

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Samuel Bertolino dos Santos

**Entre a segurança da permanência e a proteção da modificação: os princípios
da segurança jurídica e da proteção à confiança na interpretação e
concretização do Direito**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Samuel Bertolino dos Santos

**Entre a segurança da permanência e a proteção da modificação: os princípios
da segurança jurídica e da proteção à confiança na interpretação e
concretização do Direito**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, área de concentração em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Silvia Carlos da Silva Pimentel.

**SÃO PAULO
2013**

Banca Examinadora

Dedico o presente trabalho à minha esposa, Taty, que foi quem assistiu de mais perto o esforço aqui empreendido e que repartiu comigo não só as menores conquistas, como também as maiores derrotas, sempre com a mesma alegria.

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela ideia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. [...]

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; ela é a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das ideias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos.

Almiro do Couto e Silva.

AGRADECIMENTOS

Sempre que se procura relacionar, ainda que brevemente, as pessoas e instituições que tiveram grande importância na conclusão de um trabalho como o presente corre-se o risco de se cometer uma grande injustiça. No entanto, isso não pode servir de desculpa para a indelicadeza que significaria omitir aqui os merecidos agradecimentos a todos que tiveram participação, direta e indireta, na conclusão do presente trabalho.

Primeiramente, ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que, com imensa resignação, dedica-se diariamente a uma das atividades mais significativas do convívio social, devendo-se registrar, especialmente, meus mais sinceros agradecimentos aos professores Doutores Silvia Carlos da Silva Pimentel, Roberto Dias Baptista da Silva e Antônio Carlos da Ponte.

Aos meus pais Décio (*in memoriam*) e Silvia, que souberam inculcar em mim o valor do trabalho diário e constante, como a única forma de se alcançar quaisquer conquistas dignas de comemoração. Aos meus familiares pelo apoio inestimável em momentos decisivos, sobretudo à querida tia Marlene que contribuiu, diretamente, para a conclusão do presente trabalho.

Não poderia deixar de registrar, também, a importância das amizades feitas durante as aulas, pelos debates constantes e francos a respeito de muitos dos tópicos tratados na presente dissertação e que foram imprescindíveis para o desenvolvimento de muitas das ideias aqui defendidas.

Por fim, à Procuradoria Geral do Estado que, através do seu Programa de Ajuda Financeira, custeou integralmente as despesas com a realização do curso de Pós-Graduação.

RESUMO

SANTOS, Samuel Bertolino dos. *Entre a segurança da permanência e a proteção da modificação: os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança na interpretação e concretização do Direito*. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

O objetivo principal do presente trabalho é investigar as consequências existentes entre as alterações que se verificam na interpretação dos textos normativos e as relações jurídicas estabelecidas com base no entendimento pretérito. Parte-se do pressuposto de que o Direito, como objeto cultural que é, fruto da experiência humana, encontra-se em permanente evolução. Não obstante, isso não deve servir de motivo para se renunciar a qualquer proposta que busque, preservando tal característica, encontrar mecanismos que possibilitem a preservação de situações jurídicas criadas no passado. Para tanto, procurou-se afastar posturas metodológicas que, de um lado, ao apostarem na neutralidade do intérprete no processo de compreensivo, acabaram por ignorar um aspecto essencial do fenômeno jurídico e que, de outro lado, renunciaram à existência de qualquer limite à atividade exegética e que, por isso, desembocaram em um voluntarismo inconsequente. Adota-se, desta maneira, concepções que, sem descurar da existência de alguns limites objetivos à atividade exegética, sejam os textos normativos, seja a prática jurisprudencial e doutrinária, consideram ser impossível eliminar a contribuição dos intérpretes na conformação do Direito. Por isso mesmo é que se entende essencial investigar instrumentos que, diante dessa característica do Direito, sejam capazes de servir de instrumento de proteção aos cidadãos. O tema do trabalho aponta para o princípio da segurança jurídica que, todavia, devido às suas várias faces e múltiplas finalidades, pode fundamentar não apenas uma pretensão à estabilidade do Direito, como também justificar as modificações que se fizerem necessárias. Com efeito, um Direito que não se adapta às novas realidades sociais, tem grandes chances de se tornar não efetivo e, assim, inseguro. É entre essas duas direções para as quais aponta o princípio da segurança jurídica que aparece o princípio da proteção à confiança, de formulação doutrinária mais recente, mas já acolhido pelos tribunais brasileiros, e que se destina, em síntese, a albergar legítimas expectativas dos cidadãos geradas em função de manifestações estatais indutoras de comportamentos. Tendo em vista, todavia, as incertezas que o tema ainda causa, foram analisadas elaborações doutrinárias a respeito dos referidos princípios que analisam as suas várias manifestações, o que permitiu indicar critérios para a aplicação do princípio da proteção da confiança, sobretudo, pela necessidade de demonstração de que a manifestação estatal pretérita foi determinante do comportamento dos cidadãos que, posteriormente, viram-se frustrados diante da nova orientação. Desta maneira, procurou-se afastar, também, concepções doutrinárias que, diante do inegável caráter criador da atividade interpretativa, buscam justificar que novas orientações emanadas dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública tenham efeitos meramente prospectivos.

Palavras-chave: Interpretação; Modificação; Segurança Jurídica; Proteção à Confiança.

ABSTRACT

SANTOS, Samuel Bertolino dos. Between the security of permanence and the protection of modification: principles of legal security and confidence protection in Law interpretation and realization. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

The work's main objective is to investigate the existent consequences between the alterations that are verified when interpreting normative texts and the legal relations established based on understanding of past legal decision. We start from the assumption that the Law, as cultural object which is a result of human experience, is in constant evolution. Nevertheless, this fact should not be used as a reason to renounce any proposal that preserves that characteristic and aims to find mechanisms to make possible the preservation of legal situations created in the past. Therefore, we tried to keep away from methodological positions that from one side, by believing in interpreter's neutrality during cognitive process, ended up ignoring an essential aspect of legal phenomenon and that, from other side, renounced the existence of any limit to the exegesis and for this reason, resulted in inconsequent decisions. We have adopted conceptions that consider impossible to eliminate the contribution of interpreters to the structure of Law, and also care about the existence of some objective limits of exegesis whether to normative texts or jurisprudence and doctrine practice. For this reason, we understand that it is essential to investigate instruments that are capable to protect citizens, considering this characteristic of the Law. The theme of this work points to the principle of legal security, however, due to its various faces and multiple purposes can fundament not only a wish to the stability of the Law, but also justify modifications that show to be necessary. In fact, a Law that does not adapt to new social realities takes the risk of not become very effective and thus not secure. It is between these two directions to where the legal security principle points that appears the principle of confidence protection, with recent doctrine formulation, but already very well received by Brazilian law courts. This principle is destined to house legitimate expectations of citizens generated by State bodies' manifestations which induce behaviours. Taking into account the uncertainties still caused by the theme, it was analysed doctrinal elaborations related to the referred principles that analyse its various manifestations, what allowed to indicate criteria for the application of the principle of confidence protection, mainly by the necessity to demonstrate that the State body manifestation for past decision was decisive of citizens' behaviour that, afterwards got frustrated in the face of the new orientation. Thus, we also tried to avoid doctrinal conceptions that facing the undeniable innovative character of interpretative activity, seek justify that new orientations coming from bodies of Judicial Power and Public Administration have merely prospective effects.

Keywords: Interpretation; Modification; Legal Security, Confidence Protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	COGNITIVISMO E CETICISMO INTERPRETATIVO	15
2.1	COGNITIVISMO INTERPRETATIVO: OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO...	18
2.2	CETICISMO INTERPRETATIVO.....	28
3	UMA SÍNTESE DE DOIS MODELOS	36
4	O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	48
4.1	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	48
4.1.1	Princípios e regras: uma justificação preliminar	48
4.1.2	Critério de análise do princípio da segurança jurídica	50
4.2	OS IDEIAIS PARCIAIS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	54
5	O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	65
5.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	65
5.2	CONTEÚDO E DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	78
5.3	REQUISITOS PARA A SUA APLICAÇÃO.....	88
5.4	EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA.....	93
6	O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E AS FUNÇÕES ESTATAIS	95
6.1	PROTEÇÃO À CONFIANÇA E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	96
6.1.1	Considerações gerais.....	96
6.1.2	O princípio da proteção à confiança e a autovinculação administrativa.....	100
6.1.3	Conclusões.....	111
6.2	PROTEÇÃO À CONFIANÇA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	112
6.2.1	Considerações gerais.....	112
6.2.2	O princípio da proteção à confiança, a formação dos precedentes e sua superação.....	115
6.2.3	Conclusões.....	127
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
	REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

A referência a um *sistema aberto*, feita por Kaufmann, no sentido de que o direito não é algo de substancial, posto que dependente de um ato conformador, coimplica a necessidade de que ele seja compreendido como algo de relacional, que existe nas relações dos homens entre si e com as coisas⁵. Com isso, quer-se dizer, simplesmente, que o Direito não é algo pronto, imutável e que possa ser encontrado, identificado e isolado, devendo-se reconhecer a impossibilidade de impedir a sua movimentação e alteração de sentido juntamente com a sociedade de que faz parte. A abertura do sistema, no entanto, não significa a indeterminação das fontes do Direito, nem a alteração dos seus pressupostos de validade, mas, apenas, a *“modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica”*, entendendo-se com isso que *“o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo, pois, a estrutura da historicidade”*⁶.

O que significa isto para a questão aqui colocada? Significa, em primeiro lugar, que, para além da lei e do costume, também podem conduzir a alterações de sistema *objectivo* aqueles princípios gerais do Direito que representam emanações da ideia de Direito e da natureza das coisas. No entanto, esses critérios não se devem entender de modo a-histórico e, em simultâneo, estático; pelo contrário, os princípios redutíveis à ideia de Direito só ganham o seu poder concreto em todas as regras através da referência a uma determinada situação histórica e da mediação da ‘consciência jurídica geral’ respectiva, outro tanto sucedendo com a natureza das coisas. No entanto, através da modificabilidade desses ‘pontos de referência’, aqueles critérios assumem, conseqüentemente, um carácter relativo, isto é, mutável⁷.

Havendo, assim, modificação nos valores fundamentais da ordem jurídica, haverá também uma alteração na percepção e na aplicação do Direito, sem que se possa, de maneira irrefletida, acusar os tribunais de estarem usurpando uma competência que não lhes pertence. A verdade é que isso sempre permeou a realização do Direito, sendo sintomática nesse sentido a utilização, cada vez mais

⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 67-70.

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 107-108.

⁷ *Ibidem*, p. 107-108.

alargada, da teoria das lacunas da lei como fundamento para a introdução, ainda que disfarçada, de novos critérios decisórios. Como assinala Larenz,

a grande importância que foi atribuída ao conceito de lacuna explica-se porque apenas se queria conceder ao juiz a faculdade de desenvolver o Direito quando a lei apresentasse uma 'lacuna'. Contudo, como em época mais recente os tribunais reivindicaram para si, cada vez em maior medida, a faculdade de desenvolver o Direito e, segundo o estado das coisas, tinham que reivindicá-la, isto conduziu progressivamente a uma ampliação do conceito de lacuna⁸.

Lacunas, antinomias, alteração dos valores fundamentais da ordem jurídica, a ideia de Direito, colisão de princípios, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outras, são, em alguma medida, elaborações da dogmática para tentar captar e explicar o complexo processo de desenvolvimento do Direito que não obedece aos rigores da lógica formal. Não se deve perder de vista, por isso, que é da própria essência da atividade interpretativa, notadamente, aquela levada a efeito pelo Poder Judiciário, um permanente ajustamento às novas circunstâncias sociais, de maneira que se deve reconhecer que tal característica está presente e, de certa forma, é admitida pelo próprio ordenamento jurídico⁹, não se podendo, por razões de segurança jurídica, tentar evitar o inevitável: a alteração do Direito juntamente com a sociedade.

A partir de tais pressupostos, velhas questões devem ser encaradas sob uma nova perspectiva. O Direito, em geral, e o brasileiro em particular, estão dotados de vários instrumentos de defesa dos cidadãos face às alterações legislativas, cujos exemplos mais emblemáticos, talvez sejam a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. No entanto, ainda há poucas disposições concernentes à ponderação que se deva fazer nas hipóteses de alteração de sentido das normas jurídicas e os efeitos daí decorrentes.

A questão talvez tenha sido pouco trabalhada em função do entendimento tradicional brasileiro a respeito da posição do Poder Judiciário na conformação do Direito e da tradição de pouca valorização dos seus precedentes, inclusive, por parte dos próprios órgãos jurisdicionais. No entanto, o tema tem, crescentemente,

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 522.

⁹ O enunciado n. 343 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispõe que "não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

despertado a atenção dos doutrinadores nacionais que, diante da frequente oscilação jurisprudencial, têm buscado encontrar mecanismos de estabilização das posições a respeito da exegese dos textos legislativos e, diante da inafastável mutabilidade do Direito, instrumentos para a equalização dos problemas daí decorrentes¹⁰.

Tal circunstância revela o fato de que, atualmente, os tribunais ocupam uma posição central no cenário jurídico pátrio, tendo sido criados uma série de instrumentos de uniformização jurisprudencial e que buscam promover, de certa maneira, o valor segurança. Sempre que se fala nessa matéria, o tópico imediatamente associado é a introdução dos enunciados da súmula de jurisprudência vinculante pela EC n. 45/2004, e regulamentada pela Lei Federal n. 11.147/2006. Todavia, esse é apenas o mais recente passo na longa evolução pela qual vem passando o Direito Brasileiro. Com efeito, desde a década de 1.990¹¹ há exemplos na legislação infraconstitucional em que se determina o não cabimento de recursos quando houver jurisprudência pacificada em sentido contrário nos tribunais, autorizando os relatores a não admitirem recursos contrários ao posicionamento da corte, a exemplo do que se verifica com a Lei n. 8.038/90 e com as diversas alterações promovidas no Código de Processo Civil pelas Leis n. 9.139/95, 9.756/98, 10.352/2001, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.418/2006 e 11.672/2008.

Poder-se-ia falar, assim, numa tendência de consolidação de um sistema de precedentes brasileiro, não exatamente nos moldes dos EUA, mas feito a partir das particularidades do Brasil.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito 'ex tunc' e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole: Mina, 2009. DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

¹¹ É importante consignar que o Código de Processo Civil, na sua redação original, já se referia expressamente aos precedentes ao tratar do procedimento da uniformização de jurisprudência nos tribunais. Reza o art. 479 que “O julgamento, tomado pela maioria absoluta dos membros que integrem o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Todavia, cabe o registro de que a origem da súmula de jurisprudência dominante se deu por uma alteração no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como noticia SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. De acordo com o autor “A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator e grande mentor, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964”.

Ao mesmo tempo, crescem em importância os atos administrativos editados com vistas ao esclarecimento a respeito da interpretação levada a efeito pelos órgãos da Administração Pública e que servem como parâmetro de atuação para os cidadãos.

Nesse sentido, súmulas e orientações normativas são importantes instrumentos para garantir racionalidade à atuação administrativa.

Pode-se citar como exemplo ilustrativo dessa tendência, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – LC n. 73/93, que determina, dentre outras coisas, que o parecer do Advogado-Geral da União aprovado e publicado juntamente com o despacho do Presidente da República, vincula a Administração Pública Federal (art. 40, § 1º e 41). Da mesma maneira, a LC n. 73/93 confere tratamento semelhante aos pareceres das Consultorias Jurídicas aprovados pelos Ministros de Estado, pelo Secretário-Geral e demais Secretários da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, caso em que obrigam apenas os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas (art. 42).

Se tais instrumentos, por um lado, contribuem para a promoção da segurança jurídica ao assegurarem não apenas tratamento isonômico, mas também por permitirem, ainda que minimamente, conhecer-se o espectro de consequências atribuíveis aos comportamentos individuais, a sua alteração, quando verificada, gera, por paradoxal que seja, efeitos incompatíveis com a segurança jurídica e uma série de questionamentos: a alteração deve ter efeitos retroativos ou prospectivos?; deve atingir o caso sob análise ou apenas os que venham a ser submetidos a julgamento a partir daquele momento?; deve operar com efeitos *erga omnes* ou *inter partes*?

O princípio da segurança jurídica é norma espraiada-se por todo o texto constitucional, como, por exemplo, nos incisos XXXVI¹², XXXIX¹³, XL¹⁴, do art. 5.º, no art. 16¹⁵, no § 2.º do art. 62¹⁶, no inciso III do art. 150¹⁷, para ficar apenas nos

¹² “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹³ “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁴ “[...] a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

¹⁵ “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência”.

¹⁶ “Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

¹⁷ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

mais emblemáticos. Quase todos os dispositivos citados referem-se à lei, isto é, veiculam restrições à edição de leis com efeitos retroativos, mas, em nenhum momento, trazem qualquer referência com relação à interpretação das disposições legais. Mas seria possível atribuir-se qualquer sentido normativo a um texto sem antes interpretá-lo? A norma não seria, em verdade, fruto do trabalho do intérprete e não o seu ponto de partida?

A legislação infraconstitucional brasileira, em alguns dispositivos esparsos, já traz exemplos dessa relação. Nesse sentido, o Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, dispõe em seu art. 146 que *“a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação ao um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”*. Mais recentemente, a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que regula o Processo Administrativo da Administração Pública Federal, previu em seu art. 2.º, § único, inciso XIII, que, nos processos administrativos, deve-se buscar *“interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”*. Nesse mesmo ano, foram editadas as Leis n.º 9.868 e 9.882, em cujo âmbito existem dispositivos que, ao versarem sobre o julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, autorizam que o Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, profira decisões com efeitos prospectivos.

A partir das novas concepções alcançadas pela Teoria da Interpretação Jurídica, não se pode, simplesmente, ignorar os efeitos decorrentes da adoção de um determinado entendimento. Apesar de não se poder reconduzir o Direito aquilo que *“os tribunais dizem que ele é”*, deve-se ter consciência de que a forma pela qual os conflitos de interesses são decididos é um elemento central da experiência jurídica e, conseqüentemente, terá efeitos para além dos casos particulares resolvidos.

Não obstante, sendo o Direito um fenômeno cultural e dependente da sociedade na qual está inserido, ele variará conjuntamente com o referido corpo

III – cobrar tributos:

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
- c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”.

social, de maneira que, a sua mutabilidade é algo inerente à sua estrutura e dependente da sua condição de produto cultural. Talvez por isso, ou seja, tendo-se consciência dessa sua efemeridade é que o tema seja realmente importante.

No entanto, ainda que haja fortes argumentos para se pretender aplicar uma nova interpretação apenas aos casos futuros, deve-se reconhecer que tal solução, tomada assim genericamente, também não é destituída de problemas. Para tanto, basta pensar-se na situação de um particular que, após vários anos litigando perante o Poder Judiciário consegue que o seu caso seja julgado com base em entendimento divergente daquele até então dominante. Nessa hipótese em que se verifica a alteração de um determinado entendimento, teria sentido pretender-se aplicá-lo apenas às situações futuras e subtrair justamente o caso que o originou da sua incidência?

Todas essas dificuldades, que se verificam também nas alterações legislativas, como comprovam todas as discussões a respeito da aplicação de institutos clássicos, como o ato jurídico perfeito, impõem a busca por critérios que permitam, a um só tempo, a alteração de sentido do Direito e a consideração das situações jurídicas criadas ao abrigo de determinada interpretação jurídica.

No presente trabalho serão abordadas algumas respostas dadas pela dogmática jurídica para tal questão e que se baseiam, em geral, no princípio da segurança jurídica, mas que divergem entre si no que se refere à sua forma de incidência e requisitos exigidos para tanto. A investigação do tratamento que a doutrina e a jurisprudência têm-lhe dedicado permitirá encontrar o ponto de equilíbrio entre a mutabilidade do Direito e a necessidade de preservação de expectativas. Tem sido denominado de princípio da proteção da confiança essa face do princípio da segurança jurídica cuja função primordial é dar guarida a expectativas geradas em função de manifestações estatais e antes não albergadas pelos institutos tradicionais nesse âmbito (direito adquirido e ato jurídico perfeito). Para isso será necessário fazer uma breve investigação a respeito do seu surgimento no Direito estrangeiro e sua recepção no Brasil, a fim de determinar-lhe o seu significado completo.

Trata-se da luta entre o novo e o velho, no dizer de Almiro do Couto e Silva¹⁸, ou aquilo que Kaufmann chama de “*tensões no interior da ideia de Direito*”¹⁹ e que,

¹⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o

por isso, demanda uma investigação das consequências decorrentes da prevalência de um sobre o outro no ordenamento jurídico.

Não obstante, antes de tal análise é imperioso que se proceda a uma investigação que servirá de base à proposta acima mencionada, qual seja, a do caráter aberto e mutável do Direito, bem como das razões que justificam tal concepção.

prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio, 2010.

¹⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 281-288.

2 COGNITIVISMO E CETICISMO INTERPRETATIVO

O desenvolvimento da Ciência Jurídica, assim como do Direito, ainda que não possa ser relatado de maneira uniforme, identificando-se seu início e um ponto culminante, é passível de ser descrito a partir de uma perspectiva específica, útil que seja aos propósitos de um determinado estudo. O Direito, fenômeno cultural que é, sofre influências de todas as ordens, há avanços e retrocessos, períodos de estagnação e de intensa produção científica, sendo assim muito difícil reconstruir a sua trajetória.

Essa observação é importante, posto que a presente parte tem por objetivo apresentar uma breve descrição do problema da *certeza do Direito* a partir de concepções da Ciência Jurídica elaboradas ao longo dos tempos. Como adiantado na parte introdutória, não é objetivo do presente estudo apresentar detalhada evolução da Teoria da Interpretação, seus métodos, suas escolas e seus problemas. Tal temática está no centro de debate jurídico contemporâneo, traduzindo-se em questão muito sensível à Dogmática Jurídica. Mesmo que apenas há pouco se fale em uma Teoria da Interpretação, o problema da realização do Direito sempre se fez presente, de maneira que é impossível determinar o momento do surgimento da preocupação quanto à segurança jurídica na sua história, sendo provável que o tenha acompanhado desde sempre.

Nesse sentido, e para as finalidades do presente trabalho, pode-se destacar, basicamente, duas concepções a respeito do processo de compreensão e de aplicação do Direito, ainda que existam enormes variações dentro de cada uma delas, e que possuem implicações diretas com o tema do presente trabalho, denominadas, momentaneamente, de *cognitivismo* e *ceticismo interpretativo*²⁰. A primeira delas funda-se na ideia do Direito é algo pronto e já dado ao intérprete,

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87-88 e 255 e ss. O autor enfoca a questão da segurança jurídica a partir de um conceito que refletiria “uma concepção semântico-argumentativa de Direito: em vez de compreender o Direito como algo total e previamente dado, a ser, por meio de um método discursivo, meramente descrito pelo intérprete (concepção objetivista de Direito), ou como uma atividade argumentativa não submetida a qualquer limitação anterior ao seu processo decisório de realização (concepção argumentativa de Direito), compreende-se o Direito em uma posição intermediária entre essas duas concepções, isto é, como uma prática reconstrutiva e situativa de sentidos mínimos cuja realização depende de estruturas jurídico-rationais de legitimação, de determinação, de argumentação e de fundamentação”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 277 e ss. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 138-144. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73-77. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 148-153.

cabendo-lhe apenas descobrir o seu sentido ou significado, no exercício de uma atividade meramente *cognitiva*, atividade de conhecimento esta que, inicialmente, vislumbrou na vontade do legislador histórico o seu último escopo de interpretação, razão pela qual se poderia denominá-la, basicamente, de *subjetivismo interpretativo*. Posteriormente, dada a impossibilidade de se alcançar tal desiderato, e tendo em vista uma determinada concepção filosófica então dominante, verificou-se o desenvolvimento da ideia de que apenas o pensamento objetivado no texto é que seria passível de ser objeto de conhecimento, o que justificou a denominação de *objetivismo interpretativo*. Ambas as posturas, objetivismo/subjetivismo²¹, no entanto, tratam a questão referente à interpretação como uma atividade de conhecimento, mudando-se apenas o foco do objeto a ser conhecido, de maneira que, a partir de tal postura, o problema relativo à segurança jurídica deveria ser resolvido através do rigor conceitual na elaboração dos textos normativos. Com efeito, se o Direito é algo pronto e acabado e que pode ser isolado em determinado contexto histórico, ao intérprete competiria, apenas, identificá-lo, de tal forma que a sua aplicação representasse, fielmente, aquilo que já existia previamente à sua atuação.

