necessidade de mudança legislativa, em especial quando esta mudança possa frustrar expectativas legítimas do particular, é

essencial e obrigatória a adoção de medidas mitigadoras, com fundamento na proteção á confiança legítima.

Felizmente, há técnicas aptas a socorrer o Legislador no seu encargo de produzir Leis de qualidade, ou seja, Leis que sejam claras e previsíveis, aptas a resguardar todas as dimensões da Segurança Jurídica, inclusive a tutela da confiança legítima. Entre elas, a principal é a Legística³⁰, assim conceituada por Carlos Blanco de Moraes (2007, p. 70):

“(...) ramo da Ciência da Legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo [sic] dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescritivo das leis.”

Em termos coloquiais, como afirma Assunção Cristas (2006, p. 78), trata-se da arte de bem fazer Leis. O atual momento de valorização deste ramo da ciência jurídica é, na nossa visão, resultado da crescente preocupação com a qualidade das Leis, dado o processo de inflação legislativa, e os riscos por ela representados à segurança jurídica.

Para Cristas, comporta a Legística duas dimensões: a material, que “visa à concepção do ato normativo – o planeamento, a necessidade, a utilidade, a efetividade e a harmonização com o restante do ordenamento” (CRISTAS, 2006, p. 79) e a formal, que cuida da arte de bem redigir as Leis.

Pormenorizando a dimensão material da Legística, com fundamento na obra de Soares, temos que ela se ocupa do processo de tomada de decisão legislativa, avaliando seu impacto no ordenamento, de modo a garantir a sua efetividade enquanto instrumento de regulação de relações humanas. Assim, trata-se de ferramenta que incrementa a qualidade da produção legislativa ao oferecer um instrumento para avaliar a pertinência de se exercer a função legislativa, ou, em outras palavras, para avaliar se aquela “lei potencial” é capaz de preencher o espaço vazio que, em tese, dá causa à sua criação. Nos dizeres de Cristas (2006, p. 82),

³⁰ Na realidade, a Legística é uma das questões abordadas pela chamada Ciência (ou Teoria) da Legislação, se ocupando da necessidade de qualidade da Lei. Sobre a Ciência da Legislação, destaca-se entre nós a Tese de Doutorado de Rubens Naman Rizek, à qual nos referiremos logo abaixo.

“A avaliação legislativa corresponde, assim, ao registro e cálculo de efeitos potenciais ou reais que não são simplesmente impressivos ou intuitivos, antes observam certos padrões de exigência, que passam por se basear: em declarações e juízos cujos fundamentos são acessíveis e verificáveis; num processo sistemático destinado a registrar todos os fatos relevantes e numa preocupação pelo estabelecimento objetivo de nexos causais entre a legislação e os fatos observados (ou observáveis), de maneira a afastar visões fragmentadas ou influenciadas por interesses particulares”.

Já a Legística formal, como dito, se ocupa do processo de redação das leis. Assim, atua nos processos comunicativos desencadeados pela edição da norma, buscando adotar formas de melhorar o alcance e compreensão dos termos da lei por parte de seus destinatários. Interessante analogia fez Rubens Naman Rizek Júnior (2009, p. 163), ao comparar o texto legal a uma fotografia. Para o autor, o texto legal demanda o uso de boa técnica na sua redação para representar fielmente o conteúdo da decisão legislativa, tal como ocorre na reprodução de uma imagem por uma fotografia. Da mesma forma, Rizek aponta ainda como atributo da Legística formal o esforço de coordenação e reorganização do “amontoado de leis”, esforço que reputamos da maior importância.

Além dessas dimensões, Carlos Blanco de Moraes identifica ainda a Legística Organizativa. Para ele, a Legística organizativa “ocupa-se do estudo do modelo de gestão pública da qualidade dos programas legislativos, passível de ser adotado pelos órgãos legiferantes” (2007, p. 70), e relaciona-se à chamada *governança normativa*. Estuda a interação entre as diversas instituições do poder político e a produção normativa no sentido de dar a ela um sentido de organização. Sintetizando o tema, Rizek (2009, p. 165) dá a palavra final:

“A criação de modelos de conduta, o desenvolvimento de instrumentos metodológicos, a formulação de indicadores e o desenho de uma arquitetura operacional dedicada à qualidade legislativa é a tarefa mais importante da Legística. É nesse aspecto que esse novo campo do conhecimento dá a sua mais útil contribuição: fornecer os elementos técnicos para a

construção de um processo legislativo organizador que funcione paralelamente ao processo legislativo criador”.