A segunda concepção, por sua vez, parte da ideia de que o Direito depende, exclusivamente, da vontade do intérprete, na medida em que o significado das palavras é, essencialmente, por ele atribuído e dependente do uso que lhes é dado, tendo em vista, sobretudo, a sua vagueza e indeterminação, sendo assim impossível determinar, de forma antecipada, a extensão e o conteúdo das normas jurídicas. Dessa maneira, o ato de interpretação/aplicação do Direito seria, apenas, ato de vontade do seu aplicador, uma vez que, dada a vagueza e a indeterminação das expressões linguísticas, o seu significado dependeria apenas do uso a ser-lhes dado no momento da sua aplicação. No entanto, não sendo possível determinar-se, antecipadamente, o significado que lhes seria dado pelo intérprete, não haveria como determinar-se, também, o sentido das normas jurídicas.

²¹ FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 230-234. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 126. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 170. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 212-213.

Perceba-se, dessa maneira, a contrariedade existente entre ambas as posturas e o desafio que se impõe na busca por um modelo que permita ultrapassar a discussão entre elas travada. De um lado, a insuficiência de uma proposta que não se preocupou com o processo de interpretação/aplicação da lei; de outro, a descrença na possibilidade de se determinar, minimamente, o conteúdo do Direito. Lá, a segurança jurídica como algo a ser assegurado apenas de forma estática; aqui, a impossibilidade de se assegurar qualquer segurança. Registre-se, inclusive, que muitas das críticas feitas pela segunda teoria quanto à ausência de elementos/critérios/métodos suficientes para controlar o processo de interpretação/aplicação do Direito decorrem, justamente, da insuficiência das propostas formuladas pela primeira.

Antes de se passar à análise de cada uma delas e seus respectivos desdobramentos, é necessário fazer uma observação de ordem metodológica, referente à razão que justificou a escolha do presente itinerário, posto que há um sem-número de desdobramentos que seriam passíveis de serem feitos. A razão é muito simples e decorre do fato de que a primeira postura teórica, ao descurar do processo de interpretação/aplicação do Direito acabou por ignorar a circunstância de que o Direito é, em grande parte, dependente do referido processo e do fato de que ele influencia todo o ordenamento jurídico. A segunda, a seu tempo, ao destacar as influências extrajurídicas na aplicação do Direito chamou a atenção justamente para esse momento decisivo do fenômeno jurídico, mas, ao mesmo tempo, reputou impossível qualquer determinação de sentido prévia, de maneira que o seu enfrentamento se impõe, posto que o presente trabalho, sobre buscar indicar critérios de proteção da confiança decorrentes da aplicação do Direito, segue caminho diverso, consubstanciado na ideia de que o Direito não se resume ao seu processo de interpretação/aplicação, havendo, sim, sentidos preexistentes ao intérprete.

Trata-se, pois, de um rápido percurso por aquilo que, com Streck, pode-se chamar da passagem da “razão à vontade”²² e que até hoje ecoa fortemente na Dogmática Jurídica, sob as mais variadas denominações.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 115-124.

2.1 COGNITIVISMO INTERPRETATIVO: SUBJETIVISMO E OBJETIVISMO

Nessa primeira parte do presente capítulo, cabe investigar os motivos que justificaram o aparecimento daquela primeira postura que via no interpretar uma atividade de conhecimento de um dado objeto, ora identificando-o com a vontade do legislador histórico, ora com a racionalidade intrínseca ao ato legislativo, para, na sequência, trazer a crítica que lhe foi desferida pelo movimento teórico aqui denominado de *ceticismo interpretativo*.

Tem-se que as principais correntes teóricas que compartilharam dessa visão, ainda que possam ser indicadas enormes variantes entre elas, tiveram como seu marco inicial o processo de codificação do Direito verificado na Europa continental a partir do século XVII²³ e para cujo desenvolvimento vários fatores contribuíram. Evaristo Aragão Santos, ao discorrer sobre tal fenômeno, destaca três elementos tidos por ele como fundamentais para a sua compreensão: o direito natural, o racionalismo jurídico e o movimento iluminista²⁴. A conjunção desses fatores, aliado ao ambiente político vivido pela Europa naquele período da história, pode ser tido como o pano de fundo do ideário que inspirou a Revolução Francesa e que mudaria para sempre os rumos Direito, tanto a Ciência Jurídica quanto a Administração da Justiça através do Poder Judiciário²⁵.

No plano estrito da ciência jurídica, essa imbricação entre o racionalismo jurídico e o direito natural, legou-nos, justamente, um modelo de sistema para o direito, exatamente quando se começou a ordenar as exposições do direito positivo da época, dando origem a códigos e a estrutura com a qual convivemos até hoje, bem como influenciando para sempre a maneira de raciocinar a partir do material jurídico.

[...]

O racionalismo jurídico, a partir da ideia de objetivação, isto é, da matematização da própria ciência jurídica, acreditou que, por meio desse método, não apenas seria possível organizar o material jurídico como por meio dele deduzir um sistema harmônico e completo.

Ainda no século XVII os princípios do direito natural passaram a ser organizados mediante a adoção de premissas e conclusões não contraditórias. Esse complexo de regras, a partir daí, influenciaria a criação e a organização de todo o direito positivo com reflexos sentidos até os dias atuais.

Essa visão teve significativo impacto no sec. XVIII e a dedução lógica a partir dos princípios do direito natural possibilitou, assim, a sistematização

²³ CORDEIRO, A. Menezes. Introdução e Tradução de *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Claus-Wilhelm Canaris, 2012. p. XIII.

²⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a ideia de sistema no direito e sua contribuição para uma teoria do precedente judicial*. 2011. Tese [Doutorado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil] - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 25.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

do direito positivo na ciência jurídica e na legislação. A ciência não seria mais do que o conjunto formado por proposições deduzidas a partir de princípios certos e imutáveis. Em consequência, todo o discurso científico estaria ligado por um nexos comum, já que as proposições deveriam ser dedutíveis umas das outras. Esse nexos, porém, seria externo ao direito: a dedução lógica. Assim todo e qualquer discurso científico, independentemente de seu objeto de concentração, passaria a ter a mesma “forma” exterior: um discurso lógico, sobre determinado objeto, qualquer que fosse ele²⁶.

Pode-se perceber, nesse excerto, a formação da base teórica que justificaria a consolidação da concepção dogmática a respeito da aplicação do Direito aqui apresentada, e que representava, de certa forma, a concepção política dominante de então, cuja principal preocupação era a limitação do poder estatal, inclusive aquele exercido pela magistratura. Tudo isso, aliado ao fato de o Direito então vigente não ser constituído de um corpo harmônico de normas influenciou a aspiração a uma elaboração e organização plena dos textos normativos. Como se sabe, o movimento que determinou a codificação do Direito verificou-se em momentos distintos nos diversos países da Europa continental, mas pode ser apontado como o responsável teórico pelo surgimento dessa postura, tendo-se através dela buscado a redução das fontes do Direito e da complexidade das instituições jurídicas e, com isso, consequentemente, assegurar clareza conceitual, integridade e previsibilidade do Direito. Nesse sentido, é a lição de Engisch, quando acentua que *“houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo²⁷”*.

Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. [...] Com efeito, a ideia de codificação surgiu por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado.

[...]

Vimos, falando da polêmica sobre a codificação na Alemanha entre a escola filosófica e a escola histórica, como a exigência da codificação nasceu de uma concepção francamente iluminista, como demonstra o mote *sapere*

²⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a ideia de sistema no direito e sua contribuição para uma teoria do precedente judicial*. 2011. Tese [Doutorado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil] - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 27-28.

²⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 206.

aude citado por Thibaut. Também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a ideia de codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a ideia de codificar o direito adquire consistência política.

Esse projeto nasce da convicção de que possa existir um legislador racional (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um direito simples e unitário. A simplicidade e a unidade do direito é o Leitmotiv, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. [...] Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito 'fenomênico' e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito²⁸.

Aliado a esse fator, ou seja, além de se pretender abarcar todo o fenômeno jurídico em um corpo de normas escritas e rigorosamente organizado, buscava-se evitar qualquer atuação do Poder Judiciário que pudesse representar, sob os olhos dos revolucionários de então, indevida intromissão na implantação do ideário vigente, razão pela qual ganhou relevo, sobretudo, a ideia de separação dos poderes, além do dogma de o Direito derivaria apenas da lei escrita e aprovada pelo Parlamento, a justificar, assim, a vedação à interpretação que fosse levada a cabo pelo Poder Judiciário.

De acordo com Evaristo Aragão Santos, o juiz deveria ser podado na sua autonomia, tanto na interpretação da lei quanto na possibilidade de ingressar na esfera particular do indivíduo, pretendendo-se que ele limitasse-se a aplicar o texto da lei, não realizando, assim, qualquer atividade interpretativa²⁹. Acrescenta o autor que, diante do modelo que toma forma na Europa continental, no qual a lei ocupa o lugar de maior destaque, aparece a necessidade de criar um corpo de leis alinhado a essa ideologia, mostrando-se imprescindível, também, que tais regras fossem suficientemente claras, coerentes e abrangentes³⁰. Se esse intento fosse alcançado, acreditava-se que qualquer interpretação passaria a ser desnecessária, de maneira que, pela leitura do texto na sua literalidade, não só a vontade daquele que o elaborou emergiria evidente, mas também existiria texto legislativo para responder a

²⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. Comp. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 63 e ss.

²⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a ideia de sistema no direito e sua contribuição para uma teoria do precedente judicial*. 2011. Tese [Doutorado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil] - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 35-41.

³⁰ *Ibidem*, p. 35-41.

toda sorte de questões surgidas no plano concreto³¹. Consoante notícia Elival da Silva Ramos:

Na França, logo após a entrada em vigor do Código Civil napoleônico, em 1804, consolidou-se o modelo dogmático do positivismo, pondo fim ao dualismo de ordenamentos (direito natural x direito positivo) e afirmando a preponderância das fontes estatais sobre as demais (costumes, jurisprudência, doutrina, etc.). A implantação dos ideais da Revolução Francesa não se compadecia com uma concepção estática e tradicionalista do sistema jurídico, em que o legislador estatal, em todo momento, via a sua atividade regulatória confrontada com os parâmetros normativos imprecisos, porém eternos e dotados de primazia, do direito natural. No entanto, a supremacia da lei não se fundava apenas na necessidade de superar as instituições do *Ancien Régime*, mas, também, em duas qualidades que então se atribuíam ao ato legislativo: a) a legitimidade política, por constituir emanação direta do Parlamento, em que se encarnava o princípio da soberania popular, finalmente vitorioso em face do princípio monárquico que se lhe contrapunha; b) a legitimidade ética, na medida em que a lei nada mais era do que a expressão da vontade geral e esta, fruto da razão, era sempre reta, tendendo sempre para a utilidade pública.

[...]

Recusava-se ao Poder Judiciário a possibilidade de contribuir para a criação do direito, devendo os magistrados, devidamente informados pela exegese científica, se ater à estrita concretização da vontade do legislador, exercendo, pois, tanto quanto a doutrina, atividade de natureza cognoscitiva ou declaratória. Por sinal, o artigo 3º, do Capítulo V, do Título II, da Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 proibia, expressamente, os tribunais de se imiscuir no exercício da função legislativa, vedação essa sancionada penalmente, nos termos do artigo 127, § 1º, do Código Penal de 1810. Sem contar que a Lei n. 16, de 24 de agosto de 1790, recepcionada por aquela Carta, tornara “defeso ao magistrado decidir quando a aplicação da lei suscitasse interpretação duvidosa, cabendo-lhe aguardar a interpretação legislativa”, tendo sido criada a Corte de Cassação, originariamente, um órgão auxiliar do Parlamento, para evitar que os órgãos judiciários, no exercício de suas funções, invadissem a esfera do poder legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis³².

³¹ SANTOS, op. cit., 2011. p. 35-41.

³² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67-70. Uma outra consequência dessa busca pela garantia da separação dos poderes foi a instituição ao mesmo tempo da Jurisdição Administrativa, consoante leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “a evolução histórica responsável por este encaminhamento que afastou o Poder Judiciário do exame dos atos administrativos e que culminou com a instituição de uma ‘Jurisdição Administrativa’, criadora do Direito Administrativo, advém de que, após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo o qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo. Em verdade, essa teorização foi simplesmente uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário (então denominado ‘Parlamento’), o qual, além de um arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativas e arvorava-se em administrador. Havendo o receio de que persistisse agindo de tal modo e perturbasse os rumos da Revolução, já em 1790 – ou seja, um ano depois da Revolução –, com a lei de 16-24 de agosto, foi estabelecido que: ‘As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de crime funcional perturbar seja de que maneira for as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções’. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

Diante desse cenário, não é de se estranhar a subsequente consagração de uma postura metodológica que se ateve com rigor aos textos legislativos. Com efeito, o movimento de codificação verificado na França implicou na gradual eliminação de quaisquer referências metafísicas no Direito, sobretudo, aquelas decorrentes da reflexão de cunho jusnaturalista, como acentua Menezes Cordeiro, na Introdução à obra de Canaris acima referida:

As codificações, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro tempo, atitudes positivistas. Trata-se de uma conjunção facilmente demonstrada na França pós-1804, na Alemanha pós-1900 e em Portugal pós-1966. As fronteiras do positivismo vão, no entanto, bem mais longe do que o indicado pelos exegetismos subsequentes às codificações. Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer referências metafísicas. O universo das referências metafísicas – ou filosóficas – alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários de seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. [...] ³³.

O exegetismo a que se refere o autor pode ser visualizado, por exemplo, naquilo que se convencionou chamar de Escola da Exegese, na França, que se pautava, sobretudo, pelo *subjetivismo interpretativo*, defendendo que o intérprete deveria sempre buscar a intenção do legislador ³⁴, o que se justificava em função da ideia então dominante de separação de poderes. Norberto Bobbio, ao indicar as causas históricas de referida posição teórica, aponta um fator considerado por ele de natureza ideológica e que interessa diretamente aos propósitos do presente estudo, qual seja, o princípio da *certeza do direito*, de acordo com o qual “os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento” ³⁵, impondo-se, assim, que o jurista renuncie a “a toda a contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um

³³ CORDEIRO, A. Menezes. Introdução e Tradução de *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed., Claus-Wilhelm Canaris. 2012, p. XIII-XIV.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 87. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 280.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 79-80.

*procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei*³⁶.

Tem-se aí, portanto, um exemplo claro daquilo que se denominou de *cognitivismo interpretativo*, ao defender que a interpretação das normas dá-se através de uma simples operação de conhecimento de forma estanque e independente da subjetividade do intérprete. Por decorrência, o problema da segurança jurídica residiria na fidelidade à intenção do legislador histórico, justificando-se assim, o apego pelo elemento gramatical na interpretação dos textos legislativos.

Geralmente aponta-se a chamada Jurisprudência dos Conceitos como a representante dessa postura formalista na Alemanha³⁷, sem que se possa, no entanto, pretender inseri-la entre as teorias aqui denominadas de *subjetivistas* sem maiores observações, uma vez que a sua principal característica é, basicamente, a busca pelo conhecimento do sistema do direito a partir do nexos lógico que liga os conceitos mais gerais aos mais individuais, tanto no sentido ascendente quanto no sentido descendente em que se organizam. Trata-se, como se pode perceber, de uma postura formalista e que busca aplicar ao Direito o método lógico-conceitual para explicar a relação existente entre os seus vários conceitos, partindo, assim, de uma concepção *racionalista* do Direito. Não obstante, a crença na racionalidade do legislador acabou por atrair para si as ideias subjacentes ao subjetivismo próprio da Escola da Exegese.

No seio desse entendimento residia a concepção segundo a qual o conteúdo objetivo da lei e, conseqüentemente, o último escopo da interpretação, são determinados e fixados através da vontade do legislador histórico³⁸, tido por alguns como fonte de uma vontade racional, não arbitrária, de maneira que se exigiria do intérprete que se colocasse no lugar do legislador e executasse o seu pensamento, devendo tomar em consideração quer as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei, quer os fins prosseguidos pelo mesmo legislador³⁹.

³⁶ BOBBIO, op. cit., 2006. p. 81.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

³⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 170.

³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 35-36.

Talvez tenha sido a crença na racionalidade do legislador histórico, acima apontada, o ponto de apoio da ultrapassagem do subjetivismo para o objetivismo interpretativo, como acentua Larenz, ao afirmar que historicismo e racionalismo eram componentes dominantes do pensamento da Ciência do Direito do século XIX⁴⁰. De acordo com o citado autor, a crença na racionalidade intrínseca do ato legislativo é que teria permitido o surgimento da ideia de que “à *Ciência do Direito* caberia o *dever de revelar a razão mais ou menos oculta na lei, de libertar cada norma da lei do seu isolamento empírico, de a depurar, reconduzindo-a a um conceito superior ou a um conceito geral*”⁴¹.

Simplesmente, com esta concepção era dificilmente conciliável a doutrina, defendida pela maioria dos autores, incluindo Windcheid, de que à interpretação só competia indagar a vontade empírica do legislador histórico. Com efeito, se a lei vale menos, em último termo, por ser ‘positiva’ do que por ser ‘racional’, mais do que à vontade *empírica* do legislador cumpre dar acolhimento à sua vontade ‘racional’, ou seja, à *razão jurídica* contida na lei. Ora foi a esta exigência e, ao mesmo tempo, a um tipo de pensamento que era ainda muito mais determinado pelo racionalismo do que pelo historicismo ou até pelo positivismo, que correspondeu a teoria ‘objetivista’ da interpretação, tal como foi exposta, nos anos 1885 e 1886, quase simultaneamente por três dos mais significativos teorizadores do Direito da época: BINDIG, WACH E KOHLER⁴².

Seja pela impossibilidade de se conhecer, exatamente, a vontade do legislador histórico, seja pela necessidade de que o texto legislativo seja adaptado às futuras relações da vida sobre as quais verterá, tendo em vista não ser possível determinar-se antecipadamente e de forma absoluta, todos os casos em que deverá ser aplicado, defende a teoria objetivista que a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objetiva, ou seja, apenas o pensamento objetivado no texto da lei é decisivo, pois apenas ele se constituiu de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquirem carácter vinculativo algum⁴³. Perceba-se que a distância que por vezes separa o ato legislativo do ato concreto da vida sobre o qual ele verterá impediria que se perscrutasse a respeito da vontade histórica de um legislador, tanto pelo fato de que essa circunstância por vezes implica num desajustamento entre

⁴⁰ LARENZ, op. cit., 1997. p. 39-40.

⁴¹ Ibidem., p. 40.

⁴² Ibidem.

⁴³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 172.

esses dois polos, tanto pelo fato, não contestado, de que se pode deparar com uma enorme gama de situações não vislumbradas por ocasião da elaboração do ato legislativo. Como acentua Engisch por ocasião da exposição dessa postura teórica,

A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer fato histórico passado (“eternamente quieto permanece o passado”), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo fato de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais refletem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si⁴⁴.

Ainda que a distinção aqui realizada possa parecer superficial, dado o grande desenvolvimento experimentado pela Ciência Jurídica no campo da compreensão/interpretação Direito, cabe registrar que tal questão ainda apresentasse no debate travado no direito norte-americano entre as teorias conhecidas, genericamente, como interpretativismo e não interpretativismo. De acordo com Barroso, o *interpretativismo* é a corrente que nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz, que não estaria autorizado a impor seus próprios valores morais à coletividade, uma vez que, como regra, não são agentes públicos eleitos, de maneira que não deveriam ter o poder de extrair da Constituição consequências e direitos que não constem da literalidade de suas disposições ou da intenção manifesta de seus autores⁴⁵. O *não interpretativismo*, por sua vez, parte da ideia de que os intérpretes judiciais podem recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido à Constituição, como as mudanças na realidade ou os valores morais da coletividade. Salienta Barroso que o não interpretativismo, também conhecido como construtivismo, reúne as linhas de pensamento que se opõem ao textualismo e ao originalismo, notadamente, pela ideia de que o intérprete não se limita a revelar o sentido contido na norma, mas, ao contrário, ajuda a construí-lo⁴⁶.

⁴⁴ ENGISCH, op. cit., 2008. p. 173.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281-282.

⁴⁶ *Ibidem*.

Veja-se, pois, que a disputa entre subjetivismo/objetivismo, sobre não estar totalmente superada, relaciona-se, como denota o seu enfrentamento no direito norte-americano, com a própria ideia de separação dos Poderes e sua configuração no atual Estado Democrático de Direito, sobretudo, no que tange ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário na configuração do Direito vigente em um determinado contexto histórico-político. Como argutamente observou Engisch, essa questão apenas poderá ser respondida tomando em consideração as relações entre os diferentes poderes do Estado, a função legislativa, por um lado, e a função judicial (a aplicação do Direito), por outro, tendo em conta especialmente a posição que o órgão judicial assume ou deve assumir em face da lei, ou seja, qual a posição do juiz dentro do Estado e como é regulada a sua relação com a lei⁴⁷.

Deve-se ter presente, ainda, que a permanência dessa questão decorre do fato, apontado por Larenz, de que cada uma dessas teorias possui uma parte de verdade.

A verdade da teoria subjetivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. Vinculação à lei, tal como é exigida pela Constituição [...], significa tanto o texto da lei, como as valorações do legislador (histórico) que lhe são subjacentes. Mas isto não é tudo. A verdade da teoria objetivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá respostas a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores.

[...]

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há-de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independente delas. É o resultado de um pensamento em que todos os momentos mencionados, ou seja, tanto os subjetivos como os objetivos hão-de estar englobados e, como já se apontou, nunca chega a seu termo⁴⁸.

⁴⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 180.

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 446 e 448-449.

É possível dizer, assim, com apoio em Engisch que esse problema ainda aguarda uma decisão definitiva e que *“como todos os verdadeiros problemas fundamentais, nunca poderá ser definitivamente resolvido. Ele exigirá sempre de nós uma nova decisão, em conformidade com a nossa época”*⁴⁹. Ferraz Jr., por sua vez, acentua a conotação ideológica que a matéria possui em sua raiz, afirmando que ambas as posturas, levadas a extremos, produzem resultados indesejados: o subjetivismo, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo, favoreceria certo *“autoritarismo personalista”*, de que é exemplo a concepção da época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas de acordo com a vontade do “Führer” (*“Führersprinzip”*)⁵⁰; o objetivismo, por sua vez, favoreceria certo anarquismo, pois estabeleceria o predomínio de uma equidade duvidosa sobre a própria norma *“ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador, na elaboração do direito, para os intérpretes ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas norte-americanos, que direito é ‘o que decidem os tribunais’”*⁵¹.

Tal questão, no entanto, interessa ao presente de trabalho de forma secundária, eis que o essencial, quanto ao ponto, é destacar que o pressuposto básico dessa postura, denominada por Riccardo Guastini de teoria cognitiva é o de que a interpretação é uma atividade do tipo cognoscitivo, de maneira que interpretar consistiria em averiguar o significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva dos seus autores⁵². É dizer, ainda que haja diversas questões que possam ser levantadas quanto a esse dualismo (subjetivismo/objetivismo), o importante, para os propósitos do presente trabalho, é o registro de que a ideia subjacente a essas duas teorias é a de que a interpretação reduzir-se-ia a mero ato de conhecimento de um objeto pré-existente à atividade do intérprete, o que acaba por descurar os fatores que adentram o processo compreensivo do Direito e que, de certa maneira, serviram de mote para que se formulasse a crítica que pretendeu revisá-la de forma substancial.

⁴⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 182.

⁵⁰ FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 234.

⁵¹ Ibidem.

⁵² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 139.

O referido autor aponta que tal postura funda-se na crença de que as palavras incorporam um significado próprio, independente do uso que se lhes dê ou na crença de que as autoridades que editaram a norma tenham uma vontade unívoca e reconhecível como os indivíduos, estando, frequentemente, acompanhada dos dogmas da completude e da coerência do sistema jurídico, de modo que toda controvérsia somente possuiria uma única resposta, recusando-se, portanto, qualquer papel criativo aos juízes, seja na interpretação dos textos normativos, seja na colmatação das lacunas e/ou na superação das antinomias⁵³. Aponta o autor que tal postura estaria ligada à doutrina da separação dos poderes, ao princípio de sujeição do juiz à lei (princípio da legalidade na jurisdição), e ao “mito” da certeza do direito⁵⁴.

2.2 CETICISMO INTERPRETATIVO

Isto posto, cabe apresentar a segunda abordagem do fenômeno jurídico apontado acima em contraposição àquela que se acabou de analisar e que pode ser denominada, em linhas gerais, como *ceticismo interpretativo*, expressão utilizada, de forma genérica, para abarcar as teorias que compartilham, sobretudo, a ideia de acordo com o qual a interpretação seria atividade não de conhecimento, mas de valoração e decisão, e que se funda “na opinião de que não existe uma coisa como o significado próprio das palavras, já que toda palavra pode ter ou o significado que lhe incorporou o emissor, ou aquele que lhe incorpora o usuário, sendo que a coincidência entre um e outro não é garantida”⁵⁵. A partir daí chegar-se-ia à conclusão de que seria inútil a busca por parâmetros para avaliar a correção das decisões judiciais, entendendo-se que as normas jurídicas, como o sentido dos textos legais, não preexistem à interpretação, mas são o seu resultado, não sendo possível indicar quaisquer limites objetivos aos quais o intérprete esteja adstrito⁵⁶.

No entanto, e como geralmente ocorre na experiência jurídica, tal concepção, que aposta num voluntarismo do aplicador da norma, recebeu denominações diversas e teve características variadas nos diversos países em que verificou o seu

⁵³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139-140.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 140-142.

⁵⁶ *Ibidem*.

desenvolvimento. Não obstante, é possível observar uma certa convergência nos motivos que determinaram seu o aparecimento. Como abordado anteriormente, as doutrinas jurídicas que se formaram no início do século XIX, na França e no início do século XX, na Alemanha, reduziram o objeto de sua investigação aos textos legislativos e aos conceitos abstratos a partir dele elaborados, buscando, quase sempre, a construção de relações entre os diversos elementos do sistema jurídico a partir de nexos lógico-formais.

Não é de se estranhar, assim, o surgimento na sequência de propostas metodológicas que buscaram, de alguma maneira, superar as deficiências dessas concepções. Lênio Streck aponta que *“nas diversas tentativas de superação do positivismo primitivo construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da ‘razão’ para a ‘vontade’ e que “cada um dos ‘positivismos nacionais’ teve sua antítese: o movimento do direito livre, na França, o realismo norte-americano e escandinavo, no direito do common law, e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha”*⁵⁷. Acentua Ferraz Jr., por sua vez, que a polêmica verificada entre a Jurisprudência dos Interesses e, posteriormente, a Escola da Livre Interpretação, em relação à Jurisprudência dos Conceitos, ocorreu contra *“uma pretensão de um dispor conceitual autônomo sobre questões jurídicas apenas de um ponto de vista cognitivo”*⁵⁸.

Foi no seio desse movimento que se desenvolveu a denominada “Jurisprudência dos Interesses”, cuja metodologia não pode, por razões pragmáticas, ser exposta no presente trabalho, mas que, no essencial, pode ser apontada como o início do processo que teria desembocado no voluntarismo do Movimento do Direito Livre⁵⁹. Cabe observar, basicamente, que a “Jurisprudência dos Interesses” considera o Direito como “tutela de interesses”, ou seja, as leis seriam o resultado de uma contraposição de interesses presentes no momento da sua elaboração, extraindo daí a sua fundamental exigência metodológica de

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 122.

⁵⁸ FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

conhecer com rigor histórico, os interesses que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses, como método de interpretação⁶⁰.

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma atuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de desenvolver o Direito não apenas na fidelidade à lei, mas de harmonia com as exigências da vida. [...]

À Jurisprudência dos interesses estava destinado, na prática jurídica alemã, um sucesso invulgar. Com o decurso do tempo, revolucionou efetivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo de um juízo de ponderação de uma situação de fato complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração, próprios da ordem jurídica. Deste modo deu aos juizes uma consciência sã, tornando frequentemente supérfluas as pseudo-motivações⁶¹.

De acordo com Ramos⁶², um aprofundamento da crítica formulada pela Jurisprudência dos Interesses conduziu, na Alemanha, ao surgimento do denominado Movimento do Direito Livre, cujo principal mote era a ideia de acordo com a qual cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito, uma vez que *“é a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside à escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão”*, de maneira que o que levaria a se interpretar uma disposição, em um caso, de forma extensiva ou analógica e em outro literalmente, não seria a lei em si ou a lógica, mas o Direito livre e, sobretudo, a vontade daquele que a interpreta⁶³. Destacava o movimento do direito livre a impossibilidade de anular, totalmente, a individualidade do intérprete, assim como o fato de que, em muitos casos, o encontro da decisão seria antecipado pelo sentimento jurídico do operador do Direito⁶⁴. Por trás dessa concepção, e é muito importante o registro, residia a ideia de que a aplicação do Direito não se reduz a

⁶⁰ LARENZ, op. cit., p. 65-67. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 148.

⁶¹ LARENZ, op. cit., p. 69-77.

⁶² RAMOS, op.cit., p. 46.

⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 79-80.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 81.

uma mera operação de dedução lógica, posto que, tanto a procura pela decisão como a interpretação e a integração da lei seriam atividades criativas⁶⁵.

Ramos aponta, no entanto, as diferenças verificadas quanto à recepção dessas ideias no ambiente do *common law* em relação aos países vinculados à tradição romano-germânica. Enquanto na maior parte da Europa continental, a preocupação subjacente era deslocar o foco da atenção dos estudiosos do direito das normas aos fatos, verificou-se nos Estados Unidos o surgimento da corrente teórica denominada de “realismo jurídico”, de acordo com a qual o juiz criaria o direito inspirado, unicamente, na utilidade social da norma concreta por ele emitida⁶⁶.

Tem-se no realismo jurídico norte-americano, ainda que não exclusivamente, a representação talvez mais expressiva dessa concepção, por considerar decisivo para a definição do direito o processo de aplicação das normas, o denominado direito em ação (*law in action*) ou direito presente (*actual law*), em contraposição às normas abstratas que não passariam de um direito no papel (*law in books*)⁶⁷. De acordo com Dimitri Dimoulis, o entendimento do direito como resultado da sua interpretação que depende tão somente da vontade do intérprete, base do realismo jurídico, possui uma longa história no pensamento jurídico, indicando o autor numa frase proferida pelo Bispo Benjamin Hoadly em 1717, uma afirmação que é considerada como precursora da visão jus-realista: “*Quem quer que tenha uma autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis, escritas ou faladas, é aquele que é verdadeiramente, para todos os efeitos, o Legislador*”⁶⁸. Tal postura, no sentido de que não existiriam normas abstratas antes e/ou além de sua aplicação é denominada pelo autor como ceticismo das normas (*rule-scepticism*)⁶⁹.

Diante desse quadro, qual seja, a consideração de que o aplicador do direito deve atuar desembaraçado de qualquer limite normativo previamente estabelecido, não faz qualquer sentido para o realismo jurídico o debate entre subjetivismo e objetivismo interpretativo, uma vez que, se o aplicador não está adstrito em sua

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73-74.

⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 149.

⁶⁸ Ibidem, p. 150.

⁶⁹ Ibidem.

movimentação aos limites representados pelas fontes formais, não irá jamais reproduzir ou declarar um direito preexistente⁷⁰.

É muito fácil, a partir de tais ideias, chegar-se à conclusão de que seria absolutamente impossível visualizar qualquer significado prático no princípio da segurança jurídica. Com efeito, se os sentidos das normas são atribuídos de forma livre pelo intérprete, sem qualquer referência aos textos legislativos e aos precedentes judiciais, seria completamente inútil qualquer tentativa de buscar a realização do princípio da segurança jurídica, ao menos no que se refere ao seu aspecto de previsibilidade quanto às consequências atribuíveis aos comportamentos individuais.

Não é necessário que se faça uma análise detalhada para verificar os problemas de uma tal postura, notadamente, para os fins propostos pelo presente trabalho, seja por razões teóricas, seja por razões práticas. No plano teórico, é equivocada a ideia de que a atribuição de sentido feita pelo intérprete seja totalmente livre e, portanto, arbitrária, ou então que a norma somente surja após a sua interpretação, no sentido de que antes do processo interpretativo nada existiria, ideia que se contradiz, posto que é impossível falar-se em interpretação sem objeto a ser interpretado.

Se o Direito é interpretação, devemos identificar Direito e interpretação, lei e sua interpretação. Mas onde está o objeto a ser interpretado, se ele é dado pela interpretação? E se o objeto é dado pela interpretação, como diferenciar a interpretação da Bíblia, de um livro de culinária e da Constituição, uma vez que não podemos recorrer a uma diferença objetiva entre Bíblia, livro de culinária e Constituição antes da interpretação? Se o objeto a ser interpretado se identifica com sua interpretação, então, não há como distinguir entre boas e más interpretações por referência ao objeto, pois este não tem existência fora da interpretação. A pergunta não é mais: 'Qual a melhor interpretação de x?', pois essa formulação supõe que x se diferencia da interpretação de x⁷¹.

Verificado que não se pode, em razão da vagueza e indeterminação das palavras, entender-se que a norma jurídica possa ser entendida, unicamente, como resultante do processo interpretativo, deve-se perquirir acerca da vinculação do

⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

⁷¹ BARZOTTO, Luís Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 130-131 apud ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 329.

intérprete ao texto normativo, posto que é insuficiente a constatação anteriormente feita. Como bem demonstra Riccardo Guastini, o ceticismo *“descura os vínculos e limites objetivos aos quais estão sujeitas as escolhas dos intérpretes”*, uma vez que *“em todo ambiente cultural, os usos linguísticos correntes admitem uma gama, ainda que vasta, mas limitada de significados possíveis para toda expressão dada, devendo-se considerar, ainda, que entre os hábitos linguísticos difundidos, estão incluídas as interpretações já creditadas e consolidadas de um certo texto normativo”*. Assim, por mais que a linguagem possa ser, em geral, ambígua e vaga, há contextos significativos e estruturas de sentido que pelo tempo e pelo uso vão se incorporando ao respectivo ambiente cultural, de maneira que a atribuição de significado que extrapola tais limites e que não sejam passíveis de serem argumentadas de maneira convincente, estarão fadadas ao insucesso⁷².

Por isso é de se negar qualquer postura que pretenda enxergar no processo interpretativo, uma atividade estritamente criativa e independente, pois, da existência de qualquer dado preexistente à atividade do intérprete. Uma tal concepção teria como consequência a consideração da impossibilidade da comunicação, posto que a linguagem, como processo de transmissão de sentidos, depende, essencialmente, da existência de um acordo a respeito do significado das palavras. É dizer, a linguagem e, conseqüentemente, os sentidos das palavras encontram-se, de certa forma, já gravados num determinado código simbólico, do qual o intérprete não pode se distanciar, ainda que não se desconsidere a possibilidade de alteração de sentidos decorrentes do contexto linguístico em que estão inseridos, bem como as mutações que podem ser verificadas em função de fatores exteriores ao Direito. As análises sintática, semântica e pragmática, propugnadas pela semiótica jurídica, bem indicam tal questão.

[...] a compreensão do Direito como uma prática argumentativa e a aceitação de que a norma não envolve apenas um sentido, mas sentidos normativos alternativos – como será adiante retomado –, tudo isso não impede a persecução dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Isso porque, de um lado, o caráter argumentativo do Direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as consequências normativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que,

⁷² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 141.

paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional. A concepção realista, de que a decisão judicial depende de aspectos frívolos, como se o juiz teve uma boa noite e tomou um bom café da manhã, é ela, sim, totalmente irreal, pois a decisão nunca opera em um vácuo, tendo em vista, entre outros fatores, os significados intersubjetivamente assimilados à linguagem e os séculos de interpretação e de significações compartilhadas pelos operadores do Direito. Cardozo apresenta a questão de maneira inigualável:

‘O juiz, mesmo quando ele é livre, ele não é ainda totalmente livre. Ele não pode inovar por prazer. Ele não é um errante, divagando voluntariamente na busca do seu próprio ideal de beleza ou bondade. Ele deve buscar sua inspiração em princípios consagrados. Ele não está ali para um sentimento espasmódico, para vaga e desregulada benevolência. Ele deve exercer a discricionariedade informada pela tradição, metodizado pela analogia, disciplinado pelo sistema, e subordinado à ‘primordial necessidade de ordem na vida’⁷³.

Deve-se reconhecer, no entanto, que as observações feitas pelos teóricos dessa doutrina têm o grande mérito de chamar a atenção dos estudiosos para o processo de interpretação-aplicação do direito, sobretudo para a pluralidade de possibilidades interpretativas de um mesmo texto e para os componentes extrajurídicos que podem influenciar no processo de decisão, mostrando, dessa forma, que as posturas anteriores partem de um pressuposto falso na formulação da norma de decisão, qual seja, o da univocidade da possibilidade interpretativa, bem como da total separação entre a subjetividade do intérprete e o resultado do processo de interpretação.

Ao mesmo tempo, ainda que de forma indireta, chamam a atenção da Ciência Jurídica para a importância do processo de aplicação do direito, antes relegado a um plano secundário. Nesse sentido, tem total razão Barroso, que denomina sobredita corrente teórica como “a reação antiformalista”, ao salientar que em todas essas diferentes escolas do pensamento jurídico (Movimento do Direito Livre, Realismo Jurídico) estão presentes, de alguma maneira, as seguintes características: (i) reação à crença de que o Direito poderia ser encontrado integralmente no texto da lei e nos precedentes judiciais; (ii) a rejeição da tese de que a função judicial seria meramente declaratória, para reconhecer, ao contrário, que em diversas situações o juiz desempenha um papel criativo; e (iii) a compreensão da importância dos fatos

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 170-171.

sociais, das ciências sociais e da necessidade de interpretar o Direito de acordo com a evolução da sociedade e visando à realização de suas finalidades⁷⁴.

O desenvolvimento de uma metodologia do Direito que não se deixe levar pelos extremos das teorias citadas talvez seja um dos maiores desafios do Direito, missão essa que não poderia ser cumprida no presente trabalho. A síntese proposta na sequência, elaborada com base em autores que, sem negar a criatividade inerente ao processo interpretativo, não rejeitam a existência de vínculos a que estão adstritos os operadores jurídicos, tem uma finalidade muito mais modesta, qual seja, apontar, rapidamente, o que se pode considerar como acertado em cada uma dessas teorias a partir dos avanços verificados em termos de Teoria da Interpretação e possibilitar o reexame do princípio da segurança jurídica a partir dessa premissa.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276-277.

3 UMA SÍNTESE DE DOIS MODELOS

O que se constata, hodiernamente, é uma tendência pela busca de um ponto de equilíbrio entre essas duas concepções, cujas ideias de base permitiram avanços significativos na compreensão do fenômeno jurídico. Com efeito, o ceticismo interpretativo demonstrou que a pretensa neutralidade da Ciência do Direito, notadamente no que se refere à atividade dos seus intérpretes, não passava de um mito, na medida em que o Direito depende, essencialmente, dos seus processos de interpretação/aplicação, momento em que o subjetivismo do intérprete adentrará inelutavelmente. No entanto, não é verdadeiro que a decisão seja fruto, exclusivamente, do arbítrio de quem a profere, seja pelo fato de o Direito representar, entre outras coisas, uma limitação à atividade exegética, seja pela circunstância de que o ser humano encontra-se inserido em um contexto histórico-social que funciona, também, como fator de heterolimitação do seu agir.

Nesse âmbito, a Hermenêutica desempenhou papel de relevo para a superação desse problema, ao assentar a natureza do processo compreensivo no âmbito das ciências do espírito, pois, como ensina Reale, *“no mundo humano, como os fatos sociais fazem parte da vida, dos interesses e dos fins do observador, este, por mais que pretenda ser cientificamente neutro, não os vê apenas em seus possíveis enlaces causais, havendo sempre uma tomada de posição perante os fatos, tomada de posição essa que se resolve num ato valorativo ou axiológico”*⁷⁵. Isto posto, pode-se afirmar que *“compreender é ordenar os fatos sociais ou históricos segundo suas conexões de sentido, o que quer dizer, finalisticamente, segunda uma ordem de valores”*⁷⁶.

Leciona Lênio Streck que a hermenêutica remonta ao período medieval e significava, tradicionalmente, teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos e comportava duas dimensões: uma descritiva, preocupada em constatar como se dá o processo interpretativo-compreensivo e uma prescritiva, que procura estabelecer um conjunto de regras e métodos para se interpretar e compreender os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, notadamente, no âmbito da

⁷⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 86.

arte (Filologia), no âmbito religioso (Teologia) e no âmbito jurídico (Direito)⁷⁷. Todavia, o seu desenvolvimento acabou por demonstrar que a hermenêutica não é um método entre outros métodos, mas sim “*filosofia transcendental, no sentido de que indica as condições gerais de possibilidade de compreensão do sentido. Enquanto tal, não prescreve nenhum método. Apenas diz, sob que pressupostos, se pode compreender algo no seu sentido*”⁷⁸.

A hermenêutica dirige-se *contra o conceito objectivista de conhecimento*, ela supera o esquema sujeito/objecto (o sujeito cognoscente conheceria o objeto na sua pura objectividade sem mistura de elementos subjectivos – o conhecimento como ‘reprodução’ do objecto na consciência) aplicado ao fenómeno da compreensão (mesmo nas ciências naturais já não vale hoje irrefutavelmente). A compreensão é, antes, sempre *simultaneamente objectiva e subjectiva*; o intérprete insere-se no ‘horizonte de compreensão’ e não se limita a representar passivamente o objecto na sua consciência mas antes o conforma, ou, noutros termos: não se limita a ‘subsumir’ o caso na lei permanecendo completamente à margem deste processo, mas desempenha um *papel conformador activo* na chamada ‘aplicação do direito’. E tal como é inútil procurar uma ‘justiça objectiva’ o é qualquer tentativa de, nas ciências da compreensão, separar a racionalidade da personalidade do intérprete.

A superação do esquema sujeito/objecto no conhecimento *não significa*, no entanto, *um regresso ao subjectivismo*, quiçá ao modo da ética de situação ou do existencialismo de Sartre. Pensamento hermenêutico não significa ficar preso às circunstâncias do momento, mas viver da ‘herança’ da *tradição* como ‘base comum do mundo aberto em que nos encontramos’, ‘como património adquirido de conhecimentos comuns a partir do qual vivemos’. A hermenêutica parte do facto de ‘que quem queira compreender, está ligado àquilo que é transmitido e está ou entra em contacto com a tradição donde provém o que é transmitido’. [...]

O facto de a determinação do direito não ser apenas um mero acto passivo de subsunção, mas um acto conformador, em que intervém o aplicador do direito, significa que *o direito não é algo de substancial*, que não está, como se diz no ‘Witiko’ de Stiffers, ‘nas coisas’, e que, ao invés, todo o direito tem um *carácter situacional*, o direito é algo de *relacional*, existe nas relações dos homens entre si e com as coisas. Com isto se compreende facilmente que, para um tal pensamento jurídico, apenas possa existir um ‘*sistema aberto*’ e, dentro deste, apenas ‘*intersubjectividade*’⁷⁹.

A estrutura do processo compreensivo é muito bem exposta por Mártires Coelho que, com apoio em lição de Carlos Cossio, assinala que “*enquanto a explicação prossegue, sem cessar, na mesma direção assinalada pelo seu momento de partida, a compreensão, pelo contrário, ao avançar, depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida, e daí, outra vez ao antes referido, num*

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 233-234.

⁷⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 67-70.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 67-70. Destaques do original.

círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa”, de modo que, “no conhecimento por explicação, qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um recomeço e não aumenta o conhecimento, sendo que, ao contrário, todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-o mais adiante”⁸⁰.

Nessa exposição estão coimplicadas, ainda que implicitamente, duas ideias fundamentais da Hermenêutica, quais sejam, a da pré-compreensão do intérprete e do círculo hermenêutico, figura que representa a estrutura do compreender. A estrutura circular do compreender, o círculo hermenêutico de que se falou, reflete um movimento que não é linear, mas que se desenvolve em um ir e vir, seja da parte do texto ao todo, seja da lei ao caso, e vice-versa, mas no qual, em verdade, o retorno ao ponto inicial nunca representa um reinício puro e simples, mas um regresso já com novos conhecimentos e com as aquisições de novas perspectivas e novos pontos de vista. Larenz, ao acentuar a circularidade do processo compreensivo, destaca, não apenas a dependência do significado das palavras, em cada caso, com a conexão do sentido do texto e este, do significado das palavras que o formam e de sua combinação, mas também a tomada de posição do intérprete quanto ao sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto⁸¹. A partir daí, sempre que surjam dúvidas, deverá retroceder ao significado da palavra aceito inicialmente e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso⁸².

Eros Roberto Grau, com base em Gadamer, expõe que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que faz referência ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo. Heidegger, de quem Gadamer toma a concepção de círculo hermenêutico, descreve-o de forma tal que a compreensão do texto se encontra continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão – o círculo do todo e as partes não se anulam na compreensão total, porém nela alcançam sua realização mais autêntica⁸³.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

⁸¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 286.

⁸² Ibidem, p. 286.

⁸³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

Perceba-se, pois, que a antecipação de sentido do texto não decorre, apenas, da conexão estabelecida pelo intérprete entre as partes e o todo e vice-versa, mas se dá sempre a partir de uma perspectiva específica, uma vez que, quem se propõe a interpretar algo o faz a partir de seu modo peculiar de ser, de suas experiências anteriores, do seu entendimento da matéria, das suas expectativas. Como assinala Grau, a pré-compreensão expressa a antecipação de resultado, sendo que desde ela até o instante da determinação da regra da decisão estende-se uma complexa rede de novas antecipações de resultado⁸⁴. De acordo com Larenz, *“o intérprete está munido de uma pré-compreensão com que acede ao texto, que se refere à coisa que o texto trata e à linguagem em que se fala dela, de modo que sem ela seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma conjectura de sentido”*⁸⁵, afirmando ainda que *“a sua pré-compreensão pode ser entendida, basicamente, como o resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as últimas experiências profissionais e extra profissionais, mormente as que respeitam a fatos e contextos sociais”*⁸⁶.

Ainda que não se possa estabelecer uma conexão entre essa perspectiva e as teses defendidas pelas correntes céticas a respeito da interpretação acima expostas, pode-se vislumbrar que as suas ideias, mesmo que equivocadas em alguns aspectos possuem uma parte de razão que não se deve esquecer. Ao demonstrar que o processo compreensivo está, umbilicalmente, ligado à personalidade do intérprete, refutando-se, dessa maneira, qualquer pretensa objetividade, e que o encontro da decisão, em muitos casos, decorreria da antecipação de um sentimento jurídico, tais teorias jogaram luzes sob aspectos do Direito anteriormente ignorados pela dogmática e que possuem significado importantíssimo. O problema é que, no entanto, ao acentuarem tais aspectos, acabaram por desembocar num voluntarismo inconsequente e que, na verdade, ignora os limites representados pelo contexto sócio-cultural no qual inseridos os intérpretes, além da existência de significados mínimos incorporados às palavras.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117.

⁸⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 287-289.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 287-289.

Não obstante, tais ideias, aliadas à Hermenêutica Jurídica, permitiram o desenvolvimento de uma nova concepção a respeito do processo de interpretação-aplicação do Direito, de que é exemplo a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é, desse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir⁸⁷.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma haverá um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade, chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma norma só⁸⁸.

⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77-87. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29-35.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30-31. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-43. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 84 e ss.

É importante, no entanto, que a distinção acima realizada e de uso corrente atualmente não seja considerada de forma extremada, de maneira a se permitir, simplesmente, que a sua invocação seja utilizada para permitir que o intérprete liberte-se dos significados passíveis de serem atribuídos a um determinado enunciado. Ainda que não se desconheça exemplos de construção de interpretações superadoras dos textos legislativos, isto não pode servir para justificar qualquer postura interpretativa. Como afirma Guastini, disposição (enunciado que integra um documento normativo) e norma não são entidades heterogêneas, uma vez que, do ponto de vista ontológico, a disposição e a norma não são nada mais do que enunciados, sendo errado, assim, imaginar que a disposição seja um objeto empírico, perceptível aos sentidos, enquanto a norma seria, apenas, enquanto significado, uma simples construção mental. Isso decorre da circunstância de que *“não há outro modo de formular um significado, senão por meio de palavras, e os significados não possuem uma existência independente das palavras com os quais são expressos”*, de maneira que *“a distinção entre disposição e norma não pretende ser uma distinção ontológica entre os enunciados e alguma coisa distinta dos enunciados. Trata-se, mais modestamente, da distinção entre duas classes de enunciados”*⁸⁹.