De todo o exposto, fica evidente a relevância da Legística na qualificação da produção normativa. E como tal, também a sua conexão com o princípio da Confiança. Ao propiciar um significativo incremento de qualidade no produto final do exercício da função legislativa, a Legística se torna um instrumento na proteção às expectativas criadas a partir do Direito escrito. Evidentemente que a possibilidade de alteração no quadro normativo é uma constante. Isso não impede, entretanto, a formação de expectativas legítimas por parte do cidadão, e a faculdade de inovar no ordenamento jurídico não autoriza o Legislador a ignorar essas expectativas. E isso se deve, inclusive, dada a dimensão constitucional do princípio da Confiança, já que a Constituição é o grande norte da atuação do Poder Legislativo, conformando a sua atuação futura. Toda lei editada sem a devida atenção ao princípio da Confiança é flagrantemente inconstitucional.

6.3. A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

Tal qual ocorre no tocante à relação entre o Princípio da Proteção à Confiança Legítima e a função legislativa, temos aqui uma produção doutrinária bastante tímida. Há uma interessante diversidade de trabalhos abordando a relação entre a segurança jurídica e a função jurisdicional, que, no entanto, parece ignorar a intrínseca conexão entre o tema e o Princípio da Proteção da Confiança Legítima. Isso não impede, no entanto, que, seja constatada uma clara conexão entre a proteção à confiança e atos jurisdicionais.

A jurisprudência é fonte do direito, tanto quanto a Lei. Dessa forma, podemos afirmar, sem qualquer dúvida, que ela é um instrumento de modulação do comportamento, principalmente quando se cuida das relações entre o particular e a Administração. Assim, entendimentos antigos, consolidados, são verdadeiras normas, e podem facilmente criar expectativas absolutamente legítimas no particular. Por exemplo, o Judiciário reitera decisões em série no sentido de que um determinado fato

não dá causa à incidência de um tributo, ou então, numa situação até mais grave, não constitui fato típico e, portanto, crime. Parece totalmente justo que esse entendimento sirva como uma verdadeira autorização para que o particular pratique esses atos sem maiores preocupações. E, dada a reiteração de decisões no mesmo sentido, como negar o surgimento de uma expectativa na sua perpetuação? Assim, nos filiamos sem ressalva ao entendimento de Araújo (2009, p. 174) no sentido da admissibilidade da aplicação do princípio da Confiança à função jurisdicional do Estado.

Analisando o tema, Canotilho (2003, p. 264) aponta para duas frentes de aproximação entre a proteção da confiança e a atividade jurisdicional. A primeira delas é a coisa julgada.

Como já dissemos aqui, a Constituição Federal tutela a coisa julgada. Essa tutela encontra a sua razão de ser na necessidade de conferir autoridade ao julgado, que perderia completamente a sua função (que, na realidade é dirimir conflitos sociais), caso não tivesse os atributos necessários a obrigar a sua observância pelos litigantes.

Com a autoridade de Magistrado, o Professor Walter Nunes da Silva Júnior (s.d., n.p.) afirma:

“A característica fundamental da jurisdição é a definitividade na resolução dos conflitos, o que a diferencia, sobremaneira, das demais funções estatais, pois é da própria natureza das atividades legislativas e administrativas a mutabilidade de seus atos.

Isso porque o poder-dever de dirimir os conflitos surgidos no corpo social, por imperativo de segurança jurídica, há de ser definitivo, resolvendo, de uma vez por todas, a querela que estava pendente. Se o deslinde da contenda não se revestisse da autoridade de definitividade, não se alcançaria a pacificação social, porquanto os descontentes retornariam a litigar perante o Judiciário, tornando instável a relação jurídica”.

Considerando que a fórmula da juridicidade foi eleita pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV³¹, como o principal mecanismo de solução de conflitos e controvérsias na sociedade, temos que é absolutamente natural que, uma vez percorrido o verdadeiro périplo que hoje é a busca de um pronunciamento jurisdicional definitivo, o cidadão tenha confiança de que aquela decisão não venha a ser derrubada, tendo o seu cumprimento assegurado e a sua efetividade blindada contra qualquer ataque. Assim sendo, pela via da proteção à coisa julgada, preserva-se a confiança legítima do cidadão na eficácia e na definitividade do deslinde do julgamento pela autoridade jurisdicional.

Outra frente, e esta muito espinhosa, se refere à uniformidade das decisões judiciais. Em sendo, como é sabido, a jurisprudência fonte de direito, pronunciamentos sucessivos no mesmo sentido geram a percepção de que, sem mudanças normativas, não haverá alteração de entendimentos. Em particular nos escaninhos do direito tributário, a estabilidade da jurisprudência é vista por alguns como um direito dos contribuintes. No entanto, ao comentar a questão, ainda que brevemente, Canotilho (2003, p. 264) afirma não existir esse direito, pois, na visão do autor, é da própria natureza do exercício da função jurisdicional que os juízes decidam, com base na Lei, mas de acordo com sua consciência.

No entanto, entendemos que num contexto como o criado pela Emenda Constitucional 45/04, que instituiu no Brasil a figura da Súmula Vinculante, há espaço para maiores discussões acerca das possíveis repercussões da Proteção à Confiança Legítima nas mudanças jurisprudenciais.

Não se nega, de forma alguma, que a construção de uma decisão judicial é um processo dinâmico, informado pelo princípio do amplo acesso aos meios de prova como ferramenta para influenciar o livre convencimento do magistrado. Da mesma forma, é absolutamente inegável que é esse processo que garante a oxigenação e, portanto, a evolução do direito. O juiz é livre para decidir conforme a sua consciência, a partir das provas trazidas aos autos pelas partes envolvidas na lide. Porém, quando se cuida de caso cujos pressupostos materiais já foram antes vistos e revistos pelos Tribunais³², a

³¹ É o texto do dispositivo: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³² Aqui, usamos a palavra Tribunais, mas não deixamos de considerar também juízos de primeiro grau, em que pese o fato de que pronunciamentos de Cortes mais altas sejam os principais veículos criadores de expectativas tuteladas pelo princípio da Confiança. Da mesma forma, entendemos que a confiança se

manutenção dos entendimentos já consolidados é quase um direito do administrado. Tanto é assim que o Superior Tribunal Federal alemão decidiu que um Tribunal tem por dever se manter fiel às orientações tomadas no passado, em atenção aos princípios da Segurança Jurídica e da Confiança. Mudanças nessas orientações só são admitidas no caso de manifestas *razões imperativas* (ARAÚJO, 2009, p. 184). Entre nós, destacada a posição de Luis Roberto Barroso (2006, p. 272), que diz:

“Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados.”

Justamente por não pretender amarrar a atuação das Cortes, de modo a proibir peremptoriamente que a jurisprudência evolua, é que o Princípio da Confiança deve ser levado na mais alta conta quando da rara, porém possível e até natural, circunstância em que seja realmente o caso de se superar um entendimento consolidado. Porém, não existe na doutrina um consenso sobre como se deve agir diante dessas situações de modo a preservar a confiança depositada pelo administrado naquele precedente.

E o tema ganha especial relevo na circunstância atual de expansão dos horizontes de ação do Poder Judiciário. O chamado ativismo judicial, que tem ganho enorme atenção dos constitucionalistas, até por ter no exercício da chamada Justiça Constitucional o seu campo maior de ocorrência, abre uma seara de alta periculosidade para a segurança jurídica e portanto para a tutela da confiança. Celso Lafer, ao prefaciar obra de Elival da Silva Ramos sobre o tema, que será abordada a seguir, destaca a preocupação acerca do desdobramento e as consequências do fenômeno, tanto no que toca o valor da separação de poderes, já sobrevoada anteriormente, quanto no “valor da segurança jurídica num estado de direito” (LAFER, 2010, p. 09).

A verdade é que casos recentes e rumorosos têm funcionado como plataformas de ação política para o poder Judiciário. De todos, o campo político-eleitoral é o que tem se revelado mais fértil para esse florescimento. Apoiado na expansão da chamada Justiça

reforça em caso de precedentes antigos e consolidados, mas mesmo uma decisão isolada pode dar causa à formação de uma confiança digna da proteção do Ordenamento.

Constitucional³³ e ainda, particularmente, da competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, temos que o Poder Judiciário operou uma verdadeira reforma política, superando assim a inanição do Poder Legislativo. Sobre o tema, lapidar é a lição de Monica Herman Salem Caggiano (2009, p. 111):

“Assim, o espectador pode acompanhar a própria **Reforma Política-** diante da postura de letargia do Poder Legislativo- **vir a ser parcialmente cumprida pela interveniência do Judiciário.**” (grifos da autora).