A utilidade, portanto, de tal distinção decorre da ideia de que o Direito depende de processos de argumentação e justificação, não se limitando a sua interpretação a um mero exercício de identificação de um objeto, mas implicando, necessariamente, a reconstrução de sentido dos textos interpretados. Ao afirmar-se que a tarefa do intérprete é reconstrutiva de sentidos, quer-se acentuar que ela acarreta, concomitantemente, uma tarefa *cognitiva* e *criativa*, no sentido de que, a partir de determinados significados já incorporados e dos quais não se pode descurar, estabelece ela novas conexões de sentido. Como acentua Ávila, *“a compreensão do significado como o conteúdo conceitual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação, o que não ocorre, pois o significado é algo que depende precisamente do seu uso e interpretação”*, como se pode verificar pelas modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço pelas disputas dogmáticas a respeito de qual o sentido mais

⁸⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-43.

adequado que se deve atribuir a um texto legal⁹⁰. Todavia, tal constatação não implica que o significado dependa, tão somente, do uso que é dado às expressões, uma vez que há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem.

Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporados ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como 'vida', 'morte', 'mãe', 'antes', 'depois', apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dada da comunicação. [...] Bydlinsky sustenta semelhante argumento: 'Praticamente, a comunicação linguística humana é de tal modo construída, que, dentro de determinados limites, com determinadas palavras dos membros de uma dada comunidade linguística são vinculadas as mesmas ideias'⁹¹.

Todas as considerações feitas até o presente momento têm por finalidade, primeiramente, fundamentar o entendimento, aqui defendido, de que o Direito é uma entidade dinâmica inserida no contexto social e que sua realização é dependente de uma série de fatores. A questão da interpretação é significativa dessa ideia, eis que sob tal rótulo, por vezes, apresenta-se uma série de fenômenos com os quais os juristas são, frequentemente, desafiados. Tal concepção pretende colocar em evidência o fato de que o Direito é, essencialmente, dependente dos seus processos de aplicação e está, assim, nas relações humanas (intersubjetividade). Ao mesmo tempo, pretende-se, também, desmistificar o entendimento de que o Direito seria dependente, exclusivamente, da interpretação dos textos jurídicos realizadas pelos seus operadores, ideia que, no limite, importaria na conclusão da inexistência do caráter heterolimitador desempenhado pelo Direito⁹², o que não se coaduna, minimamente, com o Estado de Direito e com o Princípio da Legalidade.

⁹⁰ ÁVILA, op. cit., p. 31.

⁹¹ Ibidem, p. 32-33.

⁹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48-49.

O fundamental, pois, é que, tendo-se estabelecido tal premissa, o problema da segurança jurídica ganha um novo significado, posto ser insuficiente a simples busca por clareza conceitual e “exatidão” na interpretação das normas jurídicas. Perceba-se como, por exemplo, é problemática a questão do Princípio da Legalidade com base na ideia, acima exposta, de que, conquanto não sejam traços absolutos, a vagueza e a indeterminação da linguagem impedem a formulação exata de enunciados sobre o conteúdo das normas. Ao mesmo tempo, é inegável que existem limites à atividade interpretativa, seja ela levada a efeito pelo Poder Judiciário, pela Administração Pública e, até mesmo, pelo Poder Legislativo, tendo em vista, neste último caso, os limites impostos ao conteúdo material da legislação pela Constituição.

O alentado estudo sobre a segurança jurídica produzido por Humberto Ávila é significativo dessa concepção. Com efeito, se ela – a segurança jurídica – era definida, tradicionalmente, como a possibilidade de os cidadãos preverem as consequências dos seus comportamentos, o que implicava, implicitamente, na crença do Direito como algo pronto, estático e independente da atuação do intérprete, a partir do momento em que se verifica que o Direito é inelutavelmente dependente do seu processo de aplicação, deve-se procurar abarcar, na sua conceituação, tal aspecto. Trata-se, na definição do próprio Humberto Ávila, de:

[...] uma concepção juspositivista argumentativa (por isso, pós-positivista), pois, de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do Direito posto, de outro, sustenta que a sua realização depende da reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não advindo da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente⁹³.

O que se defende, aqui, é a compreensão do Direito como uma harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas: a atividade do operador do Direito, parte de reconstruções de significados normativos por meio de regras de argumentação – contudo tem a sua aplicação dependente de postulados hermenêuticos e aplicativos. O Direito, assim, ao contrário de ser um mero objeto cuja realização independe de estruturas argumentativas, ou uma simples atividade argumentativa sem qualquer heterolimitação decorrente de significados normativos que o antecedem; é uma espécie de “objeto-atividade”, pois requer, para a sua realização, a reconstrução de significados e de estruturas argumentativas de legitimação e de fundamentação. Afinal, não há como negar o caráter argumentativo do Direito.

[...]

Essa aparente contradição, no entanto, é dissipada quando se verifica que o caráter argumentativo do Direito é objeto de controle por meio dos já

⁹³ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 110.

referidos processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação. E o caráter argumentativo que permeia esses processos, depende tanto de condições de *racionalidade* quanto de *coerência*. A *racionalidade* é assegurada por regras racionais de argumentação, dentre as quais a necessidade de justificação e de universalização. Desse modo, nenhuma asserção pode ser feita sem que lhe seja agregado um argumento. Essa justificação, a seu turno, depende de sua capacidade de universalidade: sempre que ocorrer determinado fato, deve ser aplicada determinada consequência, assim ocorrendo para todos os casos que tiverem as mesmas características. A *coerência* é garantida por meio da recondução da decisão a um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras, especialmente graças ao suporte material dado por princípios fundamentais. Isso impede tanto que se parta do zero para decidir cada novo caso, quanto que se encontre uma decisão arbitrária e *ad hoc*. Se a essas regras de racionalidade argumentativa e de coerência substancial forem agregadas regras a respeito da determinação, da legitimação, da argumentação e da fundamentação, o nível de controle passa a ser bastante elevado. Com essas precauções, pode-se compatibilizar o caráter argumentativo do Direito com as exigências de cognoscibilidade e de calculabilidade do Direito decorrentes do princípio da segurança jurídica⁹⁴.

Perceba-se, no entanto, que num Estado de Direito as leis devem ser, tanto quanto possível, gerais e abstratas, não se dispensando, portanto, a busca por clareza conceitual. É dizer, ainda que se saiba que a segurança jurídica não é alcançada apenas por meio da função legislativa, não se pode, simplesmente, imaginar ser desnecessária a edição de leis que sejam, tanto quanto possível, claras, compreensíveis e estáveis, eis que se trata, no dizer de Calmon de Passos⁹⁵, da primeira redução da complexidade do agir humano que, se antes possuía um leque enorme de opções, passa, a partir de então – da edição da lei – a ter menos opções para a sua atuação.

A convivência social põe para o indivíduo, ou para os indivíduos, em cada situação concreta em que se situem, um complexo de alternativas de comportamento. Figuremos um exemplo. Deseja-se solução para o problema do aproveitamento das terras que sejam da propriedade de particulares. Não há, para esse problema, uma solução única, inelutável, impositiva. Inúmeras podem ser pensadas. Reduzir essa indeterminação, de modo a se emprestar previsibilidade e possibilitar exigibilidade de certo compromisso individual com segurança de sua efetividade, reclama seja definida, no universo de possibilidades de ser que a situação em foco admite uma que se revista do caráter de dever ser institucionalmente em condições de obrigar e ordenar concretamente o comportamento social. Essa primeira opção é de natureza política e deve ser formalizada pelos órgãos legitimados para o exercício dessa função, precipuamente

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 254 e 273-274.

⁹⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

legislativa. Mas esse dever ser enunciado genericamente, porque linguagem, discurso, jamais será de implicar uma única e necessária interpretação, eliminando toda e qualquer possibilidade de alternativas subsequentes, por conseguinte, incapaz de conduzir, sempre, em toda e qualquer situação concreto de conflito, a um só tipo de decisão. Impõe-se, destarte, a necessidade de uma segunda redução de complexidade, colocada, agora, a cargo dos agentes públicos e dos sujeitos privados destinatários da norma. Caso disso decorra algum conflito, ou algum conflito se mostre potencialmente possível, a tarefa é transferida para os órgãos da função jurisdicional, que formularão o entendimento redutor, com impositividade, no caso concreto. Essa segunda redução de complexidade, quando transferida ao julgador, não pode ser nem arbitrária nem discricionária, visto como se negaria, aqui, o princípio que informou a primeira redução de complexidade, que se tornaria inócua e nenhuma. Por outro lado, se essa atividade se dá num sistema democrático, tanto aqui, quanto ali, se faz essencial a adequação ao devido processo legal respectivo. Por via de consequência, e conclusão necessária, se inexistir no sistema instrumentos mediante os quais se empreste, no máximo possível, segurança e coerência nessa segunda redução de complexidade, portanto previsibilidade, negar-se-á (ou se anulará) quanto antes afirmado, disfuncionalizando-se o sistema como um todo. Essa exigência fala em favor da força vinculante de certas decisões dos tribunais superiores, nas condições que serão adiante estudadas.

Assim entendendo, sempre me senti algo perplexo com a celeuma criada em torno do problema da súmula vinculante, contenda que me pareceu muito mais fruto de má comunicação, deficiente informação ou envolvimento emocional dos interessados que de algo inerente ao problema⁹⁶.

Se o intérprete não pode negar o sentido mínimo das expressões utilizadas pelo legislador, também não se pode pretender, com o argumento da vedação à discricionariedade, virar as costas para os fenômenos que ocorrem no processo de produção do Direito. Pode parecer leviana a afirmação que se fará, mas o próprio desenvolvimento por Savigny de quatro elementos para a “interpretação”, já demonstra, em parte, a sua insuficiência para explicar o seu próprio funcionamento. Sem querer entrar na questão da metodologia nas ciências, em especial na Dogmática Jurídica, parece problemático aceitar-se que o intérprete possa “escolher” o meio pelo qual a decisão a respeito da interpretação será tomada. Além disso, deve-se ter presente, que afirmação do autor, no sentido de que não se trata propriamente de métodos de interpretação a serem escolhidos, mas diversas atividades que devem intervir conjuntamente para que se possa chegar a uma interpretação correta, é tida por Engisch como formulação hábil para contornar o problema, dada a possibilidade de que cada um desses elementos conduza a

⁹⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

resultados contraditórios, sem que se possa determinar, cientificamente, qual deles é o correto⁹⁷.

Tendo em vista tais considerações, a conclusão inexorável a que se chega é a de que a interpretação das normas jurídicas, assim entendidos os sentidos atribuídos aos enunciados normativos, variará de acordo com uma série de fatores, de maneira que, se a segurança jurídica era, anteriormente, observada apenas sob um prisma estático, precisará, para manter alguma funcionalidade, obter uma formulação dinâmica, que permita lidar com essa nova concepção do Direito. Como adiantado na parte introdutória do presente trabalho, o direito positivo brasileiro já

⁹⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 145. Por uma apresentação de uma proposta classificatória e valorativa dos argumentos jurídicos, entendidos como elementos de justificação racional da interpretação jurídica, ver ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, jan./fev./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2013. Nele, o autor, após fazer uma classificação entre argumentos imanentes (linguísticos e sistemáticos) e transcendentais (históricos e genéticos) ao ordenamento jurídico, constrói uma regra de preferência *prima facie* em favor dos primeiros sob o seguinte fundamento: “Diante dessas considerações, logo se vê que os argumentos imanentes ao sistema jurídico têm sua força justificativa, fundada no princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e no princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, e art. 5º, inciso I, da CF/88). Isso porque, o poder parlamentar tem representatividade democrática para tomar decisões; e o respeito a essas decisões é um elemento necessário ao princípio da separação dos poderes. Os argumentos sistemáticos decorrem da ideia de coerência do sistema jurídico, que se deixa reconduzir aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), sem os quais, em vez de controle jurídico do Estado, racionalidade do Direito pela clareza e previsibilidade e tutela plena dos direitos, há arbitrariedade. Os argumentos institucionais transcendentais (argumentos genéticos e históricos), por sua vez, não decorrem da força vinculativa do Poder Legislativo. Eles apenas indiretamente podem ser a ele reconduzidos, na medida em que exploram os trabalhos preparatórios ao conteúdo final dos atos legislativos ou visam a reconstruir um momento histórico anterior. Os argumentos não-institucionais ou meramente práticos nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por consequência, aos princípios imanentes do Estado Democrático de Direito. [...] Como consequência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não-institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apoiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, insitas ao princípio do Estado Democrático de Direito. Em decorrência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, e também por razões de segurança jurídica, pode-se afirmar que os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos linguísticos e sistemáticos) devem ter prevalência sobre os argumentos a ele transcendentais (argumentos genéticos e históricos), na medida em que aquilo que foi finalmente estabelecido pelo Poder Legislativo deve prevalecer sobre aquilo que deixou de ser estabelecido. Além disso, a própria racionalidade imanente ao Estado de Direito conduz à ideia de previsibilidade do Direito. Previsibilidade essa que só é concebível se as normas puderem ser compreendidas: não é sequer praticável, para que cada norma venha a ser compreendida e seguida, fazer uma pesquisa histórica para ver se o legislador não pretendeu, talvez, dizer algo diferente do que acabou dizendo. As normas devem ser compreendidas e seguidas pelos seus destinatários, por isso mesmo que são discutidas, votadas e publicadas. E se assim é, aquilo que foi dito (argumentos linguísticos e sistemáticos) deve prevalecer sobre o que deixou de ser (argumentos genético)”.

possui alguns dispositivos que reconhecem, de certo modo, tal tendência, mas ainda é necessário avançar um pouco mais.

Ao final desta parte, acredita-se que foi estabelecido o pressuposto fundamental do presente trabalho, qual seja, o de que o princípio da segurança jurídica, formulado a partir de uma concepção objetivista do Direito, precisa ser resignificado, de maneira a garantir certas expectativas que se formam com base no Direito vigente em determinado contexto histórico, entendido como tal o conjunto não só dos textos legislativos, mas, principalmente, o significado dominante a eles atribuído naquele momento. Com base nisso poderão ser apontadas as condições que o princípio da segurança jurídica prescreve devem ser observadas no processo de aplicação do Direito, seja no momento inicial da formulação de uma determinada interpretação, seja por ocasião da sua superação.

4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

4.1.1 Princípios e regras: uma justificação preliminar

Tendo em vista que o presente trabalho dedica-se a analisar as interações existentes entre o princípio da segurança jurídica diante das alterações do Direito, decorrentes de modificações na interpretação dos seus textos legislativos, parece importante apontar, previamente, qual o conceito de princípio adotado, não obstante as grandes dificuldades presentes nessa tarefa. É que, provavelmente, essa seja uma das matérias que mais tenham sido debatidas no cenário jurídico nacional, havendo um sem-número de conceitos a seu respeito, sem que se possa falar em qualquer uniformidade, que, provavelmente, nunca será alcançada. Vale, por isso, lembrar a lição de Engisch, para quem esse problema, assim como todos os verdadeiros problemas fundamentais, nunca poderá ser resolvido definitivamente⁹⁸.

Não sendo esse o tema do presente trabalho, cabe apenas indicar que se adota aqui a concepção de Humberto Ávila a respeito dos princípios jurídicos, exposta no seu livro: *Teoria dos Princípios*, para quem é possível traçar uma dissociação entre princípios e regras a partir de três critérios, quais sejam, (i) o critério da natureza do comportamento prescrito; (ii) o critério da natureza da justificação exigida e (iii) o critério da medida de contribuição para a decisão⁹⁹.

Afirma o autor que *“enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”*¹⁰⁰. Deve-se ter em vista, no entanto, que a proposta formulada pelo autor apenas destaca uma característica primária das referidas espécies normativas, uma vez que, tanto as regras prescrevem uma determinada finalidade, para a qual o comportamento por

⁹⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008. p. 182.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71-78.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 71.

elas exigido é tido como hábil à sua consecução, quanto os princípios também justificam a adoção de determinados comportamentos, quais sejam, aqueles necessários e adequados à promoção do estado de coisas por eles impostos.

Todavia, essa dissociação é importante na medida em que, ao destacar que as regras são imediatamente descritivas, ao passo que os princípios são normas imediatamente finalísticas, permite verificar que cada uma delas exige uma distinta justificação para a sua aplicação. Com efeito, as regras exigem para a sua aplicação uma *“avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte”*¹⁰¹, ao passo que *“a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”*¹⁰². É dizer, enquanto para a aplicação da regra o intérprete deve argumentar quanto à correspondência entre a hipótese da norma e dos fatos do caso e da finalidade subjacente à norma, nos princípios deve ele justificar que determinada conduta contribui para a promoção do estado de coisas por eles imposto.

Diante do fato de as regras estabelecerem comportamentos que devem ser adotados, fixando, em síntese, o que é proibido, permitido ou obrigatório, tem-se que a sua aplicação não demanda, na maior parte dos casos, a consideração de outras razões para a sua aplicação, tendo elas, por assim dizer, uma pretensão de decidibilidade e abrangência. Os princípios, ao contrário, por apenas estabelecerem fins a serem alcançados *“consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”*¹⁰³.

Apresentados os critérios que justificam a dissociação entre princípios e regras pelo autor, pode-se apresentar a conceituação por ele feita a respeito dessas duas espécies normativas. Afirma Ávila que:

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 73.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem, p. 76.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁰⁴.

A grande vantagem dessa conceituação é que, ao se considerar os princípios como normas que demandam a consecução de determinadas finalidades, impõe-se ao intérprete que em sua justificação argumente de modo a demonstrar quais os comportamentos exigidos para a promoção do estado de coisas imposto pela norma. De outro lado, afasta-se a consideração de que apenas os princípios incorporariam valores ao ordenamento jurídico, na medida em que as regras, ainda que mediamente, também positivam valores, sendo que, no entanto, ao invés de deixar para o intérprete a especificação dos comportamentos tidos como valiosos, o próprio legislador já se encarregou de assim proceder.

4.1.2 Critério de análise do princípio da segurança jurídica

Como já dito, o presente trabalho tem por finalidade investigar as relações existentes entre as alterações verificadas no interior do ordenamento jurídico através do processo de aplicação do Direito e o princípio da segurança jurídica, tratando-se, pois, de um aspecto específico de uma ideia maior. Dessa maneira, na presente parte, a análise das demais dimensões da referida norma será feita apenas naquilo que se relaciona com a questão principal do trabalho.

Tal observação é importante porque, em muitos casos, sob o pretexto de se investigar o princípio da segurança jurídica, acaba-se por abordar apenas uma das suas manifestações, o que contribui, por paradoxal que seja, para o aumento da sensação de insegurança que o tema gera. Ou então, no limite, pelo fato de se tratar de ideia intrinsecamente ligada ao Direito em si, permite que as questões

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78-79.

fundamentais da Ciência Jurídica sejam a ela reconduzidas, de maneira a se questionar, inclusive, a sua utilidade.

Por fim, em muitos casos, verifica-se um conflito interno entre os próprios elementos do referido princípio, ou então, entre ele e outros princípios jurídicos, aquilo que Kaufmann chama de *“tensões no interior da ideia de Direito”*¹⁰⁵.

Após registrar que a segurança jurídica possuiria três momentos, quais sejam, positividade, exequibilidade prática e estabilidade, observa o filósofo que o princípio da igualdade impõe a proibição do arbítrio, ao passo que a justiça material intenciona a realização do bem comum e que a segurança jurídica pretende paz jurídica, sendo possível daí decorrer conflitos de fins, sobretudo entre a justiça material e a segurança jurídica, posto que a generalidade da lei impede-a de ser justa em todos os casos individuais. Como registra o filósofo, a fronteira entre a justiça material e a segurança jurídica nunca poderá ser fixada de forma geral e para todos os tempos, vendo-se aí, novamente, que *“a ideia de direito não se situa apenas num céu de valores, em que reine apenas a pura harmonia, mas antes no mundo dos homens, sendo, portanto, contingente e finita”*¹⁰⁶.

Veja-se, por exemplo, que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos das suas decisões no julgamento de ações versando sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo é apontada, frequentemente, como um corolário do princípio da segurança jurídica, o que, inclusive, consta das leis que disciplinam a matéria (art. 27, Lei n. 9.868/99 e art. 11, Lei n. 9.882/99).

Como é evidente, trata-se, nesses casos, da segurança jurídica sob o aspecto da estabilidade do ordenamento jurídico, ou, em outras palavras, como confiabilidade.

Não obstante, a aplicação irrefletida desse mecanismo pode ter o efeito de prejudicar a realização do mesmo princípio, agora sob a sua dimensão de calculabilidade, entendida como a capacidade de antever, ainda que minimamente, quais as consequências para a prática de atos conforme e não conformes ao Direito. Com efeito, a decisão de inconstitucionalidade, como decisão que reconhece a prática de um ato desconforme à Constituição, ato ilícito¹⁰⁷ pois, quando

¹⁰⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 281-288.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 287-288.

¹⁰⁷ Observe-se que a expressão “ato ilícito” é preferível à expressão “ato nulo” por algumas razões. Com efeito, a nulidade é efeito imposto pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em

acompanhada da modulação dos seus efeitos acaba por inverter a lógica de funcionamento do ordenamento jurídico, pois atribui os mesmos efeitos a um ato praticado de forma contrária ao Direito. Nessa hipótese, o Direito tem por prejudicada a sua função de orientação dos comportamentos ao se atribuir as consequências de um ato lícito à prática de um ato ilícito.

Assim, e como diz Humberto Ávila, a análise da segurança jurídica ou é inteira ou não é segura¹⁰⁸. Por isso, a necessidade de que a análise do princípio da segurança jurídica seja feita a partir de concepções que tentam, de alguma maneira, abarcar todos os seus aspectos, ou seja, aqueles elementos que a ela podem ser reconduzidos.

Para o presente trabalho importa, especialmente, o denominado princípio da proteção à confiança, entendido por alguns como o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, ou então, como a sua aplicação reflexiva a uma situação específica por razões subjetivas, e que se destina, basicamente, a proteger posições jurídicas individuais não abrangidas por institutos clássicos (notadamente, o direito adquirido), em decorrência de alterações abruptas no ordenamento por alguma ação estatal.

Apesar das divergências apresentadas entre os autores que se debruçaram sobre o tema, pode-se dizer que o princípio da proteção à confiança é, de certa maneira, um desdobramento do sobreprincípio da segurança jurídica¹⁰⁹, na medida

desconformidade com as suas disposições. Portanto, nulidade é sanção imposta pelo ordenamento ao ato praticado com vício, ilicitamente. Nesse sentido: “É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil ou penal. O ato inválido é o que contém um ato ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidade é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante. Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação é a sanção etc., não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê, ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. v. 1. p. 277-278. Com referências mais amplas à categoria do ilícito civil, inclusive o invalidante, ver por todos: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Ilícito Civil, esse desconhecido... in Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coords.). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175-212.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁰⁹ A referência a *sobreprincípios* e *subprincípios*, conquanto não seja comum na doutrina brasileira, é feita de forma constante por Humberto Ávila, sendo importante a sua menção para evitar-se confusões conceituais, inclusive, pela existência de outra categoria na sua obra, qual seja, a dos postulados. Nesse sentido: “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições

em que o seu desenvolvimento fundou-se no reconhecimento da existência de situações não abrangidas pela Segurança Jurídica no que concerne à vedação ao Estado de edição de atos normativos que prejudicassem determinadas posições jurídicas não asseguradas pelo ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Verificou-se a insuficiência desses instrumentos, frente a uma enorme gama de situações em que a atuação estatal tivera o condão de gerar legítimas expectativas aos potenciais beneficiários, mas que, ao cabo, acabaram frustradas em virtude de alterações abruptas na regulamentação estatal, revisão de atos administrativos geradores de direitos por vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade, dentre outras.

No entanto, para que a fundamentação do princípio da proteção à confiança possa ser feita adequadamente, é necessária uma análise do princípio da segurança jurídica a partir de autores que o trataram de forma analítica, isto é, procuraram investigar todas as suas dimensões, o que explica o título da próxima parte do trabalho.

essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação correta. Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo)". Ainda sobre os sobreprincípios é importante registrar que para Humberto Ávila "Os sobreprincípios [...] exercem importantes funções, mesmo na hipótese – bastante comum – de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem 'sobre' outros princípios (daí o termo 'sobreprincípio'), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe atuação direta e os sobreprincípios atuam indiretamente), nem a definitória (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a *função articuladora*, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado". ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 98-99 e 134.