Dada a crescente atenção da doutrina sobre o tema, gerando uma intensa produção de estudos e publicações, e considerando que o ativismo judiciário tem enorme potencial de interação com a tutela da confiança legítima, buscaremos uma abordagem mais próxima a ele.

O primeiro ponto a ser levantado é a teoria da separação de poderes, à qual já nos referimos quando da introdução deste trabalho. Quando o fizemos, ressaltamos o seu papel na caracterização do Estado de Direito. Porém, ao analisar o tema com mais vagar, é importante ter em mente que a tripartição não implica uma separação estanque entre as funções do Estado. É claro que cada um dos Poderes tem por ofício uma das funções estatais, porém, é totalmente natural, e saudável até, que em algumas situações, as fronteiras estanques da tripartição sejam rompidas, e as funções alheias a cada um deles sejam exercidas de modo atípico.³⁴ Quando esse rompimento se torna sistemático, porém, surge um elemento perturbador da vida democrática.

É isso que ocorre quando o Poder Judiciário abandona as suas funções primordiais e se propõe a exercer as funções alheias a ele. E isso a doutrina tem nomeado *ativismo judiciário*. Nos termos expostos por Ramos, mais do que o exercício indiscriminado de outra função estatal, trata-se da “incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 84).

Luis Roberto Barroso (s.d., n.p.), no entanto, mesmo considerando o ativismo uma patologia, consegue, num esforço notável, enxergar pontos positivos na prática ativista.

³³ Isso não significa, de modo algum, que o fenômeno se restrinja à seara constitucional. Sobre o tema, v. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

³⁴ Não fosse assim, por exemplo, o Poder Legislativo teria de se socorrer do Poder Executivo o tempo todo até para tarefas básicas como a aquisição de bens e serviços.

Afirma que na realidade o Judiciário atende a uma demanda social, em regra congelada em gavetas do Parlamento. O ativismo seria, assim, um mecanismo de oxigenação da vida política, apta a superar a crise do Legislativo, constituindo-se no que Caggiano (2009) chama de “contraponto ao bloco monocolor Executivo-Legislativo”. Já Gisele Cittadino (2004) argumenta no sentido de que os tribunais têm por função a síntese dos valores constitucionais estabelecidos pelo povo, e como tal não mostrando, *a priori*, temor em relação às práticas ativistas. Alerta, porém, para os limites dessa síntese:

“os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir decisões corretas e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos” (CITTADINO, 2004, p. 109)

Não se trata aqui, portanto, de negar o caráter inovador do exercício da função jurisdicional. Ele é natural, e até saudável, como mostra a obra de Cittadino. Como bem anota o Prof. Elival Ramos, a decisão judicial tem um caráter normativo que não se limita a reproduzir os dizeres da Lei, mas sim os enriquecem ao buscar a subsunção do fato à norma, ou, em outras palavras, concretizando o ditame legal. O que define o ativismo judiciário, e, aliás, o torna perigoso, é justamente, é o extravasamento da limitada cota de liberdade de criação do direito que é facultada ao Magistrado no contexto da tripartição dos poderes. Resumindo o tema, anota o autor:

“Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.” (RAMOS, 2010, p. 87)

O ativismo surge, portanto, quando o Magistrado excede e ultrapassa os limites de sua atuação. Concretamente, isso ocorre quando a interpretação de determinada norma se distancia de seus limites, associando a ela significados incompatíveis com o seu conteúdo ou mesmo ao buscar o seu desdobramento quando este deve vir veiculado por

Lei (RAMOS, 2010, p. 213). Ao fazer isso, em geral se aporta o Magistrado na seara de outro Poder, atentando contra a própria democracia. Isso porque, além da questão da separação funcional dos Poderes, temos que juízes não têm legitimidade para a tomada de decisões políticas tais como a questão da verticalização das alianças partidárias e a greve no serviço público, para citar rumorosos casos recentes de ativismo. Por mais que se reconheça o natural conteúdo político da ação do judiciário (como concretizar normas como o direito à dignidade humana sem recorrer a argumentos de cunho político?), exige-se uma atuação fundamentalmente técnica do órgão judicante, deixando a tomada de decisões políticas àqueles que contam com a legitimidade conferida pelas urnas.

Assim, não se cogita questionar a relevância do exercício dos poderes de controle de constitucionalidade na realização dos direitos fundamentais e no aperfeiçoamento do regime democrático. Porém, é muito legítimo questionar até que ponto cabe ao Poder Judiciário, ainda que a título de “interpretação constitucional”, fundamentando-se em princípios de conteúdo extremamente aberto, exercer tarefas de cunho político como estabelecer regras para coligações partidárias, número de parlamentares em câmaras municipais, ou mesmo, agora extrapolando a seara eleitoral, regular o uso de algemas por agentes policiais, estabelecer regras de exclusão de ilicitude no crime de aborto não elencadas pelo Código Penal, vedar a contratação de parentes de autoridades para cargos em comissão no Poder Público, apenas para levantar alguns exemplos de decisões recentes.

Ora, se o Princípio da Confiança, enquanto dimensão subjetiva da segurança jurídica exige previsibilidade do direito, não será o ativismo judiciário o melhor caminho para superar a atual crise do Parlamento enquanto ente produtor de normas e caixa de ressonância da vontade geral da nação. Pelo contrário, a edição de decisões fundadas em interpretações constitucionais pouco ortodoxas, muitas vezes contrariando expressamente textos legais serve muito mais à insegurança, deixando desassistidos aqueles que, com razão, confiaram na validade de normas em pleno vigor³⁵, até porque o Princípio da Confiança exige aplicação lógica e sistemática para sua concretização, e não aplicações casuísticas e diretas do Princípio, supostamente para dar concretude a disposições constitucionais que, na realidade, possuem características programáticas.

³⁵ Isso não significa que neguemos alguns avanços propiciados pelo ativismo judicial. Apenas entendemos que o saldo é negativo, isto é, o ativismo carrega em si muito mais riscos do que benefícios.

Como já dito anteriormente, regras existem e dão previsibilidade ao direito e, portanto, incrementam a condição geral de segurança jurídica do sistema.

Retomando o caminho da proteção à confiança no exercício regular e ordinário da função jurisdicional, temos que questão passível de controvérsia é a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial, seja em sede de controle de constitucionalidade ou no exercício ordinário da jurisdição. Abordaremos inicialmente o controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, ao repercutir a lição de Elival da Silva Ramos, há que se anotar que a possibilidade de modulação de efeitos temporais é característica do modelo norte-americano e do modelo europeu de controle de constitucionalidade. No segundo, temos que a sanção cominada à declaração de inconstitucionalidade é a anulação, mantendo, durante certo tempo, a condição de manter a produção de efeitos jurídicos, modulando, por conseguinte, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Já no primeiro, aponta o referido professor, é a nulidade a sanção, resultando na “inviabilidade congênita e decorrente inaptidão absoluta para produzir efeitos” (RAMOS, 2010, p. 137). Disso decorre uma “aparência de retroatividade radical” (RAMOS, 2010, p. 137), que implica numa desconsideração peremptória da possível confiança que o administrado, destinatário final da Lei, possa ter depositado em sua aparente validade (não custa lembrar que só após decisão judicial é facultado o descumprimento da suposta Lei inconstitucional). Assim, naqueles Estados onde impera o sistema estadunidense, como é o caso do Brasil, é necessário que o sistema de controle preveja um mecanismo de modulação dos efeitos temporais da decisão, prestigiando, portanto, a tutela da confiança, e mesmo a segurança jurídica. No caso do Brasil, temos que o legislador ordinário cuidou do assunto (art. 27, Lei 9.868/1999³⁶), enquanto que em Portugal tal tarefa restou cumprida pelo próprio legislador constituinte (art. 282, n.4)³⁷.

Sobre o caso brasileiro, Ramos afirma que até a edição da citada Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, caso quisesse o Excelso Pretório modular os efeitos de eventual

³⁶ A mesma faculdade está prevista na Lei 9.882/1999.

³⁷ A esse propósito, Ramos discorre sobre a possível inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, inclusive pendente de julgamento junto ao STF pela via do controle concentrado (ADI n. 2.258), argumentando que a sanção de nulidade da Lei declarada inconstitucional é um preceito implicitamente constitucional e, portanto, não poderia ser relativizado por Lei ordinária. Sem adentrar no mérito da questão, concordamos com o citado Professor no sentido de que deveria o STF julgar primeiro a constitucionalidade do dispositivo e, depois, caso o entendesse constitucional, aplicá-lo, posto que existe uma evidente relação de prejudicialidade entre o pendente julgamento da ADI 2.258 (que tem por patrocinador o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) e a aplicação do dispositivo.

declaração de inconstitucionalidade, teria de recorrer à técnica da ponderação de princípios. Depois disso, afirma o mesmo escriba, o ato que modula os efeitos temporais da decisão, na realidade, convalida parcialmente o ato sancionado (RAMOS, 2010, p. 139). Questão de difícil resolução é a medida da modulação. Se a mera imposição de efeitos *ex nunc* não traz maiores questionamentos, mais difícil é a sua extensão a períodos diferentes, que exige farta motivação.