4.2 OS IDEIAIS PARCIAIS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Para Almiro do Couto e Silva a segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualificam como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção da confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. De acordo com o autor, modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo¹¹⁰. Noticia o ilustre professor gaúcho que:

Nas últimas décadas do século XX, o princípio da proteção à confiança ganhou nitidez, destacando-se da segurança jurídica, tendo notável expansão na Europa, onde conquistou sucesso retumbante [...]. O princípio da proteção à confiança começou a firmar-se a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956, logo seguida de acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BverwGE), de 15 de outubro, gerando uma corrente contínua de manifestações no mesmo sentido. Na primeira dessas decisões tratava-se de anulação de vantagem

¹¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010. Numa perspectiva diversa, porém semelhante, Almiro do Couto e Silva ensina que “Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as ideias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entres os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.” COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, 2003. p. 13-31. Em sentido aproximado: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo*, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>. Acesso em 16.fev.2013.

prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental, o que ela fez. Percebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício lhe foi retirado, ao argumento de que era ilegal, por vício de competência, como efetivamente ocorria. O Tribunal, entretanto, comparando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este incidia com mais força ou mais peso no caso, afastando a aplicação do outro¹¹¹.

Rafael da Cás Maffini, por sua vez, com apoio em Sylvia Calmes, aduz que a aproximação do conceito de segurança jurídica deve ser feita em três proposições¹¹². Num primeiro aspecto, a segurança jurídica induziria a ideia de “previsibilidade”, de “calculabilidade” acerca das medidas ou comportamentos do Poder Público em qualquer uma de suas funções (legislação, jurisdição e administração pública). Nesse primeiro significado, a segurança jurídica estaria voltada para o futuro, isto é, possuiria uma face *ex ante*, conduzindo à necessidade de que os destinatários das funções estatais tenham condições de conhecê-las antes de sua concretização. Nessa acepção, a segurança jurídica justificaria a exigência de legalidade, especialmente na sua feição de reserva legal, de irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, da necessidade de regras de transição, da anterioridade de algumas matérias¹¹³.

A segunda acepção da segurança jurídica estaria relacionada com a noção de “acessibilidade”, “conhecimento”, dos atos do Poder Público, fundamentando, por exemplo, a exigência de transparência administrativa. Possuiria dois aspectos, quais sejam, (i) um formal, a demandar a publicidade efetiva, adequada e suficiente e (ii) um material, que traz consigo a necessidade de motivação, de coerência, de clareza e de precisão¹¹⁴.

Por fim, a terceira acepção da segurança também possuiria uma feição de previsibilidade, porém agora *ex post*, ou seja, no sentido de “estabilidade”, de continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas vigentes. Aqui, por sua vez, a segurança jurídica justificaria institutos como a coisa julgada,

¹¹¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹¹² MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese [Doutorado em Direito] - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 43.

¹¹³ *Ibidem*, p. 43-44.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 44.

regras de preclusão, decadência, usucapião, o direito adquirido e, notadamente, a proteção à confiança¹¹⁵.

Desta feita, o princípio da proteção à confiança corresponderia a esse terceiro aspecto da segurança jurídica, o que não difere, totalmente, da conceituação apresentada por Almiro do Couto e Silva, de maneira que se poderia, assim, falar que o gênero “princípio da segurança jurídica”, ou segurança jurídica *lato sensu*, resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade), poderia ser dividido em duas principais formas de atuação: a) o sentido objetivo, designado de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica, objetivamente considerada; b) o sentido subjetivo, assim considerada a proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação¹¹⁶.

Humberto Ávila classifica o princípio da proteção da confiança como a face subjetiva da *dimensão dinâmica* do princípio da segurança jurídica, sob o prisma da *confiabilidade* do Direito no sentido da “*intangibilidade de situações individuais por razões subjetivas*”¹¹⁷. Para que se possa compreender, minimamente, referida proposta, é preciso promover-se uma análise, ainda que resumida, do percurso percorrido pelo autor na decomposição dos elementos da segurança jurídica.

Ávila, após defender que a segurança jurídica seria uma norma-princípio de acordo com a Constituição Federal de 1988, apresenta uma conceituação analítica de seus aspectos finalísticos, isto é, do estado ideal de coisas imposto pela adoção de comportamentos que contribuam para a sua promoção¹¹⁸, entre eles, o seu aspecto material, que corresponderia ao próprio conteúdo da segurança jurídica.

É preciso esclarecer, no entanto, que para o autor o princípio da segurança jurídica é um princípio instrumental, pois a sua finalidade precípua não é conformar diretamente a realidade social, mas instrumentalizar a aplicação de outras normas do ordenamento e assim, mediatemente, incidir sobre a realidade¹¹⁹.

¹¹⁵ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 44-45.

¹¹⁶ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese [Doutorado em Direito] - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 46.

¹¹⁷ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 360.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 113.

¹¹⁹ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 120.

Com efeito, a aplicação do princípio da segurança jurídica exige a sua relação com uma *realidade jurídica*, ou, em uma expressão mais simples, a sua aplicação pressupõe o cotejo de uma norma (princípio da segurança jurídica) com outra norma (norma legal, administrativa ou judicial). Nesse sentido, é preciso verificar se a norma inferior está de acordo com o princípio da segurança jurídica; por exemplo, se a norma legal é ou não retroativa, se a lei contém regras de transição, se o ato normativo não extrapola a lei que visa a interpretar, se a sentença preservou a legítima expectativa do cidadão, e assim por diante. Vale dizer, é preciso verificar a compatibilidade de uma norma inferior com o princípio da segurança jurídica. Esse princípio, portanto, diz respeito a uma determinada configuração da realidade *por meio de instituições jurídicas*: a sua aplicação não envolve a análise da subsunção de um pressuposto de fato a uma norma, mas o contraste entre uma norma constitucional e uma realidade jurídica, quer seja ela uma norma, quer seja ela uma aplicação de uma norma. A referida distinção reside, pois, na interposição de uma norma entre a norma superior e a realidade fática: enquanto um princípio material qualquer exige a correlação entre os efeitos de um comportamento e o estado de coisas que este determina realizar, o princípio da segurança jurídica exige a correlação entre os efeitos de uma norma e o estado de coisas cuja realização ele estabelece. O objeto do princípio da segurança jurídica não é, por assim dizer, diretamente a configuração da realidade, mas sim a configuração do Direito ou de um direito como instrumento para se configurar a realidade. Como será oportunamente examinado, não é por outro motivo que ele é definido, na qualidade de norma, como um “princípio instrumental” e, na qualidade de direito, como uma espécie de “direito-garantia”: sua função é servir de instrumento de realização de princípios ou de direitos¹²⁰.

Retornando ao tema da exposição, pode-se dizer, basicamente, que o aspecto material da segurança jurídica demandaria a adoção de comportamentos necessários à promoção de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do Direito a partir de sua cognoscibilidade¹²¹. Perceba-se que tais expressões retomam, de alguma maneira, a conceituação feita por Maffini com base em Sylvia Calmes, e tratam, em suma, dos problemas relativos ao conhecimento do Direito (cognoscibilidade), perspectiva estática e atemporal, e das mudanças verificadas no ordenamento jurídico, seja com vista ao passado (confiabilidade), seja com vista ao futuro (calculabilidade), perspectiva dinâmica e intertemporal. É importante registrar, ainda, que a escolha do autor pelos termos em questão não é aleatória, mas feita em razão da sua concepção a respeito do Direito, no sentido de que ele é, ao mesmo tempo, um objeto passível de conhecimento, mas dependente também do seu processo de interpretação/aplicação. Por isso, a conceituação dos aspectos materiais da segurança jurídica como cognoscibilidade, ao invés de determinação e

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120, destaques do original.

¹²¹ *Ibidem*, p. 122-126.

certeza; de confiabilidade, ao invés de imutabilidade; e de calculabilidade, no lugar de previsibilidade.

Com efeito, se a linguagem é, em grande medida, indeterminada, o entendimento segundo o qual a segurança jurídica demandaria o prévio conhecimento do exato significado das normas jurídicas seria, de alguma maneira, equivocado, pois descuraria das variantes interpretativas passíveis de serem adotadas na aplicação concreta da norma de decisão.

Nesse sentido, a ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação (serviço é obrigação de fazer), pode apresentar, em maior ou em menor medida, margens de indeterminação (operação de *leasing* envolve ou não um serviço?). Adota-se, pois, uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo, entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar¹²².

A adoção de um conceito de confiabilidade no ordenamento jurídico no lugar de sua imutabilidade justificar-se-ia pela necessidade de conjugação das necessidades de permanência e mudança, ambas previstas pela CF/88. Nesse sentido, a instituição de cláusulas pétreas, ao mesmo tempo em que tornam mais difícil a mudança da Constituição, pressupõem a sua possibilidade quanto às demais disposições do texto constitucional. Além disso, prevê a Constituição Federal o princípio do Estado Social de Direito, “*o qual exige que o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da distribuição da riqueza*”¹²³. No entanto, a modificação não pode ser realizada em detrimento absoluto da estabilidade e continuidade normativa, “*visto que os direitos de propriedade e liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas como condição para que o homem possa livremente plasmar a sua própria vida, e o direito à profissão carece de durabilidade das condições da vida*”¹²⁴.

¹²² ÁVILA, op. cit., 2011, p. 250-251.

¹²³ Ibidem, p. 251.

¹²⁴ ÁVILA, op. cit., 2011, p. 251.

Por fim, calculabilidade ao invés de previsibilidade, indicando a impossibilidade de conhecimento absoluto dos conteúdos normativos, uma vez que, embora a CF/88 possua uma série de regras destinadas a permitir uma antecipação da ação estatal, de que é exemplo a legalidade, a natureza do Direito, constituído em linguagem em grande parte indeterminada e dependente de processos argumentativos, impede a existência de univocidade dos seus enunciados¹²⁵. Por isso, seria mais correto falar em calculabilidade em duas dimensões:

No que se refere aos conteúdos normativos a serem atribuídos às normas vigentes no momento da ação, como a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas atribuíveis abstratamente a fatos ou a atos, próprios ou alheios, e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será definida, por meio de um processo de reconstrução argumentativa dos significados mínimos dos dispositivos.

[...]

No que se refere à modificabilidade das normas, a calculabilidade deve ser entendida como a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas: embora o Poder Legislativo tenha competência para inovar o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais só serão efetivamente respeitados se as inovações não forem bruscas, drásticas e desleais. Assim, não há calculabilidade quando o contribuinte, embora deva saber que a norma pode futuramente mudar, não apresenta condições de saber dentro de que limites ou em que medida aquela será alterada¹²⁶.

Pode parecer que a escolha das referidas expressões para designar os ideais parciais da segurança jurídica em substituição àqueles outros seja questão meramente terminológica e, assim, destituída de sentido prático. Não é o que acontece, no entanto, tendo em vista que a utilidade dessa exposição reside no fato de que ela parte de uma concepção de Direito que, como se viu, é dependente do seu processo de aplicação, ou, em outras palavras, das estruturas argumentativas empregadas na aplicação do Direito. Tal concepção, aliada ao conceito de princípio jurídico formulado pelo autor, como a norma jurídica que estabelece fins e impõe a adoção dos meios necessários à sua promoção, transfere aos intérpretes a responsabilidade pela realização do Direito de modo a promover o estado de coisas imposto pela segurança jurídica. Não são apenas os textos legislativos que precisam ser claros para a promoção da segurança jurídica, mas também o seu processo de aplicação precisa ser feita de modo racional e argumentativamente controlável.

¹²⁵ Ibidem, p. 252.

¹²⁶ Ibidem.

Segurança jurídica, por consequência, deixa de ser uma mera exigência de predeterminação para consubstanciar um dever de controle racional e argumentativo. Essa mudança de perspectiva demonstra que a segurança jurídica envolve elementos que devem permear o processo de aplicação do Direito e não simplesmente estarem aqueles presentes no seu resultado. Daí a certa afirmação de Habermas, no sentido de que a segurança jurídica não significa “segurança de resultado” (*Ergebnissicherheit*), mas o esclarecimento discursivo de elementos normativos e fáticos a ser realizado por meio de um devido processo legal capaz de indicar os argumentos que conduziram à decisão. A segurança jurídica, por estar vinculada tanto a uma dimensão lógico-semântica quanto a uma dimensão pragmática do processo argumentativo de fundamentação, deve ser entendida, assim, como uma segurança jurídica processualmente dependente (*verfahrensabhängige Rechtssicherheit*). Como bem assevera Neves, a fundamentação do Direito deixa de ser meramente semântica, e passa a ser discursiva e, com isso, passa a envolver a questão da aceitabilidade racional da decisão por meio de um procedimento de produção jurídica que gere legitimidade¹²⁷.

Estabelecidos quais são os ideais parciais da segurança jurídica passa o autor a examinar quais são os meios necessários à promoção desse estado de coisas. Nesse sentido, a segurança jurídica, em seus aspectos materiais (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade) é examinada, a partir de duas dimensões: uma estática, destinada a examinar qual é o conteúdo do Direito e uma dinâmica, vocacionada a examinar qual é a força do Direito¹²⁸.

A dimensão estática diria respeito ao *problema do conhecimento* do Direito ou à *questão da comunicação* no Direito e revelaria quais são as *qualidades* que ele deve possuir para que possa ser considerado seguro e possa servir de *instrumento de orientação* ao cidadão. Para tanto, sob tal aspecto, o Direito deve ser *compreensível e efetivo: compreensível*, no sentido de permitir que o cidadão possa, material e intelectualmente, conhecer o Direito. Essa cognoscibilidade só existe se o Direito for acessível e inteligível e se aquilo que for compreendido for também posteriormente efetivado¹²⁹. Nesse caso, o termo “seguro” tem o sentido de *certus* e segurança jurídica significa, relativamente às normas, “segurança de vigência”, “segurança de suficiência” e “segurança de significado”, de modo que se assegurem, respectivamente, a vigência, a clareza e o conteúdo da norma a que se deve

¹²⁷ ÁVILA, op. cit., 2011, p. 255.

¹²⁸ Ibidem, p. 289.

¹²⁹ Ibidem, 2011, p. 299-338.

obedecer¹³⁰.

Como dito, em sua dimensão estática a segurança jurídica relaciona-se com os requisitos estruturais que o Direito deve reunir para servir de instrumento de orientação e abrange, sobretudo, os aspectos necessários à cognoscibilidade material e intelectual do Direito¹³¹. Em seu aspecto material, a segurança jurídica procura assegurar a cognoscibilidade do Direito no sentido de sua existência e vigência, para o quê é imprescindível que se tenha acesso material às normas existentes vigentes (*acessibilidade normativa*), através da sua publicação, no plano geral e abstrato, e também pela intimação, quando referente ao plano individual e procedimental; que se possa identificar qual a norma aplicável e o seu valor (*possibilidade de identificação normativa*)¹³². Não obstante, a cognoscibilidade não pode ser vista apenas pelo prisma material, na medida em que é indispensável que se tenha conhecimento do conteúdo normativo, sendo necessários, para o incremento do estado de segurança, que haja clareza normativa e determinabilidade das normas, pela sua clareza linguística e determinabilidade do seu conteúdo, e também do ordenamento jurídico pela sua coerência e consistência¹³³.

De outro lado, em sua dimensão *dinâmica*, o princípio refere-se ao *problema da ação* no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa assegurar direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de *instrumento de proteção*¹³⁴. Nesse sentido, o Direito deve ser confiável e calculável: *confiável*, no sentido de permitir que o cidadão possa saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando que os seus direitos sejam *frustrados*. Como acentua o autor, essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, ou seja, se ele puder “presentificar o passado”¹³⁵. Para tanto, é necessária a existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes¹³⁶.

Nesse âmbito, encontram-se as exigências de permanência do ordenamento jurídico, evitando-se alterações sucessivas, o que não se confunde, é claro, com a

¹³⁰ ÁVILA, op. cit., 2011, p. 291.

¹³¹ Ibidem, p. 299-338.

¹³² Ibidem, p. 300-320.

¹³³ Ibidem, p. 320-337.

¹³⁴ Ibidem, p. 291.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem, p. 292.

imutabilidade do próprio ordenamento, e com a intangibilidade de situações individuais, seja por razões objetivas, tais como o transcurso do tempo (decadência e prescrição), seja pela consolidação jurídica das situações (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada) ou por razões subjetivas, âmbito no qual insere o autor o princípio da proteção à confiança¹³⁷ e no qual é realizada a análise da modulação de efeitos de decisões judiciais no julgamento de ações de inconstitucionalidade¹³⁸. A esse tema retornar-se-á na sequência, posto ser um dos pontos essenciais do presente trabalho. Por último, a confiabilidade como elemento da segurança jurídica exige, ainda, a instituição de instrumentos para tornar efetivos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico (*segurança de realização*), com destaque para o direito à proteção judicial¹³⁹.

Ainda sob a dimensão *dinâmica*, a necessidade de que o Direito seja, por outro lado, *calculável*, implica a possibilidade que o cidadão saiba *como* as mudanças podem ser feitas e *quando* elas serão realizadas. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã, ou seja, se ele puder “presentificar o futuro”, tornando o futuro seguro no presente, de modo a aumentar as suas possibilidades de ação¹⁴⁰. A calculabilidade, nesse sentido, poderia ser definida, de acordo com Ávila, como:

um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência será aplicada¹⁴¹.

A realização do estado de segurança, nessa dimensão, demandaria *anterioridade normativa* pela postergação de efeitos (anterioridade do exercício financeiro, anterioridade nonagesimal e anterioridade razoável), *continuidade normativa* pela suavidade nas alterações e pela adoção de regras de transição e *vinculatividade normativa* pela limitação ao exercício do Poder (limites formais e materiais, internos e externos, aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), pela tempestividade – duração razoável do processo – e pela proibição de arbitrariedade.

¹³⁷ ÁVILA, op. cit., 2011, p. 342-496.

¹³⁸ Ibidem, p. 496-577.

¹³⁹ Ibidem, p. 580-585.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 292.

¹⁴¹ Ibidem, p. 588.

A dimensão dinâmica, com efeito, trata da segurança “pelo Direito”, mais do que da segurança “do Direito”, referindo-se às condições que devem ser preenchidas para que o Direito possa “assegurar” direitos e expectativas. “Seguro”, nessa acepção, tem o sentido de *securus*, e não de *certus*, e segurança jurídica significa, relativamente às normas, “certeza de duração”, de modo que se garanta a estabilidade da norma a que se deve obedecer.

Ao final dessa exposição parece não haver dúvida quanto ao fato de que o princípio da segurança jurídica é a base imediata do princípio da proteção à confiança, o que pode ser visto, facilmente, através da leitura da sua evolução histórica feita na sequência do presente tópico. Se assim é, poder-se-ia questionar sobre a validade da análise que se fez a respeito da decomposição do princípio da segurança jurídica. A importância disso, entretanto, é permitir visualizar que a segurança jurídica é uma ideia maior, sendo a proteção à confiança um específico aspecto seu e, ao mesmo tempo, colocar em evidência os conflitos que podem surgir entre ela e as outras dimensões da segurança jurídica. Com efeito, se a efetividade do Direito é um dos elementos do princípio da segurança jurídica (*cognoscibilidade*), ao se pretender manter determinadas expectativas frente a alterações no próprio Direito, pode acabar-se por instaurar um conflito entre os elementos da segurança jurídica, seja porque, por vezes, a alteração das normas jurídicas, para que sejam adaptadas à realidade, é um requisito para sua efetividade, seja porque a manutenção de atos benéficos fundados em atos ilícitos tem como consequência atribuir-se o mesmo efeito jurídico a atos praticados conforme e desconforme o ordenamento jurídico. Daí a observação de Ávila, segundo a qual:

A respeito disso, será preciso – como já explicado na parte concernente à significação da segurança jurídica e adiante pormenorizado – encontrar critérios de harmonização entre esses princípios, de modo a que seja produzida *mais* segurança que insegurança; ou, em outro dizer, de maneira a que a proteção da confiança, representativa da dimensão passada da segurança jurídica, sob a perspectiva individual, não termine por comprometer, ainda em maior grau, a dimensão presente e futura da segurança jurídica, sob a perspectiva coletiva, e, a pretexto de se aumentar a proteção da segurança jurídica, termine-se por diminuí-la. Ou – seguindo a distinção que ora se faz – de modo a que a proteção da confiança não conduza à perda da segurança jurídica; ou, mais pontual e rigorosamente, a preservação da dimensão subjetiva individual da segurança jurídica não cobre o preço da perda da sua dimensão objetiva transindividual¹⁴².

¹⁴² ÁVILA, op. cit., 2011, p. 363-364.

Decorre daí a importância de se proceder uma análise detida do princípio da proteção da confiança, garantindo-se alguma clareza conceitual na sua utilização e a verificação dos requisitos necessários à sua incidência. No próximo tópico, após um breve relato a respeito da sua evolução histórica, buscar-se-á, a partir da doutrina aqui examinada, identificar quais os elementos que devem estar presentes para a sua atuação, além de indicar quais as suas consequências.

5 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A análise do princípio da proteção à confiança feita pela doutrina brasileira¹⁴³ revela que ele é, de alguma forma, uma ideia derivada do princípio da segurança jurídica, de maneira que o problema não se refere, propriamente, à sua fundamentação, mas à verificação do seu funcionamento, isto é, na determinação dos pressupostos necessários à sua aplicação, seu âmbito de incidência e as consequências dele decorrentes. Para tanto, é necessária a formulação de um conceito do sobredito princípio, mediante o qual se buscará identificar os seus elementos essenciais.

Inicialmente, deve-se registrar que o princípio da proteção à confiança, tal qual apresentado anteriormente, teve seu surgimento verificado, principalmente, no seio do Direito Administrativo, eis que formulado, naquele momento, como contraponto ao poder administrativo de anulação de atos administrativos geradores de benefícios para terceiros. Registra Almiro do Couto e Silva que o Estado Social ou o Estado-Providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente¹⁴⁴.

Observa o professor gaúcho que o reconhecimento do princípio da proteção à confiança como princípio autônomo relativo ao da segurança jurídica ocorreu ao

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese [Doutorado em Direito] - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹⁴⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

longo do século XX no Direito Europeu, sobretudo, a partir de decisões do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, devendo-se destacar, na década de 70, a edição da Lei de Processo Administrativo Alemã, de 1976, cujo § 48 dispôs sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, e o reconhecimento, pelo Tribunal Federal Constitucional, da proteção à confiança como princípio de valor constitucional¹⁴⁵.

A mesma origem do sobredito princípio pode ser registrada nos domínios do Direito Espanhol, onde, inicialmente, a jurisprudência reconheceu a sua incidência em questões relativas à atuação administrativa estatal, tendo sido realizada uma sistematização para fins de sua aplicação concreta, como aponta Maffini, a partir da sumarização feita por Federico Castillo Blanco, da seguinte maneira:

a) a incidência da proteção à confiança exige, de início, uma situação de quebra de previsibilidade, em relação à atuação estatal apta a gerar expectativas dignas de proteção;

b) tal situação de quebra de expectativa não pode estar justificada por motivos ou princípios superiores;

c) deve resultar da ponderação, necessariamente casuística, do interesse público e do interesse privado, com vistas à obtenção de um grau de estabilidade e previsibilidade das ações estatais;

d) mudanças normativas, ainda quando decorrentes da atividade da administração pública, devem trazer consigo a existência de meios e tempo razoável para a sua imposição em face das situações individuais que possam vir a ser alcançadas;

e) há a necessidade de “signos externos” produzidos pela Administração Pública aptos a ensejar a confiança digna de proteção;

f) deve existir uma situação contrária à ordem jurídica que ponha a legalidade em ponderação com o princípio da proteção da confiança¹⁴⁶.

Em fenômeno parecido com o que se deu na Alemanha, verificou-se a positivação na Espanha de preceitos tendentes à concretização do princípio da

¹⁴⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹⁴⁶ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 88.

proteção da confiança através da *Ley de Regymén Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, de 26 de novembro de 1992, cujo art. 106 estabeleceu que “*las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fé, al derecho de los particulares o a las leyes*”¹⁴⁷. Como leciona Maffini, apesar de o dispositivo em questão referir-se à boa-fé, entendeu-se tratar-se, em verdade, do princípio da proteção da confiança, o que veio a ser alterado pela Ley 4/1999 que, modificando o anterior diploma legislativo, determinou que a Administração Pública deve “*respetar em su actuación los principios de buena Fe y de confianza legítima*”¹⁴⁸.

Por fim, cabe registrar, com Almiro do Couto e Silva, que no Direito brasileiro, muito provavelmente, em razão de ser antiga em nossa tradição jurídica a cláusula constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, não houve grande preocupação na identificação da segurança jurídica, vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio constitucional, situado no mesmo plano da importância do princípio da legalidade¹⁴⁹. O mesmo autor, no entanto, em outra publicação¹⁵⁰, faz importante relato do tratamento da matéria em âmbito nacional, inicialmente, por Seabra Fagundes na obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, onde a questão era tratada aí, “*como faculdade e não dever, que tem a Administração de decretar o anulamento de seus atos administrativos inválidos, faculdade a qual pode renunciar, repetindo o ato, quando isto é possível, sem os vícios que apresentava ou pela ratificação tácita*”, sendo que o autor não cogitava, ainda, da sanatória do nulo pelo transcurso do tempo aliado à inércia do Poder Público, “*o que daria ao destinatário, eventualmente atingido pelo anulamento tardio, o Direito Subjetivo de rebelar-se contra esta última*

¹⁴⁷ MAFFINI, op. cit., 2005. p. 89.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 89.

¹⁴⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹⁵⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS. v. 27, 2003. p. 13-31. Convém registrar que a primeira publicação do artigo em questão data de 1987, consoante pode ser constatado pela citação contida na apresentação, feita por Humberto Ávila, da obra *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, organizada pelo mesmo autor e através de acesso ao seu currículo cadastrado na plataforma Lattes <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?metodo=apresentar&id=K4728661A6>>.

*medida, pois seu pressuposto, ou seja, a invalidade, não mais existia*¹⁵¹.

Notícia, ainda, a publicação por José Frederico Marques de artigo no jornal *O Estado de São Paulo*, em 1964, referido por Miguel Reale no seu livro sobre Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, no qual sustentava que o exercício do poder anulatório, que cabe à Administração Pública, estaria sujeito a um prazo, razoável, como exigência implícita do *due process of law*.

De acordo com o autor, propunha José Frederico Marques, “*que, no Brasil, adaptando-se à nossa realidade a solução que o Conselho de Estado deu ao caso Cachet, no Direito francês, o prazo concedido ao Poder Público para anular seus atos fosse idêntico ao fixado em lei para a impetração do mandado de segurança: 120 dias*”. Posição essa criticada pelo próprio Miguel Reale, para quem, no que foi acompanhado por Almiro do Couto, seria mais prudente verificar, em cada caso, se o tempo transcorrido seria ou não de molde a impedir a anulação do ato administrativo¹⁵².

Cita no mesmo artigo que após a edição dos enunciados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal versando sobre a possibilidade de a Administração Pública invalidar seus atos viciados (346 e 473), pronunciamentos isolados do STF foram modificando essa posição, a exemplo do que se deu no RMS n. 13.807, no qual, decidindo caso relacionado com situação de aluno que se formou e passou a exercer profissão amparado em medida liminar em mandado de segurança, depois revogada na sentença, entendeu-se que a decisão judicial dera causa a uma situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada, sendo que igual orientação verificou-se no RMS 17.144 e no RE 85.179¹⁵³.

Mais recentemente, a doutrina aponta três precedentes do Supremo Tribunal Federal que aplicaram o princípio da proteção da confiança, embora com referência expressa ao princípio da segurança jurídica¹⁵⁴, como fundamento para a

¹⁵¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS. v. 27, 2003. p. 13-31.

¹⁵² Ibidem, p. 13-31.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio, 2010. MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 98-102.

preservação de atos estatais. Nas mesmas decisões foi reconhecida a natureza constitucional do princípio sob exame, sendo que todas elas foram proferidas posteriormente à edição da Lei n. 9.784/99, que estabeleceu prazo decadencial ao direito da Administração Pública de invalidar seus próprios atos, além das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, que regulamentaram, respectivamente, o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e autorizaram a modulação dos efeitos da decisão por razões de segurança jurídica.

Como primeiro desses precedentes indicados, tem-se a Medida Cautelar ajuizada para buscar atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas que restou aprovada em concurso público para o ingresso em emprego público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com lotação em Porto Alegre, em razão do que solicitou administrativamente transferência para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Indeferido o requerimento em sede administrativa, considerando-se inaplicável o disposto na Lei n. 9.536/97, foi impetrado mandado de segurança, tendo sido deferido o pedido para fins de garantir a transferência da aluna para a UFRGS. Não obstante, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a decisão concessiva da segurança, razão pela qual foi interposto o recurso extraordinário e a medida cautelar que buscava conferir efeito suspensivo ao recurso, uma vez que a recorrente estava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS.

O Ministro Gilmar Mendes, relator da Medida Cautelar, conheceu do pedido e concedeu liminarmente o efeito suspensivo ao recurso, decisão essa referenda por unanimidade pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, extraindo-se da decisão liminar que o caso evocava o princípio da segurança jurídica, sendo que, nas palavras do relator, *“o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2ª)”*, tendo acrescentado, ainda, que *“a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”*.

Pode-ser perceber, facilmente, que essa decisão segue a linha de outros precedentes já citados no presente trabalho, sendo fundamental, no entanto, o fato de a fundamentação ter considerado a segurança jurídica – e, por decorrência, a proteção da confiança – como um subprincípio do Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade.

O segundo julgado citado como inovador nesse âmbito foi o Mandado de Segurança n. 24.268, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União que determinou o cancelamento de pensão concedida há cerca de 18 (dezoito) anos pelo fato de a adoção de neta pelo seu avô não ter sido formalizada por meio do instrumento cabível. A Min. Ellen Gracie, relatora do MS, afastou os argumentos da impetração, registrando, ainda, que *“as circunstâncias evidenciam simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária”*, tendo, no entanto, o Min. Gilmar Mendes aberto divergência, que se sagrou vencedora, com fundamento na invalidade do ato pela inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa que, como registra Maffini, pode ser reconduzido ao princípio da proteção da confiança em sua feição procedimental¹⁵⁵.

Finalmente, é citado o MS n. 22.357/DF, no qual se discutia a manutenção dos atos de admissão de empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista (no caso, a INFRAERO), sem concurso público, em contrariedade ao que dispõe a CF/88. Não obstante, verificava-se ter havido controvérsia no passado a respeito da exigência de concurso público para admissão de empregados de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, tendo em vista que o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, dispunha que *“a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”*. Somente no julgamento do MS n. 21.322, relator Min. Paulo Brossard, publicada em 23.04.93, restou pacificado o entendimento segundo o qual a realização de concurso público era exigível em qualquer hipótese de admissão no serviço público.

¹⁵⁵ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 100-101. Nesse trabalho o autor cita artigo publicado por Humberto Ávila no qual são analisadas “as três formas fundamentais de proteção das expectativas dos contribuintes: a proteção procedimental, a proteção substancial e a proteção compensatória”.

No voto do relator é citado excerto do parecer da Procuradoria-Geral da República onde se esclareceu que o TCU, ao julgar regulares as contas da INFRAERO referentes ao exercício de 1990, com acórdão publicado em 03.12.92, convalidou a situação das admissões pretéritas, recomendando apenas que não fossem efetuadas admissões futuras sem a realização de concurso público. Tal acórdão foi proferido pelo TCU embora já existisse decisão administrativa desse mesmo órgão, datada de 06.06.90, decidindo pela obrigatoriedade de realização de concursos públicos também por empresas públicas e sociedades de economia mista. Além disso, esclareceu o relator que:

Impressiona, na espécie, que o Tribunal de Contas, inicialmente, ao julgar as contas referentes ao exercício de 1990 (acórdão publicado em 03.12.92), tenha-se limitado a reconhecer a necessidade de adoção do concurso público para futuras admissões [...], o que foi entendido como uma convalidação das admissões realizadas anteriormente.

É verdade, igualmente, que o próprio TCU houve por bem estabelecer o dia 23 de abril de 1992, data da publicação do acórdão no MS 21.322/DF, Plenário, rel. Paulo Brossard, como termo inicial a partir do qual haveriam de ser tornadas nulas as admissões de pessoal. Neste julgamento, firmouse o entendimento de que “as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” estão sujeitos ao princípio constitucional do concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos.

[...]

Está certo, portanto, que, embora o Tribunal de Contas houvesse, em 06.06.90, firmado o entendimento quanto à indispensabilidade de concurso público para a admissão de servidores nas empresas estatais, considerou aquela Corte que, no caso da INFRAERO, ficava a empresa obrigada a observar a orientação para as novas contratações. Essa orientação foi revista no julgamento das contas do exercício de 1991, assentando o Tribunal que a empresa deveria regularizar as 366 admissões, sob pena de nulidade [...].

Ao julgar o Recurso de Revisão, o prazo de 30 dias para a adoção das providências referidas foi dilatado para 195 dias contados de 09.05.95, data da publicação no Diário Oficial.

No entanto, tendo o meu antecessor, Néri da Silveira, deferido, em parte, aos 02.10.1995, a liminar [...], não se executou a decisão do TCU, objeto do presente mandado de segurança¹⁵⁶.

Após repetir lições doutrinárias constantes dos já citados precedentes, a respeito do princípio da segurança jurídica, o Min. Gilmar Mendes resolveu a questão como muita propriedade, nos seguintes termos:

¹⁵⁶ MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.11.2004.

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los.

Vale lembrar que o próprio Tribunal de Contas da União aceitou a situação de fato existente à época, convalidando as contratações e recomendando a realização de concurso público para admissões futuras. Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui considero, sobretudo: a boa-fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da Infraero; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, § 1º, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé¹⁵⁷.

Poderiam ser citados muitos outros precedentes que, de alguma maneira, aplicaram concretamente o princípio da proteção à confiança e que são, inclusive, anteriores ou contemporâneos aos julgados acima sumariados, mas sem se referir expressamente ao princípio em questão. É o caso, por exemplo, da teoria do funcionário de fato¹⁵⁸, da aplicação da cláusula constitucional que estabelece a irredutibilidade dos vencimentos ainda quando decorrente de ato administrativo reputado como inválido¹⁵⁹, das limitações impostas pela jurisprudência à alteração

¹⁵⁷ MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.11.2004.

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 243. Registra o autor que “o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, só por só, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do “funcionário de fato” (ou “agente público de fato”). “Funcionário de fato” é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem a aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados”. Nesse sentido: RMS 9.757, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 17.04.1963; RE 78.209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 04.06.1974; RE 78.594, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 07.06.1974; RE 78.596, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 20.08.1974; RE 79.628, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22.10.1974; RE 78.533, Rel. Min. Décio Miranda, j. 13.11.1981.

¹⁵⁹ RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 15.04.1986; RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993. Quanto ao ponto, cabe registrar a crítica de Almiro Couto e Silva no que se refere à utilização do dispositivo constitucional que trata da irredutibilidade dos vencimentos como fundamento para o bloqueio da pretensão anulatória da Administração Pública quando se verifica que o ato administrativo concessivo da vantagem foi praticado em desacordo com a legislação. Nesse sentido: “Quanto a esses arestos, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha aludido a princípio

das regras de concursos públicos e de procedimentos licitatórios quando já finalizado o certame¹⁶⁰, dentre outros.

É fácil notar, pois, que a origem do princípio da proteção da confiança, levada a efeito, preponderantemente, no âmbito da função administrativa, não impede, antes impõe, a extensão da sua aplicação às demais funções públicas – legislação e jurisdição, o que se justifica, sobretudo, pelo fato de se tratar de um ideal parcial da segurança jurídica, princípio constitucional que se assenta no Sobreprincípio do Estado de Direito. Ainda que nas formulações da doutrina a respeito dos princípios em causa haja algumas diferenças no que se refere à forma pela qual se busca fundamentar a proteção da confiança na segurança jurídica e esta no Estado de Direito, tem-se que são ideias intimamente coimplicadas ou que, como diz Almiro do Couto e Silva, pertencem à mesma constelação de valores, mas que no curso do tempo foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras¹⁶¹. Nesse sentido, é a lição de Canotilho, quando afirma que o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, de maneira que, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito¹⁶².

constitucional, o da irredutibilidade dos vencimentos, para compará-lo e ponderá-lo com o princípio da legalidade, a crítica que se pode e deve fazer é a de que o princípio da irredutibilidade dos vencimentos só tem aplicação quando os vencimentos ou as vantagens remuneratórias são legais e legítimos. Não fosse assim, e nenhuma vantagem ilegalmente outorgada pela Administração Pública jamais poderia ser cancelada ou retirada, pois o ato de anulação, fosse ele de exercício de autotutela administrativa ou emanasse do Poder Judiciário, esbarraria sempre no princípio da irredutibilidade de vencimentos. O princípio constitucional que deveria ter sido chamado para ponderação, nos casos referidos, era o da segurança jurídica, e não o da irredutibilidade de vencimentos, cuja adequação àquelas hipóteses nos parece manifestamente impertinente". COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹⁶⁰ RE 118.927 AgR., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.05.1995; RE 290.346, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.05.2011; RE 318.106-8, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.10.2005.

¹⁶¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 4. Reimp.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

Essa observação é importante na medida em que, geralmente, a análise do princípio da proteção à confiança é feita a partir da positivação no direito brasileiro de regras que estabeleceram prazo de decadência à Administração Pública para o exercício da autotutela administrativa no que se refere à anulação de atos administrativos quando eivados de vício de legalidade, sobretudo, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁶³¹⁶⁴, que tem sido utilizada, inclusive, como norma geral supletiva na matéria, quando inexistente legislação específica do ente federativo editor do ato administrativo¹⁶⁵.

Tal relacionamento do princípio da proteção à confiança com a imposição de limites à autotutela da Administração Pública é natural na medida em que, como visto, foi nesse domínio que a questão surgiu. Todavia, consoante se entende, tais normas são apenas a positivação de um aspecto específico do princípio da proteção à confiança que, por se fundar diretamente na segurança jurídica e, indiretamente, no Estado de Direito, é norma que abarca em seu âmbito de aplicação todas as manifestações estatais que se conectem aos seus pressupostos aplicativos. Como

¹⁶³ Assim estabelece o 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 redação semelhante, tem-se o art. 103-A incluído ao texto da Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 10.839/04, fruto da conversão da Medida Provisória n. 138/2003, que estabelece prazo decenal para a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios previdenciários no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, *salvo comprovada má-fé*. Pode-se citar, ainda, para ilustrar a evolução da matéria as seguintes leis editadas pelos Estados membros com disposições parecidas: o art. 53, da Lei n. 5.427/2009, do Rio de Janeiro; o art. 54, da Lei n. 13.800/2001, de Goiás; o art. 26 da Lei n. 7.692/2002, do Mato Grosso; o art. 65 da Lei n. 14.184/2002, de Minas Gerais; o art. 54, inciso II, da Lei n. 2.794/2003, do Amazonas; o art. 39, § 2º, da Lei n. 12.209, da Bahia; o art. 54, da Lei n. 11.781/2000, de Pernambuco; o art. 10, inciso I, da Lei n. 10.177/98, de São Paulo.

¹⁶⁴ É o que se verifica no exame da maior parte das obras utilizadas no presente trabalho: MAFFINI, Rafael da Cás, *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010. FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positiva: Interpretação, decadência e prescritibilidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, jun./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2013. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>. Acesso em: 16 fev. 2013.

¹⁶⁵ Nesse sentido, RESP n. 852.493/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

norma-regra, o art. 54, da Lei n. 9.784/99 tem o efeito de apenas excluir para a sua aplicação, em princípio, razões contrárias à sua incidência¹⁶⁶.

Por isso, a proposta de aplicação do princípio da proteção à confiança para as hipóteses de alteração de sentido das normas jurídicas levadas a efeito sem que se tenha verificado modificação nos textos normativos pressupõe a demonstração dos requisitos necessários à sua configuração. Parece não haver dúvidas quanto à compatibilidade da referida norma com o ordenamento jurídico brasileiro, seja pela grande importância conferida pela Constituição Federal a aspectos relacionados com a ideia de segurança jurídica, seja pela positivação que se verificou no direito infraconstitucional, ou ainda, pela existência de diversos precedentes judiciais que, ainda que sob outras nomenclaturas, reconheceram a sua incidência em diversas relações travada entre o Estado e os cidadãos.

A grande dificuldade que se abre ao jurista é que a mudança do Direito é algo inerente à sua natureza cultural, não se podendo confundir, segurança jurídica com imobilismo ou estagnação do ordenamento jurídico. Há razões de ordem social e de ordem jurídica que indicam não só para a impossibilidade de se impedir a movimentação do Direito juntamente com a sociedade da qual nasce, e da qual depende, mas também para a necessidade de que as mudanças se verifiquem. Nesse sentido, o princípio do Estado Social de Direito impõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, CF/88) e tem entre os seus objetivos a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, CF/88), além da promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV, primeira parte, CF/88), o que, de certa forma, traz implicada a ideia de que sejam implementadas as mudanças necessárias à consecução desses fins. Tem-se também, como acentua Ávila, que o princípio democrático atribui ao Poder Legislativo a competência para continuamente ir assegurando os interesses reclamados pela sociedade e que as regras constitucionais de competência outorgam ao Poder Judiciário o poder de interpretar e de aplicar as normas instituídas pelo Poder Legislativo, podendo, com isso, continuamente buscar a melhor interpretação, inclusive mediante revisão de

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" E o "Direito da Ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 9 jul. 2013.

decisões equivocadas anteriores, ou da prolação de novas decisões com a consideração de circunstâncias antes não ou mal consideradas¹⁶⁷.

Todos esses fundamentos não só pressupõem a modificabilidade do ordenamento jurídico, como, de algum modo, a permitem. Com este trabalho, porém, como será oportunamente analisado, não se sustenta a proibição de modificação do Direito quando se fala na importância da estabilidade como integrante do estado de confiabilidade que compõe o princípio da segurança jurídica. Defende-se, em vez disso, e apenas, que essa modificação, pressuposta e permitida, seja feita de forma estável e calculável. Até mesmo porque a imobilidade total do Direito levaria à sua falta de efetividade: como os interesses e os valores mudam, um Direito que, em um caso limite, não reflete minimamente os interesses e valores sociais, acaba por não ser aplicado, padecendo, por isso, de falta de efetividade. Daí se poder dizer, com Valembos, que Direito demais termina matando o próprio Direito ou, nessa mesma linha argumentativa, que 'segurança demais mataria a segurança'¹⁶⁸.

Daí a necessidade de se buscar um ponto de equilíbrio entre as necessidades de mudança e de permanência, tarefa árdua frente aos desafios colocados pela sociedade atual, mas que não pode ser abandonada face às características do mundo moderno, cuja velocidade talvez seja uma das marcas mais significativas. Na esteira do pensamento de Ávila, formulado com base em von Arnould, *“a Ciência do Direito, em vez de se conformar com a falta de efetividade do Direito, deve funcionar exatamente como uma espécie de contraponto da Modernidade, capaz de restaurar uma das funções tradicionais do Direito: assegurar expectativas”*¹⁶⁹. Ou então, como registra Calmon de Passos:

Minha primeira convicção é a de que o Direito, algo produzido pelo homem para atender a uma exigência básica de convivência social, tem sua razão de ser na necessidade de se compor positivamente os conflitos de interesses que se configurem nas relações sociais. Os homens prescindem do Direito para objetivar a sua liberdade, mas dele dependem para viabilizá-la na sua convivência. Consequentemente, indissociável do Direito é o valor segurança. O homem, ser temporal, tem consciência do tempo vivido (o passado irrecuperável), do tempo que vive (o presente) que já contém nele, como pulsão, o tempo que será vivido, o futuro, imprevisível e incontornável, por não submetido a nenhum determinismo absoluto. Para escapar à angústia dessa incerteza do amanhã, procura utilizar-se de meios que a minimizem, dos quais o de maior significação é o compromisso. Consiste ele na fundada esperança de que o prometido hoje será realizado amanhã, o que torna possível sobrevivermos, confiantes, vivendo. Um dos fiadores

¹⁶⁷ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 66.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 66.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 71.

dessa fé, e instrumento indispensável para fazê-la realidade, é o Direito, que atua de modo significativo, ainda quando subsidiariamente¹⁷⁰.

Nessa luta entre o velho e o novo¹⁷¹, talvez o princípio da proteção à confiança possua significado especial, pois representa, justamente, a pretensão à manutenção no presente/futuro das promessas feitas no passado/presente. Por isso, a importância do seu estudo sistemático e da delimitação dos seus requisitos operacionais, posto que, como visto, a sua aplicação revela um conflito interno dos próprios ideais parciais da segurança jurídica. É preciso, assim, identificar o seu elemento justificativo, e que permite mitigar as modificações de sentido do Direito em favor da confiança depositada pelos cidadãos. Como adiantado, no presente trabalho adota-se o entendimento segundo o qual a aplicação do princípio da proteção à confiança tem seu foco primordial nos atos de disposição de direitos fundamentais, notadamente, os de liberdade e de propriedade, e não apenas, na modificação em si verificada, razão pela qual devem ser agregados outros elementos na análise da sua aplicação, de que são exemplos, a aptidão da manifestação estatal para gerar confiança, o período de tempo durante o qual ela produziu efeitos, a reversibilidade dos atos de disposição de direitos fundamentais, dentre outros.

Tudo isso será enfrentado na sequência, por ocasião da análise pormenorizada do princípio da proteção à confiança. No entanto, o importante é destacar que uma tal concepção tem a vantagem de apresentar um critério mais “seguro” para a aplicação do referido princípio, na medida em que, a partir de então, não será qualquer alteração no ordenamento jurídico que justificará a sua invocação, mas apenas aquelas que produzirem efeitos danosos aos cidadãos, significando, em último caso, uma restrição indevida ao exercício dos seus direitos fundamentais. Como acentua Humberto Ávila,

justamente porque os direitos fundamentais passam a ser a medida para a protetividade da confiança é que ocorre uma inversão do ônus

¹⁷⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

¹⁷¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

argumentativo: não é o contribuinte que deve encontrar uma razão para afastar os efeitos pretéritos da nova orientação normativa, mas, sim, o Estado, que deve ter uma justificativa proporcional para a restrição dos direitos fundamentais¹⁷².

5.2 CONTEÚDO E DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Após esse relato a respeito do surgimento do princípio em análise e tendo-se visto, em linhas gerais, o seu significado, cabe realizar um exame mais detido do seu conteúdo, sobretudo, para delimitá-lo frente ao princípio da segurança jurídica e tentar, de alguma maneira, conferir alguma clareza conceitual ao tema, tendo em vista as suas relações com outros institutos com que é associado frequentemente, sobretudo, o princípio da boa-fé objetiva. Com efeito, não é raro encontrar publicações doutrinárias e decisões judiciais que utilizam as três expressões – segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé – como se fossem equivalentes ou, no limite, se fossem intercambiáveis entre si, ou ainda, como se produzissem os mesmos efeitos e consequências.

Não obstante exista uma grande aproximação entre os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé, deve-se concordar com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem não existe uma identidade absoluta entre eles, ainda que muitas vezes seja difícil a distinção¹⁷³. Por isso, a diferenciação aqui propugnada pretende colocar em evidência apenas as principais características de cada um dos institutos, de modo a se poder identificar qual o âmbito de atuação de cada um. Entretanto, deve-se ter consciência de que tal objetivo só pode ser conseguido de forma aproximada.

No tópico anterior, ao se abordar a análise do princípio da segurança jurídica feita por três autores que tentaram destacar o seu conteúdo, viu-se que o princípio da proteção da confiança foi considerado, em alguma medida, como uma eficácia subjetiva daquele outro, ou então como um aspecto específico de uma ideia maior, e cuja finalidade precípua é albergar legítimas expectativas, não protegidas pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada, sempre que por ação do Estado verificar-se a sua frustração. Não se trata, pois, de uma pretensão à

¹⁷² ÁVILA, op. cit., 2011. p. 366.

¹⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo*, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>. Acesso em: 16.fev.2013.

manutenção de determinadas normas jurídicas simplesmente, mas de se proteger o exercício juridicamente orientado da liberdade humana. É dizer, o Direito que serve de orientação ao homem não pode, sem perda de grande parte de sua importância, surpreender aqueles que, confiando, comportaram-se de acordo com suas normas e, maior das injustiças, colocar-lhes em situação pior do que a daqueles que se omitiram.

A partir dessa definição pode-se entender a razão pela qual a doutrina aponta a necessidade de que a aplicação do princípio da proteção à confiança leve em consideração requisitos concretos a serem analisados, tema do próximo tópico do presente trabalho, mas que devem ser indicados desde já para facilitar a compreensão da matéria. São eles (a) uma base da confiança, (b) uma confiança nessa base, (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público¹⁷⁴.