Se, de um lado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade não cabe cogitar da impossibilidade de modulação face à expressa autorização legal, na doutrina discute-se se poderia o Judiciário modular os efeitos temporais de suas decisões em sede de controle difuso.

Diante da omissão legislativa, temos que o Excelso Pretório, ao julgar o RE 197.917-8-SP³⁸ (sob relatoria do Ministro Maurício Correa), admitiu a possibilidade de modulação temporal fora das hipóteses expressamente previstas em Lei. Na nossa visão, porém, andou mal o STF, assim como asseverou RAMOS (2010, p. 141). Se quis o legislador admitir duas hipóteses de modulação, é possível se entender que essa possibilidade se restringe a apenas essas hipóteses, já que a presunção de nulidade da Lei inconstitucional goza, entre nós, de status constitucional, e portanto deve ser utilizada como regra, deixando a modulação para situações extraordinárias, quais sejam, aquelas previstas em Lei. Além disso, como bem anota Ramos (2010, p. 141), a modulação exige uma avaliação ampla do contexto geral das relações jurídicas que se originaram da Lei inconstitucional, “o que exclui a possibilidade de proceder à convalidação dos dispositivos ou normais sancionados unicamente para a situação singularizada em contencioso subjetivo”.

Essa aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 se afigura ainda mais sem sentido quando se tem em mente que o próprio STF, através de sua primeira turma, ao julgar Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 474.335-6/RJ, em voto do Ministro Eros Roberto Grau, depois do julgamento do citado Recurso Extraordinário, asseverou que a aplicação do dispositivo não pode se dar fora das ações direta de inconstitucionalidade e/ou declaratória de constitucionalidade.

³⁸ Esse caso, aliás, é um dos baluartes do ativismo judicial no Brasil, conquanto o STF, em sede de controle abstrato, mudou a regra limite do número de Vereadores nas Câmaras Legislativas Municipais brasileiras.

7. CONCLUSÕES

A tarefa de oferecer conclusões a este trabalho nada tem de simples. A extensão e a relevância do assunto aqui tratado torna cada trecho do estudo importante a ponto de, como dito, dificultar a extração de conclusões. A despeito disso, a seguir fazemos aproximações nesse sentido.

Em primeiro lugar, é fundamental revisitar uma premissa deste trabalho, qual seja, o fato de que as relações entre cidadão e Estado não chegaram ao “Fim da História”, para usar o conhecidíssimo termo de Francis Fukuyama (1992). Isso quer dizer que, a despeito dos avanços da democracia liberal, ainda são necessários controles aptos a proteger o cidadão contra o poder do Estado, mesmo que esse poder seja exercido dentro de parâmetros de normalidade.

O pensamento jurídico, no Brasil, sempre dedicou grande atenção à tutela do direito adquirido (e de seus distintos acompanhantes, coisa julgada e ato jurídico perfeito), sem, contudo, dedicar a mesma atenção para as etapas anteriores à aquisição do direito. Acabou, assim, por deixar de regular um processo importantíssimo no contexto de relações sociais complexas como o que se vive hoje: há um processo subjetivo anterior à aquisição do direito, no qual o particular avalia o quadro normativo e a partir dele toma suas decisões. Neste processo, o passo mais decisivo é a formação da confiança de que aquele ambiente se manterá estável.

Importante anotar que o processo de revisão de decisões estatais nada tem de ilegítimo ou irregular. Ele é inerente ao regime democrático e, em regra conduz a um incremento na maturidade do regime, a uma evolução nas suas regras. Para retomar um exemplo oferecido ao longo do texto, não se pode negar que a exigência de experiência em atividade jurídica anterior para os postulantes aos cargos da Magistratura contribui para o acesso de juízes mais maduros e com mentalidade mais aberta. Porém, é igualmente inegável que muitos tenham organizado o início de suas vidas profissionais com base no sistema de regras vigentes anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004. Ao mudar as exigências, muitos podem ter se sentido alijados de suas expectativas legítimas. Não é possível simplesmente ignorá-los. Isso não amarra a Administração nem impede a evolução do Direito. Pelo contrário.