Daí se poder, com Ávila, apontar cinco diferenças entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, fundadas nos seguintes critérios: (a) âmbito normativo: o primeiro refere-se ao ordenamento jurídico como um todo, ao passo que o segundo diz respeito a um aspecto normativo do ordenamento jurídico; (b) âmbito pessoal: a aplicação do princípio da proteção à confiança é, necessariamente, vinculada a uma pessoa específica, ao passo que a segurança jurídica é norma objetiva; (c) nível de concretização: “*enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação*”; (d) amplitude normativa: o princípio da segurança jurídica serve, tão somente, para a proteção de interesses coletivos, enquanto a proteção à confiança funcionaria como meio de proteção de interesses individuais; (e) protetividade individual: a segurança jurídica não estaria referenciada à proteção de interesses dos cidadãos e poderia ser

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 360; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança – uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 82-104. Em sentido semelhante, mas com uma análise restrita à configuração do princípio da proteção da confiança feita pelo art. 54, da Lei n. 9.784/99, MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese [Doutorado em Direito] - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 146-165. Com análise restrita à aplicação do princípio da proteção à confiança no âmbito do poder normativo da Administração Pública, mas com abordagem próxima, BAPTISTA, Patrícia. A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set., 2007, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Aces so em: 15 jun. 2013.

utilizada tanto em seu benefício quanto em seu desfavor, ao passo que a proteção da confiança só poderia ser utilizada *“com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada”*¹⁷⁵.

Todas essas características serão melhor examinadas na próxima parte por ocasião da análise dos requisitos aplicativos do princípio da proteção à confiança, mas permitem, desde já, verificar algumas diferenças substanciais quanto às duas normas em análise, sobretudo, no que se refere à necessidade de comprovação concreta da presença dos referidos requisitos, o que impediria, assim, a sua ponderação em processos de controle abstrato de constitucionalidade. É dizer, a proteção à confiança, nessa acepção, por estar referenciada necessariamente ao plano concreto, depende de uma análise dos seus requisitos incompatível com o procedimento de julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade, de maneira que, a rigor, a verificação da sua incidência deveria ser sempre feita apenas em ações individuais.

Por esse mesmo motivo, entende-se que o princípio da proteção à confiança não se presta a justificar pretensões à modulação dos efeitos em decisões de constitucionalidade nem, como regra, à manutenção de normas já revogadas e/ou aos seus efeitos, respeitados, por óbvio, os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Quando da análise das consequências impostas pelo respeito ao exercício da confiança, serão abordadas as diferentes formas que a doutrina e a jurisprudência apontam como medidas protetivas dessa confiança, mas que, em geral, são sempre outorgadas em face de uma situação subjetiva e não objetivamente. Deve-se considerar, dessa maneira, como correta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico¹⁷⁶.

Tal concepção parece capaz de harmonizar a natural mudança do direito com a necessidade de se respeitar o exercício da liberdade juridicamente orientada por parte dos cidadãos, permitindo, a um só tempo, a conciliação de interesses em disputa.

¹⁷⁵ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 362-363.

¹⁷⁶ RE 599.618-ED, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 1º-2-2011, Primeira Turma, DJE de 14-3-2011; AI 636.563-AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.

A boa-fé, por sua vez, na lição de Almiro do Couto e Silva, “*é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente no direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse ‘ad usucapionem’, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas ‘actiones bonae fidei, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente*”¹⁷⁷.

O princípio da boa-fé objetiva, geralmente associado à ideia de proteção à confiança, tem essa segunda conotação, tratando-se, pois, de norma de conduta que impõe às partes de determinada relação jurídica a observância de um conjunto de deveres recíprocos tidos como decorrentes de um padrão de comportamento leal e confiável.

É nessa segunda acepção, de boa-fé objetiva, que o Código Civil Alemão utilizou-se nos seus §§ 242¹⁷⁸ e 157¹⁷⁹ e que serviu de base à criação, por obra da jurisprudência daquele país, de três grandes categorias de deveres: de cooperação, de informação e de proteção¹⁸⁰, que devem ser observados pelas partes de qualquer negócio jurídico, antes da sua celebração, por ocasião da execução do ajuste e, também, após a extinção da relação jurídica¹⁸¹. Foi nessa acepção, também, que ele foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil de 2002, seja como critério de interpretação dos negócios jurídicos¹⁸², como norma limitativa da

¹⁷⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (Proteção à Confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

¹⁷⁸ “O devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico”.

¹⁷⁹ “Os contratos devem ser interpretados conforme exige a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹⁸⁰ FRADERA, Véra Maria Jacob. *A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato*. In.:____. Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. Humberto Ávila (org.) São Paulo: Malheiros, 2005, p. 357-377.

¹⁸¹ Nesse sentido: “As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações). Isso decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, adotada expressamente pelo CC 422. O BGB § 242, que inspirou a norma brasileira sob comentário, mantém sua redação original, de 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual nem tampouco a pós-contratual, e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias no seu âmbito de aplicação”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed., São Paulo: RT, 2011. p. 545.

¹⁸² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

autonomia da vontade¹⁸³ ou, finalmente, como norma de conduta a ser observada pelos partícipes de relações negociais¹⁸⁴.

Com base nessa ideia, doutrina e jurisprudência desenvolveram um catálogo de regras derivadas da boa-fé objetiva que buscam, de um modo geral, impedir o exercício inadmissível de posições jurídicas. Tais regras seriam, na definição de Luciano de Camargo Penteado, feita com base em Antonio Manuel Menezes Cordeiro, “*figuras parcelares, ou seja, tipos de argumentos recorrentes com vistas a sua aplicação tópica. Entre eles estariam o venire contra factum proprium, o tu quoque, a exceptio doli, desdobrada em exceptio doli generalis e exceptio doli specialis, a inelegabilidade das nulidades formais, o desequilíbrio no exercício jurídico, a supressio e a surrectio*”¹⁸⁵.

Tendo em vista não ser o princípio da boa-fé objetiva o tema central do presente trabalho, não há como proceder-se a uma investigação de cada uma dessas suas figuras, impondo-se, no entanto, a consideração daquela que apresenta maior proximidade com o princípio da proteção à confiança, qual seja, o *venire contra factum proprium* e que se verifica, basicamente,

nas situações em que uma pessoa, durante determinado período de tempo, em geral longo, mas não medido em dias ou anos, comporta-se de certa maneira, gerando a expectativa justificada para outras pessoas que dependem deste seu comportamento, de que ela prosseguirá atuando naquela direção. Ou seja, existe um comportamento inicial que vincula a atuar no mesmo sentido outrora apontado. Em vista disto, existe um investimento, não necessariamente econômico, mas muitas vezes com este caráter, no sentido da continuidade da orientação outrora adotada, que após o referido arco temporal, é alterada por comportamento a ela contrário.

*Existem assim, quatro pressupostos do venire: um comportamento, a geração de uma expectativa, o investimento na expectativa gerada ou causada e o comportamento contraditório ao inicial, que se toma como ponto de referência*¹⁸⁶.

É fácil notar a proximidade do princípio da proteção à confiança com o princípio da boa-fé objetiva, notadamente, na figura do *venire contra factum*

¹⁸³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁸⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé.

¹⁸⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=4>. Acesso em: 26 jun. 2013.

¹⁸⁶ Ibidem.

proprium acima exposta. Perceba-se, inclusive, que os seus pressupostos em muito se aproximam dos elementos da proteção à confiança. A ressalva é importante, pois em ambas as figuras têm-se implícita a proteção da confiança de uma das partes de determinada relação despertada pela atitude da parte contrária. Busca-se impedir, basicamente, que alterações repentinas no exercício de direitos subjetivos deem causa à quebra da confiança anteriormente despertada. No entanto, eles apresentam, também, pontos de distanciamento, seja pelos seus respectivos fundamentos de validade, seja por possuírem, também, conteúdos próprios e que, de certa maneira, permitem separá-los.

O princípio da proteção à confiança, como ideia derivada da segurança jurídica, radica, em última análise no princípio do Estado de Direito e na proteção ao exercício dos direitos fundamentais. É por isso, por exemplo, que na Alemanha fala-se em proteção da confiança não apenas nas relações concretas e específicas mantidas entre Estado e cidadão (ex: atos e contratos administrativos), mas também para fins de evitar a retroatividade de leis prejudiciais ao cidadão, como também como argumento a ser levado em consideração na aplicação judicial do Direito quando se verificar alteração na interpretação feita pelos tribunais¹⁸⁷. A boa-fé objetiva, a seu turno, não tem essa mesma fundamentação, posto ter se desenvolvido, inicialmente, no âmbito do Direito Privado, visando resguardar o tráfego jurídico de atuações abusivas. Trata-se, portanto, de norma protetiva da confiança recíproca que deve presidir as relações humanas. Assim, quando se fala da sua incidência no Direito Público deve-se estar diante de uma relação concreta mantida entre Estado e cidadão. Com efeito, *“enquanto a ideia de proteção à confiança pode ganhar importância igualmente na relação jurídica abstrata e na relação jurídica concreta, a aplicabilidade do princípio da boa-fé se restringe a uma relação jurídica concreta”*¹⁸⁸.

O princípio da confiança, como base de uma responsabilidade pela confiança, é só uma de entre várias configurações deste princípio. Está contido como elemento envolvido no princípio da boa-fé, onde, por sua

¹⁸⁷ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 67-86.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 557. ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

vez, encontrou uma expressão especial nas doutrinas da caducidade, e na proibição de *venire contra factum proprium*. Manifesta-se de novo, de modo distinto, quando se trata da proibição de retroatividade de leis desvantajosas. À primeira vista, esta proibição, que o Tribunal Constitucional Federal inferiu do princípio do Estado de Direito, tem pouco que ver com a responsabilidade pela confiança no Direito privado. No entanto, a todas as manifestações do princípio subjaz, em última instância, a mesma ideia jurídica. Uma coexistência pacífica das pessoas sob leis jurídicas que assegurem a cada um o 'o que é seu', só é possível quando está garantida a confiança indispensável. Uma desconfiança total e de todos conduz à eliminação total de todos ou ao domínio do mais forte, quer dizer, ao oposto de um 'estado jurídico'. Possibilitar a confiança e proteger a confiança justificada é, portanto, um dos preceitos fundamentais que deve cumprir o ordenamento jurídico¹⁸⁹.

Veja-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva impõe a observância de deveres recíprocos de lealdade e probidade aos partícipes de *determinada relação jurídica* e, a partir de seu descumprimento, prescreve medidas corretivas do comportamento abusivo, ou seja, busca-se assegurar um estado de respeitabilidade a partir da imposição de determinados deveres que, se descumpridos, darão ensejo a aplicação de sanções à parte desleal. O princípio da proteção à confiança, a seu turno, possui um espectro menor de consequências, tendo por finalidade precípua, resguardar o exercício de posições jurídicas individuais feitas com base em medidas estatais. Têm-se, aí, pontos de contato e de distanciamento entre as referidas normas, na medida em que, enquanto a boa-fé objetiva, como visto, possui um espectro maior de efeitos do que a proteção da confiança, somente tem incidência em relações jurídicas específicas e concretas travadas entre os cidadãos ou, entre eles e o Estado. A proteção à confiança, de outro lado, é passível de ser invocada por qualquer pessoa que, confiando numa determinada manifestação estatal, ainda que não referenciada a uma situação jurídica concreta, seja de tal modo idônea para justificar o exercício da confiança.

Desta maneira, mesmo que o surgimento e o desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva tenha se dado no âmbito do direito privado, há algum tempo já se reconhece a sua incidência em toda sorte de relação jurídica¹⁹⁰, inclusive, nas relações de direito público, mantidas entre cidadão e Administração Pública. Assim, por exemplo, com fundamento na Lei n. 8.666/93, apontava Almiro do Couto e Silva

¹⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 35-36.

¹⁹⁰ A respeito da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações processuais, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. v. 1. p. 66-73.

que as disposições dos seus artigos 49 e 59, ao preverem o dever de a Administração Pública indenizar os particulares nas hipóteses de anulação do procedimento licitatório ou do contrato administrativo, não só por aquilo que ele tiver executado, mas também por “*outros prejuízos regularmente comprovados*”, teria incorporado ao direito administrativo brasileiro a noção de *culpa in contrahendo* que tem em sua base a noção de boa-fé objetiva¹⁹¹.

De outro lado, o princípio da moralidade administrativa já era citado pela doutrina, antes mesmo de sua positivação expressa no *caput* do art. 37 da CF/88, como a fonte dos deveres de adoção de comportamentos leais, sérios e de boa-fé, consoante noticia Paulo Modesto, para quem, no entanto, “*a boa fé ocupa apenas parte limitada do âmbito de cobertura do princípio da moralidade administrativa*”. Nas palavras do autor:

A boa fé cobra sentido apenas nas relações externas e concretas que vinculam Administração e administrados, segundo um critério de reciprocidade (DE LOS MOZOS), pelo que se espera e exige dela uma conduta normal, sincera e honesta para com o outro sujeito da relação. Boa fé para consigo mesmo é expressão sem sentido. O princípio da boa fé realiza a moralidade administrativa no plano da relação administração-administrados, razão pela qual é principalmente dele que nos ocuparemos a seguir.

A moralidade administrativa, porém, exige do administrador uma atuação ética tanto em suas relações externas com os administrados, tomados estes como particulares ou com uma coletividade total e inespecífica de homens, quanto nas relações internas relativas ao funcionamento e estruturação do aparato administrativo¹⁹².

Deve-se dizer, ainda, que antes da entrada em vigor do próprio Código Civil de 2002, a Lei n. 9.784/99, eliminando quaisquer discussões, parece ter incorporado ao Direito Administrativo em geral o princípio da boa-fé objetiva, ao asseverar que nos processos administrativos serão observadas, entre outros, critérios de “*atuação*

¹⁹¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade Pré-negocial e *Culpa In Contrahendo* no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS. v. 27, 2003. p. 171-179.

¹⁹² MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./jul./ago., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 19 jun. 2013. Em sentido aproximado, extraindo também do princípio da moralidade administrativa o dever de agir de boa-fé, ver ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (art. 2º, § único, inciso IV). Da mesma maneira, a lei em questão estabelece que são deveres do administrado perante a Administração (i) expor os fatos conforme a verdade; (ii) proceder com *lealdade, urbanidade e boa-fé*; (iii) não agir de modo temerário; (iv) prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art. 4º, incisos I a IV), o que, diga-se de passagem, já serve, de alguma maneira, para extremar o princípio da boa-fé objetiva do princípio da proteção à confiança, uma vez que este é norma protetiva apenas do cidadão em face do Estado. É dizer, o princípio da boa-fé objetiva impõe a adoção de um padrão de conduta leal e proba não apenas pela Administração em face do administrado, como também deste em face daquela.

O princípio da proteção à confiança, a seu turno, ainda que tenha como requisitos aplicativos alguns elementos comuns ao princípio da boa-fé objetiva destina-se, precipuamente, à proteção do exercício juridicamente orientado da liberdade humana em face de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, da Administração Pública. Por isso, deve-se reconhecer que a referência à boa-fé existente no art. 54, *caput*, da mesma lei, diz respeito ao estado anímico do agente perante a Administração Pública. Com efeito, ali está dito que “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**”. Fosse a boa-fé objetiva a que se refere o dispositivo não haveria sentido em exigir-se a comprovação de existência de má-fé por parte do destinatário do ato administrativo.

No entanto, é interessante notar que existe uma certa circularidade entre os conceitos na forma como aqui foi exposto, uma vez que pode-se entender que a incidência da referida norma está condicionada à atuação de boa-fé (subjetiva) por parte do destinatário do ato administrativo, atuação essa imposta pelo princípio da boa-fé (objetiva). Dessa maneira, poder-se-ia entender, em suma, que o princípio da boa-fé objetiva atua como norma a pautar a atuação das partes da relação jurídica e que o princípio da proteção à confiança somente incide a partir do momento em que uma delas – a Administração Pública – após induzir o comportamento da outra num determinado sentido, altera a sua atuação de forma injustificada. É dizer, o primeiro possuiria um espectro de consequências mais amplo do que segundo, que visa a apenas solucionar um problema específico, enquanto aquele impõe comportamentos

antes, durante e depois da execução de determinada obrigação, funcionando, também, como remédio contra o exercício inadmissível de posições jurídicas.

Deve-se dizer, porém, que as diferenciações aqui propugnadas são relativas e devem ser vistas, apenas, como um pequeno esforço de sistematização e de busca de clareza conceitual. A advertência é importante porque não se pode, em nome desse objetivo, perder-se o foco principal do trabalho, qual seja, o de encontrar parâmetros para nortear a aplicação do princípio da proteção da confiança quando se verificarem alterações na interpretação do Direito prejudiciais ao exercício juridicamente orientado da liberdade humana. É que a íntima correlação entre os institutos acima abordados – notadamente a noção de boa-fé objetiva e de proteção à confiança – não permitem uma separação absoluta e estanque da matéria. Perceba-se que as consequências decorrentes da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*, *supressio e surrectio*), em muitos casos, assemelham-se às da aplicação do princípio da proteção à confiança e que serão vistas na próxima parte do presente trabalho (autovinculação administrativa, outorga de indenização compensatória, preservação da posição jurídica do administrado, etc.), o que não é de se estranhar. Trata-se, em última análise, de institutos que se fundam em uma mesma ideia regulatória e que, por isso, nunca poderão ser totalmente separados. Vale, no caso, a advertência de Fredie Didier Jr., para quem:

Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo. O ser humano é muito parecido, seja ele japonês, norte-americano, índio, judeu, ateu, brasileiro. A solução desses problemas variará, obviamente, conforme os modelos teóricos e os aspectos culturais de cada país. Assim, por exemplo, os problemas relacionados à boa-fé processual são resolvidos nos Estados Unidos pela cláusula do *devido processo legal*; na Alemanha, pela expansão do § 242 do BGB (Código Civil alemão) aos “domínios não-civis”, e assim sucessivamente.

Muitas vezes a discussão doutrinária é puramente terminológica. A questão da ilicitude do comportamento contraditório, por exemplo, foi, na Alemanha, resolvida pelo desenvolvimento da proibição do *venire contra factum proprium*; na Espanha e na Argentina, pela doutrina de *lós actos propios*; e nos países do *common law*, pelo *estoppel*. Já se disse, inclusive, que a construção do *venire contra factum proprium* é um “*common law wine in civil law bottles*”. Trata-se da mesma solução, com nomes e pressupostos teóricos diversos.

A observação é muito importante.

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente¹⁹³.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. v. 1, p. 42-43.

5.3 REQUISITOS PARA A SUA APLICAÇÃO

Basicamente, entende-se que o princípio da proteção à confiança visa abrigar expectativas criadas nas pessoas em função de manifestações estatais aptas a gerar credulidade quanto à sua realização. Nessa rápida conceituação denota-se a existência, ao menos, dos seguintes elementos: (a) uma base da confiança, (b) uma confiança nessa base, (c) o exercício da referida confiança na base que a gerou e (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público¹⁹⁴.

Por base da confiança devem-se entender as manifestações estatais (leis, atos administrativos gerais ou individuais, contratos administrativos em sentido amplo e, inclusive, promessas de benefícios e omissões administrativas) capazes de despertar a adesão dos cidadãos na sua correção e que serviram de base para a ação ou a inação individual. A confiança na base representaria, de outro lado, o efetivo conhecimento por parte do particular da existência da referida manifestação estatal, excluindo-se, assim, atos ainda não publicados (plano geral) ou dos quais o indivíduo não tenha sido intimado (plano individual). O exercício da confiança na base, por sua vez, consistiria na atuação concreta do particular com base na manifestação estatal, obviamente, dentre dos limites daquilo que se pode entender como o exercício regular de uma posição jurídica. Nesse elemento estariam inseridos não apenas atos de disposição material (ex: celebração de contratos, renúncia a direitos, etc.), mas também qualquer forma de exercício juridicamente orientado da liberdade humana. É importante o ponto, na medida em que poderá haver situações em que, não obstante não se verifique nenhuma atuação concreta do particular com base na manifestação estatal, no sentido de vincular-se juridicamente a determinados negócios, o desfazimento do ato de forma tardia

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 360; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança – uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 82-104; DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 390-412. Em sentido semelhante, mas com uma análise restrita à configuração do princípio da proteção da confiança feita pelo art. 54, da Lei n. 9.784/99, MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese [Doutorado em Direito] - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 146-165. Com análise restrita à aplicação do princípio da proteção à confiança ao âmbito do poder normativo da Administração Pública, mas com abordagem próxima, BAPTISTA, Patrícia. *A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set., 2007, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 jun. 2013.

representaria, de alguma maneira, uma restrição indevida a um determinado direito cuja fruição por largo período de tempo acabou por incorporá-lo, de forma irreversível, ao patrimônio de um determinado indivíduo. Por fim, a frustração da confiança decorre da alteração promovida pelo Poder Público na sua atuação presente, em contradição com aquilo que até então era praticado, em prejuízo aos indivíduos que confiaram na manifestação estatal.

Feita essa breve explanação, seria natural o surgimento de um grande número de indagações referentes a fatos que poderiam afastar a configuração de algum desses elementos e, assim, impedir a incidência do princípio da proteção à confiança. As principais objeções que se verifica nesse ponto dizem respeito às qualidades e/ou características de que deveria ser dotada a base da confiança para servir de fundamento ao exercício da liberdade humana. Assim, por exemplo, são comuns alegações no sentido de que a ilegalidade da base afastaria a possibilidade de que o particular nela confiasse. Da mesma forma, atos meramente transitórios ou que contivessem cláusula de revogação expressa não poderiam servir de fundamento para nenhuma confiança. De outro lado, normas obscuras ou lacunosas, ou fundadas em interpretação controvertida ainda em sede doutrinária e jurisprudencial não se prestariam a servir de base ao exercício da confiança¹⁹⁵.

Essa construção, no entanto, deve ser afastada, por restringir a análise da incidência do princípio da confiança a apenas um dos aspectos da sua base, sem a consideração de outras circunstâncias que, se presentes, poderiam justificar a concessão da proteção. É o caso, por exemplo, de atos administrativos que concedem benefícios em desacordo com a legislação de regência e que assim seriam passíveis de anulação. Nessa hipótese, é a própria legislação que estabelece prazo de decadência para o exercício da autotutela administrativa (art. 54, Lei n. 9.784/99), não havendo sentido, assim, em excluir da apreciação determinados fatos com base na sua ilegalidade se a própria legislação possui exemplo em sentido contrário.

Por isso, defende-se aqui a concepção segundo a qual a verificação da presença dos elementos necessários à incidência do princípio da proteção à confiança não pode ser decidida em termos de tudo ou nada, mas de forma

¹⁹⁵ BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set., 2007, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 jun. 2013.

comparativa, de maneira a se permitir, pela visão de conjunto, identificar uma restrição injustificada nos direitos fundamentais do cidadão. Como acentua Ávila “a tese aqui defendida é no sentido de que o que caracteriza a base é a sua aptidão para servir de fundamento para o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, e não os requisitos objetivos que ela possua”¹⁹⁶. Essa proposta leva em consideração, não só que em cada caso podem existir diversos elementos que devem ser considerados, mas também que eles podem estar presentes com intensidades diversas, de maneira que, eventualmente, a ausência de um deles poderá ser compensada pelo peso que outro tenha na resolução da controvérsia. Assim, por exemplo, apesar de o tempo de vigência da norma ser, tradicionalmente, indicado como um importante critério para a proteção da confiança, é possível que em um determinado caso, não obstante a norma tenha vigido por breve espaço de tempo, tenha ela servido de base para altos investimentos pelo particular, a justificar, assim, a proteção de sua confiança. De outro lado é possível que o ato tenha sido editado em manifesta contrariedade com o ordenamento jurídico, mas o passar do tempo aliado ao grau de dependência dele derivado podem ser suficientes para impedir a sua desconstituição.

Como se vê, os elementos a serem verificados – o que ficará mais claro depois – não se enquadram em uma rigidez conceitual classificatória, no sentido de apontar requisitos cuja presença seja obrigatória. Eles possuem apenas valor indiciário. Os referidos elementos afeiçoam-se mais a uma representação tipológica, assim considerada aquela que, à diferença dos conceitos, envolve elementos que não são individualmente nem necessários, nem suficientes, valendo para a sua configuração a visão de conjunto, de modo que a base da confiança possa existir apesar da falta de um ou de mais elementos¹⁹⁷.

Tal concepção, formulada por Humberto Ávila e adotada no presente trabalho, tem o grande mérito de não excluir do âmbito de análise determinados elementos muitas vezes rejeitados, de que o exemplo mais emblemático talvez seja a ilegalidade do ato. Com efeito, tratando-se de instituto de recente formação, ao menos pela maneira como hoje é concebido, parece imperioso não se formular respostas apriorísticas e conceituais, uma vez que somente a experiência será

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 367.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 372.

capaz de dotar a doutrina dos conhecimentos necessários a uma formulação mais exata da matéria.