O princípio da Proteção à Confiança Legítima representa um formidável avanço nesse sentido. Ainda que esteja o Estado agindo dentro da legalidade, como no caso de uma mudança de regime jurídico, na decretação de nulidade de um ato com vício de legalidade, ou mesmo na mudança de um entendimento jurisprudencial já consolidado, a formação de uma confiança legítima por parte do Administrado já merece ser protegida pelo Direito. Não pode o particular arcar sozinho com o preço da mudança que frustra a sua confiança.

Faceta subjetiva do princípio da Segurança Jurídica, e, por isso, dotado de *status* constitucional, o princípio da Proteção à Confiança Legítima tem o poder de exigir, em patamar de igualdade a sua harmonização com outros postulados constitucionais, tal como o princípio da Legalidade. Este processo deve sempre ter em conta que o princípio da supremacia do interesse público não é uma carta branca para o Estado, um título que o autorize a desconsiderar as expectativas do particular. Aliás, tutelar a confiança deste particular é uma forma de prestigiar o interesse público em sua dimensão mais primária, por garantir um maior grau de segurança ao sistema, devendo ser aplicado indistintamente quando do exercício de todas as funções do Estado. O processo de tomada de decisão deve sempre buscar a otimização dos interesses em conflito, podendo, para isso, valer-se de soluções intermediárias sempre que necessário, bem como de soluções aptas a recompor o patrimônio do Particular na exata medida da expectativa frustrada.

8. BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. (Org.). *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AL FINI, Muhammad. Rapport sur la Constitution Koweitienne et la Securite Juridique. TABLE RONDE INTERNATIONALE, XVe, 1999, Aix-en-Provence. *Constitution et Securité Juridique: Documents Provisoires*. Aix-en-Provence: Institut D'Études Juridiques Ibériques et Ibéro-Américaines, Centr de Droit et de Politique Comparés e Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, 1999, p.129-135.
- APPOLINÁRIO, F. *Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico*. São Paulo, Atlas, 2009.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- ARGENTINA. C.NAC. CONT. ADM. FEDERAL, Sala 1, Julg. 22/04/97, Lich, Coviello *TIM- Tecnologia Integral Médica S.A.- c/ E.N.- Ministro de la Economia y outro*. Causa 12.191/96. Disponível em: <www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>. Acesso em 27 out. 2009.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- ATANGANA ETEME, Emeran. *L'arret Damme Cachet*. Disponível em <<http://www.atangana-eteme-emeran.com/spip.php?article5312>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2012.
- ÁVILA, Humberto. Princípios e Regras e Segurança Jurídica. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, nº 1, jan/mar. 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1979, Vol. I.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.
- _____. *A Tutela da Confiança Legítima como limite ao exercício do Poder Normativo da Administração Pública*. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11,

- julho/agosto/setembro de 2007. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 24 out 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. 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*, nº 2, abr/jun, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BERGE, Gio ten e WIDDERSHOVEN, Rob. *The principle of legitimate expectations in Dutch Constitutional and Administrative Law*. Disponível em <www.library.uu.nl/publiarchief/jb/congres/01809180/15/b22.pdf>. Acesso em 24 out 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- _____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo. *RDT* nº 63. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 10ª edição, 1973, 7ª reimpressão, 2001, vol. 1.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo. In: MORAES, Alexandre de. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Legislação Eleitoral e Hermenêutica Política X Segurança Jurídica*. Barueri-SP: Manole, 2006.
- _____. Federalismo Incompleto: Descentralização e Indefinição de Competências. In: *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, ano 1, n.2. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/num2_ano1.html>.
- _____. *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*. Barueri: Manole, 2004.
- _____. *Oposição na Política*. São Paulo: Madras/ Angelotti, 1995.
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif General*. Paris: LGDJ, 2001.
- CHEVALLIER, Jaques. *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 1992.
- CITTADINO, GISELE. Poder Judiciário, ativismo e democracia. In: *Revista ALCEU* - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Segurança Jurídica e vinculação das decisões judiciais: análise da relação entre a formação da coisa julgada e a súmula vinculante no direito brasileiro*. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo, 2007.
- CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer leis. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Os Princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (USA), Harvard University Press, 1978.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *A Democracia no Limiar do Séc. XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FRANÇA. Conseil d'État, 3 de dezembro de 2001. "Syndicat National de l'industrie pharmaceutique et autres". *Revue française de droit administratif*, 2002.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 12ª edição, 2004, vol. 1.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2003.
- KNAPP, Blaise. Constitution et Sécurité Juridique. TABLE RONDE INTERNATIONALE, XVe, 1999, Aix-en-Provence. *Constitution et Sécurité Juridique: Documents Provisoires*, v. I. Aix-en-Provence: Institut D'Études Juridiques Ibériques et Ibéro-Américaines, Centr de Droit et de Politique Comparés e Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, 1999, p. 145-157.
- LAFER, Celso. Prefácio a RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- LEMBO, Cláudio. *A Pessoa: seus direitos*. São Paulo: Manole, 2007.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Tese de Doutorado- Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.
- MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 40, jan/mar. 2008, p. 11-19.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. Brasília: *Revista CEJ*, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.
- MASSON, Antoine. *Droit Communautaire: droit institutionnel et droit matériel*. Brussels: Larcier, 2008.
- MATHIEU, Bertrand. Constitution et Sécurité Juridique. TABLE RONDE INTERNATIONALE, XVe, 1999, Aix-en-Provence. *Constitution et Sécurité Juridique: Documents Provisoires*, v. I. Aix-en-Provence: Institut D'Études Juridiques Ibériques et Ibéro-Américaines, Centr de Droit et de Politique Comparés e Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, 1999, p. 49-98.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Importância do Direito Administrativo comparado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5619>>. Acesso em: 26 maio 2011.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- _____. *Direito Administrativo Geral*. Barueri: Manole, 2006.
- McGILVRAY, Stuart Angus. *Making sense os substantive legitimate expectations in New Zealand Administrative Law*. Disponível em <www.otago.ac.nz/lae/oylr/2007/mcgilvray.pdf>. Acesso em 24 out 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Segurança Jurídica e Confiança Legítima*. In: ÁVILA, Humberto. (Org.). Fundamentos do estado de direito : estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.
- _____. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLERAY, Fabrice. La revanche d'Emmanuel Lévy? L'introduction du principe de protection de la confiance legítima em droit public français. In: *Droit et société*, nº 56-57, p. 143 a 149.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. (coord). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legislação: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Editora Verbo, 2007.
- PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. *O controle da constitucionalidade e a segurança jurídica*. Dissertação de Mestrado: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo, 2005.
- PIZZORUSSO, Alessandro e PASSAGLIA, Paolo. *Constitution et Sécurité Juridique*. TABLE RONDE INTERNATIONALE, XVe, 1999, Aix-en-Provence. *Constitution et Sécurité Juridique: Documents Provisoires*. Aix-en-Provence: Institut D'Études Juridiques Ibériques et Ibéro-Américaines, Centr de Droit et de Politique Comparés e Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, 1999, p.105-128.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REINO UNIDO. *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*. [1969] 2 Ch. 149 (C.A.)
- RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. Vol. 1. São Paulo: Editora Ática, 2002.
- RIBEIRO, Rodrigo Araújo. O princípio constitucional da irretroatividade e a correta aplicação da lei de vigência do fato gerador do imposto de renda em face da jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 21, n. 1, jan. 2009.
- RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *O Processo de consolidação e organização legislativa*. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha e DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *A administração pública e o princípio da confiança legítima*. Disponível em < http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/ludiana_carla_braga_fachanha_rocha.pdf>. Acesso em 24 out 2009.
- SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvam Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas. *Revista Brasileira de História e Ciências Sociais*. São Leopoldo: Ano I- N. I, Julho de 2009.
- SABA, Agustín. *Enciclopedia de los Papas*. Vol. 2, Barcelona: Editorial Labor S.A., 1948.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em

- <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em 29 de maio de 2011.
- _____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório- Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SESIN, Domingo. *Administración Pública. Actividad Reglada. Discrecional y Técnica*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.
- SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito de a Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, abril/maio/junho de 2005. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 24 out 2009.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Coisa julgada: direito facultativo ou imperativo?* Disponível em <www.jfrn.gov.br/docs/doutrina106.doc>. Acesso em 30 out. 2009.
- SPILIOTOPOULUS, Epaminondas. TABLE RONDE INTERNATIONALE, XVe, 1999, Aix-en-Provence. *Constitution et Sécurité Juridique: Documents Provisoires*, v. I. Aix-en-Provence: Institut D'Études Juridiques Ibériques et Ibéro-Américaines, Centr de Droit et de Politique Comparés e Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, 1999, p. 99-104.
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Contribuição do Direito Comparado às fontes do Direito Brasileiro. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006.
- THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- VALIM, Rafael Ramires Araújo. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- WRIGHT, David. *Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*. Disponível em: <www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_wright.pdf> Acesso em 29 out. 2009.