Não se pense, todavia, que isto corresponde a deixar a solução dos problemas apenas para o âmbito individual, sem critérios prévios a serem empregados. Na verdade, após essas considerações gerais sobre a base de confiança, passa o autor a indicar e explicar quais são os critérios a serem considerados na verificação da base de confiança para, ao final elaborar as seguintes regras a serem utilizadas na verificação se a situação em análise é merecedora ou não de proteção, e que podem ser aqui transcritas, para facilitarem a compreensão geral da matéria:

1ª regra – O grau de proteção da confiança será tanto maior quanto maior for o grau de presença dos elementos normativos, pertinentes à situação de fato, abaixo indicados:

– vinculatividade – quanto maior for o grau de vinculação normativa do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada;

– aparência de legitimidade do ato – quanto maior for o grau de aparência de legitimidade do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele posta;

– modificabilidade – quanto maior for o grau de permanência do ato, maior deve ser a proteção da confiança a ele atribuída;

– efetividade – quanto maior o grau de realização da finalidade subjacente à regra supostamente violada, tanto maior deve ser a proteção dos efeitos do ato inquinado de ilegal;

– indução – quanto maior for o grau de indução decorrente do ato, maior deve ser a proteção merecida pela confiança com base nele exercida;

– individualidade – quanto maior for o grau de proximidade do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada;

– onerosidade – quanto maior for o grau de onerosidade do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele recaída;

– durabilidade – quanto mais duradoura no tempo for a eficácia temporal do ato, maior proteção merece a confiança nele depositada.

2ª regra – Quanto maior for a presença do elemento durabilidade, isto é, quanto maior o tempo transcorrido entre a prática do ato e a decisão a respeito da sua anulação ou da sua revogação, tanto menor poderá ser a presença de outros elementos.

3ª regra – O baixo grau de presença de um elemento deve ser compensado pelo alto grau de presença de outros.

4ª regra – No caso de norma tributária com finalidade extrafiscal, deve-se afastar o efeito retrospectivo sempre que o objetivo puder ser atingido deixando os referidos atos passados de fora do âmbito normativo da nova lei e o efeito comportamental da mudança não atingir o comportamento dos contribuintes relativamente aos atos já praticados.

5ª regra – Se o objetivo só puder ser atingido com a eficácia retrospectiva da nova lei, ele deverá ser tanto mais importante quanto mais intensamente forem restringidos os direitos de liberdade e de propriedade do cidadão.

6ª regra – Os direitos de liberdade e de propriedade do cidadão são tanto mais restringidos quanto mais brusca e drástica for a modificação normativa, mais difícil a reversão das disposições, maior a dependência do ato e mais extensos os prejuízos causados.

7ª regra – Ainda que o efeito retrospectivo seja necessário e a sua importância justifique a restrição da dimensão passada do princípio da segurança jurídica, ele deve ser afastado se a restrição da dimensão futura desse princípio for ainda mais restringida¹⁹⁸.

Uma primeira observação a ser feita no que se refere às regras acima expostas é que, não obstante tenham sido elaboradas com foco nas relações tributárias, elas podem ser empregadas, sem maiores problemas, nos demais ramos jurídicos. Excetuadas aquelas que dizem respeito, especificamente, ao Direito Tributário (caso da 4ª regra), as demais trazem parâmetros de grande utilidade para a análise da incidência do princípio da proteção à confiança.

A segunda observação diz respeito ao fato de que a consideração de todos esses aspectos, por óbvio, depende da demonstração concreta da sua ocorrência, impedindo-se, assim, a sua análise no bojo de ações de controle abstrato de constitucionalidade. Daí se poder falar que a previsão das Leis n. 9.868/99 (art. 27) e da Lei n. 9.882/99 (art. 11), quanto à possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de algum dispositivo legal, restrinja os efeitos de sua decisão por motivos de segurança jurídica, diz respeito ao aspecto objetivo desse princípio, ou seja, que a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo com eficácia retroativa possuiria o condão de abalar a confiança de todos no ordenamento jurídico objetivamente considerado.

Essa constatação demonstra que o art. 27 da Lei n. 9.868/99, quando menciona “razões de segurança jurídica” como fundamento para que o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, possa modular os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, está fazendo referência não ao princípio da proteção confiança, como “segurança subjetivada”, mas, sim, ao princípio da segurança jurídica na sua dimensão objetiva e no seu aspecto pessoal relacionado ao interesse coletivo. O princípio da proteção da confiança depende do *exercício* da confiança [...], ao passo que o princípio da segurança jurídica deve ser garantido independentemente da *atuação concreta* [...].

[...]

Isso, contudo, não quer dizer que a confiança *de todos* ou *da maioria*, ou mesmo a confiança *em si mesma*, como elemento configurador dos ideais de permanência e de continuidade do *ordenamento jurídico*, não possa ser avaliada no processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que de maneira presumida, ou mesmo no controle difuso, quando haja repercussão transindividual da decretação de nulidade da lei, como admite o Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, no entanto, não se deve provar que a mudança afeta injustificadamente o *exercício concreto da liberdade de alguém*, mas que ela injustificadamente restringe o *direito abstrato de todos à liberdade*. Aqui, entretanto, o que se está, a rigor, analisando é a

¹⁹⁸ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 408-409.

face objetiva da proteção da confiança – nada mais, portanto, que o próprio princípio da segurança jurídica¹⁹⁹.

Tendo sido analisados o conceito adotado do princípio da proteção à confiança, bem como os seus diversos elementos, cabe verificar quais as consequências da sua aplicação, isto é, qual a eficácia do princípio da proteção à confiança quando verificados estarem presentes os seus pressupostos aplicativos.

5.4 EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Antes de se passar à análise das consequências impostas pelo princípio da proteção à confiança, deve-se fazer uma observação prévia. É que dado o grande espectro de relações jurídicas que estão submetidas à influência dessa norma, deve-se reconhecer que a sua eficácia variará conforme se trate, por exemplo, de um ato concreto ou um ato geral da Administração Pública, ou ainda, se se tratar de uma hipótese de alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais.

Não obstante, de um modo geral, aponta a doutrina que a confiança dos cidadãos poderia ser protegida por três maneiras distintas, quais sejam, (a) pela proteção procedimental, consubstanciada na observância do devido processo legal com todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, juiz natural, publicidade, etc.); (b) pela proteção substancial, considerada como tal aquela que busca, em síntese, a manutenção dos atos normativos que ocasionaram a (in)ação do indivíduo, ou, quando menos, a manutenção dos efeitos decorrentes desse ato, ou ainda, pela instituição de regras de transição; e (c) pela proteção compensatória, a ser empregada quando verificada a impossibilidade de se manter os atos ou os efeitos deles decorrentes, e que significa o dever de o Estado ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração da confiança²⁰⁰.

¹⁹⁹ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 364-365.

²⁰⁰ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. 2005. Tese [Doutorado em Direito] – Fac. de Direito da Univ. Fed. do Rio Grande do Sul, p. 22; ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2013; BAPTISTA, op. cit., 2013; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança – uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 207-236.

É importante observar que essas formas de proteção à confiança podem ser utilizadas em âmbitos distintos, mas também em momentos diversos. Com efeito, enquanto algumas delas buscam impedir a modificação da atuação estatal (proteção substancial pela manutenção do ato), outras se destinam a atenuar os efeitos da modificação (instituição de regras de transição) ou a corrigir, reparar os danos decorrentes de uma modificação abrupta (proteção compensatória). Tal constatação é importante porque se defende no presente estudo que o princípio da proteção à confiança possui não só uma eficácia corretiva dos comportamentos estatais, mas também conformadora da sua atuação, de maneira que, se a mudança de orientação não pode ser evitada, isso não deve ser entendido como uma justificativa para a arbitrariedade e a falta de coerência na atuação estatal. Ainda que o princípio da proteção à confiança não se confunda com o princípio da boa-fé objetiva, entende-se que eles, em conjunto, impõem a observância de deveres de lealdade, transparência e coerência na atividade interpretativa a ser feita pelo Estado no exercício de suas funções administrativas e jurisdicionais.

Por isso, e para as finalidades do estudo empreendido, a análise da eficácia do princípio da proteção à confiança no âmbito do Poder Executivo e do Poder Judiciário será feita a partir de dois ângulos distintos, quais sejam, pela imposição, primeiramente, dos deveres de coerência e de uniformidade de tratamento, bem como pela necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico, de maneira que as mudanças de orientação exigem fundamentação adicional, com a explicitação dos motivos que determinaram a alteração. Em segundo lugar, verificada a modificação, funcionará o princípio da proteção à confiança como norma a ser utilizada na análise das confianças a serem protegidas, seja por meio da manutenção dos atos ou dos seus efeitos, ou então, pela compensação dos prejuízos causados.

É preciso dizer, por fim, que as consequências acima citadas apresentarão variações a depender de se tratar do exercício das funções administrativas ou jurisdicionais, o que será feito nos próximos tópicos.

6 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E AS FUNÇÕES ESTATAIS

Tendo-se visto o princípio da proteção à confiança a partir do seu fundamento de validade constitucional, o seu conteúdo normativo, os seus pressupostos aplicativos e os efeitos decorrentes da sua incidência, resta enfrentar, pontualmente, a questão da sua aplicação ao Estado no exercício das suas diversas funções. Em razão do tema do presente estudo, qual seja, o da mudança de interpretação e a proteção da confiança, deve-se reconhecer que ele tem relevância, sobretudo, no que se refere às funções administrativa e jurisdicional. Isto porque no âmbito do Poder Legislativo, em razão da competência que lhe é atribuída constitucionalmente para inovar a ordem jurídica, as modificações legislativas devem ser vistas como tal, sendo o princípio da proteção à confiança, nesse âmbito, invocado como parâmetro para a análise da retroatividade legislativa.

Ainda que a Constituição Brasileira disponha de regras específicas a respeito dos limites temporais aos atos legislativos, a doutrina²⁰¹ vem apontando a necessidade de que a análise do tema não se restrinja a aspectos meramente formais vinculados à consumação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito ou à ocorrência do fato gerador, devendo a discussão da questão ser ampliada a partir do princípio da proteção à confiança que, como se viu, tem como ponto de vista principal a conduta do cidadão face às manifestações estatais. A partir desse parâmetro, os fatos a serem analisados não seriam, propriamente, a conclusividade dos atos praticados, mas o exercício da liberdade humana e a sua irreversibilidade. Com efeito, se o cidadão, confiando numa determinada norma legislativa, dispôs intensamente de sua liberdade e praticou atos que, por sua natureza, colocaram-no em uma situação que impede a sua modificação posterior, o princípio da proteção à confiança poderia ser chamado à ponderação no caso concreto, com base nas considerações feitas nos itens anteriores.

Este não é, no entanto, o principal foco de preocupação do presente trabalho, que se ocupa, principalmente, com a alteração do Direito por obra dos seus intérpretes e que pressupõe, portanto, que a concretização do Direito não se resume a uma atividade meramente declarativa. Em razão do princípio democrático, todavia, parece que se deve reservar ao Poder Legislativo, em regra, o papel de criação de direitos e obrigações, o que não afasta a participação dos demais Poderes Estatais

²⁰¹ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 410-453.

da conformação do Direito que, por sinal, é a razão de ser do presente trabalho. No entanto, mesmo que a Constituição traga, em grande parte, limitações materiais ao exercício da atividade legislativa, seja pela previsão do conteúdo das leis a serem editadas, seja pela consideração dos limites que representam os direitos fundamentais, deve-se ter em mente que uma nova lei, por mais que possa ser considerada como uma nova interpretação do texto constitucional será sempre fruto de uma decisão política com caráter de inovação da ordem jurídica. Daí a opção feita no presente trabalho de se limitar a investigação da incidência do princípio da proteção à confiança às atividades administrativa e jurisdicional. Os próprios pressupostos do presente trabalho apontam nessa direção, na medida em que, se se entende que até a atividade interpretativa em sentido estrito implica uma atividade criativa, em maior medida isso deve ser considerado quando se trata de atos legislativos emanados do próprio Parlamento. Tal postura tem a função, sobretudo, de se reservar ao Poder Legislativo o espaço de conformação do Direito que lhe é conferido pela Constituição.

Com base em tais considerações, pode-se passar à análise da eficácia do princípio da proteção à confiança no âmbito das funções administrativa e jurisdicional.

6.1 PROTEÇÃO À CONFIANÇA E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

6.1.1 Considerações gerais

Consoante se defende no presente trabalho, a natureza do ato compreensivo, exposta na parte inicial, impõe que se olhe de modo diferente a função administrativa do Estado, notadamente, no que se refere ao princípio da legalidade e ao poder normativo da Administração Pública. Se toda interpretação pressupõe a atuação de um sujeito a partir de um determinado objeto, ainda que submetida a diversos limites, não se pode descurar o elemento de decisão presente nesse momento, dada a criatividade inerente ao intérprete. Ao mesmo tempo, o formato dos textos constitucionais como o do Brasil, nos quais se verifica a existência de um amplo regime jurídico de Direito Administrativo, com extenso detalhamento da organização administrativa e de diversas áreas de atuação estatal, aliada à

concepção da força normativa das disposições da Lei Fundamental, aumentou consideravelmente os parâmetros de controle da atividade administrativa estatal.

Tais fatores parecem ter prejudicado, em alguma medida, a clássica divisão entre atos administrativos vinculados e discricionários, pelo menos no que toca, em relação aos primeiros, à possibilidade de se eliminar, de forma absoluta, o subjetivismo do intérprete e, quanto aos últimos, pela inexistência de parâmetros de controle à atuação do agente administrativo. O que se verifica, atualmente, é que mesmos naqueles casos em que, aparentemente, a norma atributiva de competência parece não reservar nenhuma margem de apreciação ao agente administrativo, haverá sempre um resquício da subjetividade do intérprete, posto se tratar de uma característica inerente à atividade compreensiva. Por outro lado, nas hipóteses em que se verifica a existência de uma competência discricionária²⁰², há pleno reconhecimento de que as normas constitucionais, principalmente os princípios que regem a atividade administrativa, bem como os direitos fundamentais, representam, hoje, parâmetros para a aferição da juridicidade do comportamento público, além das tradicionais teorias do abuso de poder e do desvio de finalidade²⁰³.

De outro lado, autores diversos dissertam sobre as transformações por que tem passado o princípio da legalidade, seja em função da modificação no relacionamento travado entre os Poderes Executivo e Legislativo, seja pela cada vez

²⁰² Não se desconhece a discussão a respeito daquilo que caracterizaria a existência de uma competência discricionária. Com efeito, aponto Hartmut Maurer que “o poder discricionário concerne, como foi exposto, ao lado da consequência jurídica de uma regulação legal. Ele está então dado, quando a autoridade, na existência de um tipo legal, pode escolher entre consequências jurídicas diferentes e, com isso, tem um espaço de atuação própria [...]. Enquanto o poder discricionário aparece no lado da consequência jurídica, o conceito jurídico indeterminado está localizado do lado do tipo da regulação legal. Ele levanta uma problemática correspondente ao poder discricionário, ou seja, a questão se a administração obtém pelo emprego de conceitos jurídicos indeterminados um espaço de apreciação que judicialmente, só limitadamente, pode ser examinado. [...] Enquanto a jurisprudência, atualmente, recusa fundamentalmente, um espaço de apreciação da administração – prescindindo de exceções – ele é afirmado por uma parte da literatura”. MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 48 e 54. Em sentido aproximado GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56-57. Não obstante, no presente trabalho a expressão “discricionariedade administrativa” será tomada em sentido lato, não técnico, para abranger todo e qualquer espaço de deliberação reservado pela norma legal à autoridade administrativa. Compreende, assim, não apenas as competências discricionárias propriamente ditas, isto é, nas quais a norma legal permite a adoção de mais de um comportamento administrativo, mas também quando se verifica uma margem para a apreciação legal da hipótese de incidência pela existência de conceitos indeterminados no próprio tipo legal. Admitindo essa equiparação, em termos práticos, COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS., 2003. p. 13-31, v. 27.

²⁰³ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 51.

mais frequente incorporação aos textos legislativos de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, proclamação de princípios e, também, pela infinidade de diplomas legislativos existentes, a demandar um exercício de coordenação e sistematização das várias disposições legais aplicáveis em um determinado caso²⁰⁴. Aliadas a tais fatores, aponta a doutrina ainda a presença de formas atípicas de delegação legislativa, através da atribuição de competências muito amplas a órgãos da Administração Pública, o que pode ser visualizado, por exemplo, na função normativa desempenhada pelas agências reguladoras e demais órgãos/entidades com competência para a fiscalização e regulamentação de diversos serviços públicos e setores econômicos²⁰⁵.

Tudo isso tem impulsionado o crescimento de atos normativos expedidos pelos mais diversos órgãos da Administração Pública que, no exercício de suas competências, precisam, por vezes, densificar comandos genéricos constantes dos textos normativos. No exercício dessa atividade haverá, quase sempre, um espaço variável de possibilidades interpretativas que não pode ser ignorado. Ainda que os fatores acima mencionados não estivessem presentes, parte-se, no presente estudo, do pressuposto de que, salvo algumas poucas exceções, é impossível elaborar textos legislativos com conceitos unívocos e que não provoquem dúvida quanto à sua interpretação. O fenômeno do chamado desenvolvimento judicial do Direito, em quase tudo aplicável à função administrativa, revela bem a dificuldade da dogmática em explicar, em termos racionais, quais os fatores determinantes nesse âmbito.

Paradoxalmente, a possibilidade de atribuição de mais de um significado e, por isso, a construção de mais de uma norma a partir de um determinado texto normativo, apesar de ser questão normalmente reconhecida no âmbito do processo de aplicação do Direito levado a efeito pelos órgãos jurisdicionais, é, por diversas vezes, ignorada quando se trata da mesma atividade desenvolvida por órgãos da Administração Pública. Tal circunstância é revelada pelo texto da própria Constituição Federal quando assevera competir ao Presidente da República editar regulamentos para a “*fiel*” execução da lei (art. 84, IV). No outro extremo, encontram-

²⁰⁴ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 134-141.

²⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS. 2003. p. 13-31, v. 27; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 98-103.

se posições que, diante da existência de alguma margem de apreciação a ser exercida por algum agente administrativo, restringem-se à invocação da existência de uma competência discricionária, a excluir assim a necessária referência que a sua aplicação deve ter quanto aos princípios e direitos fundamentais incidentes no caso.

É preciso, pois, avançar na análise do tema, seja pela consideração de que a atividade administrativa de aplicação do Direito pressupõe também o exercício de uma tarefa interpretativa e, por consequência, implica a possibilidade de uma maior conformação do Direito posto, seja pelo cotejo do exercício dessa atividade a partir da vinculação da Administração Pública ao Direito. Isto representa o aumento dos parâmetros de controle da atividade administrativa e, ao mesmo tempo, a ampliação do espaço de decisão que deve ser reservado aos agentes públicos, como medida indispensável à consecução das finalidades públicas. Nesse sentido, o princípio da proteção à confiança, por vezes com o auxílio do princípio boa-fé objetiva, desempenha papel importantíssimo no estabelecimento de parâmetros para o exercício da discricionariedade administrativa, através do reconhecimento de efeitos vinculantes às diversas manifestações estatais levadas a efeito na densificação de comandos normativos tanto na decisão de casos concretos, quanto no exercício do seu poder regulamentar. Com tal enfoque, o controle da Administração Pública é facilitado, pois passa a ser exercido não de forma isolada em relação a cada aplicação, mas enfoca cada uma delas dentro de um determinado contexto decisório.

Trata-se daquilo que doutrina vem denominando de autovinculação da Administração Pública ou como a Teoria das Autovinculações Administrativas²⁰⁶, elaboradas a partir da consideração dos efeitos decorrentes da incoerência administrativa. Se a alteração repentina no padrão decisório da Administração Pública pode justificar a invocação do princípio da proteção à confiança como

²⁰⁶ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.:___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.115-174; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Inst. Bras. de Direito Público, n. 14, maio/jun./jul., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 16 jul. 2013; SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e Poder Sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Inst. Bras. de Direito Público, n.17, fev./mar./abr., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 16 jul. 2013.

medida corretiva do comportamento estatal, deve-se reconhecer que o Poder Público está vinculado, de alguma forma, a todas as suas manifestações. Isto justifica, assim, a aplicação do princípio da proteção à confiança não apenas quando verificada a frustração da confiança do particular, mas também, previamente, pela consideração de que os atos administrativos, individuais ou gerais, traduzem, desde a data da sua edição, uma hipótese importante de redução da discricionariedade administrativa²⁰⁷.

6.1.2 O princípio da proteção à confiança e a autovinculação administrativa

A denominada teoria da autovinculação administrativa fundamenta-se não apenas no princípio da proteção à confiança, mas também no princípio da boa-fé objetiva e, de alguma forma no princípio da igualdade. No entanto, tendo em vista a íntima relação mantida entre esses dois primeiros princípios e em razão do tema do presente trabalho, não haveria como restringir a análise das hipóteses de autovinculação administrativa derivadas, exclusivamente, da proteção à confiança, impondo-se desta maneira, ainda que rapidamente, a consideração das demais formas de autovinculação administrativa. Como foi visto, em regra, o princípio da proteção à confiança é de utilização nos casos em que se verifica a frustração do exercício da liberdade humana com base numa determinada manifestação estatal. A autovinculação administrativa, a seu turno, justifica não só a proibição do comportamento contraditório, isto é, a indução do comportamento com a posterior frustração da confiança, mas também a vinculação pelo precedente, na qual o seu fundamento imediato seria o princípio da igualdade, assim como formas consensuais de vinculação administrativa.

Entende-se, todavia, que qualquer que seja a forma de vinculação da Administração Pública, representará o princípio da proteção à confiança importante elemento de aferição para que se verifique se a alteração do padrão decisório representou uma indevida restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos. Isto

²⁰⁷ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira*. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 115-174. Registre-se que o autor faz tal afirmação no âmbito dos atos concretos da Administração Pública. No entanto, segundo entende-se, ela pode ser aplicada também aos atos gerais da Administração Pública, que também revelam o exercício de parcela de discricionariedade administrativa, desde que se tome o poder discricionário no sentido lato empregado no presente trabalho.

porque ele permite que a análise da alteração seja feita não com o foco na legalidade/ilegalidade da mudança em si, de resto impossível de ser evitada, mas a partir daquilo que ela representou para o cidadão. A proteção da confiança, a partir do exame dos elementos da base de confiança, consoante já indicados, constitui um elemento muito útil na verificação das circunstâncias do caso concreto e que é complementada pela investigação das diversas hipóteses apontadas pela doutrina de autovinculação administrativa. Com efeito, quanto mais estiver a Administração Pública vinculada às suas anteriores manifestações, tanto maior deve ser o grau de proteção às confianças nelas depositadas.

Hartmut Maurer, ao abordar as prescrições administrativas no direito alemão, entendidas como tais as “*ordenações gerais da autoridade superior a autoridades inferiores ou da autoridade diretora aos servidores administrativos a ela subordinados*”²⁰⁸, externa que elas podem se destinar (a) à organização interna e ao funcionamento dos serviços das autoridades; (b) à definir diretrizes para o exercício do poder discricionário; (c) à definição de diretrizes sobre a interpretação dos elementos do tipo legal, especialmente, para a concretização de conceitos jurídicos indeterminados; (d) para definir linhas diretivas de lei pendentes de regulamentação legal²⁰⁹.

Como se pode perceber, o seu fundamento de validade repousa na hierarquia existente dentro do corpo administrativo, de maneira que elas não vinculariam os cidadãos. Todavia, tal fato não impediu que a jurisprudência reconhecesse, por via oblíqua, efeitos vinculantes às prescrições administrativas, derivado do fato de que, mesmo que o cidadão a elas não esteja subordinado juridicamente, ele é por elas afetado faticamente²¹⁰.

O Tribunal Administrativo Federal e a opinião dominante argumentam como segue: a prescrição administrativa fundamenta uma determinada prática administrativa, uma vez que deve se supor que as autoridades administrativas até agora atuaram em conformidade e no futuro irão atuar em conformidade; elas estão obrigadas à atuação uniforme e não devem, por isso, sem fundamentos objetivos, desviar de sua prática constante; se elas, contudo, o fazem, então elas violam o princípio da igualdade; o solicitador recusado pode apoiar-se na violação de seu direito ao tratamento igual, segundo o artigo 3, I, da Lei Fundamental. Fala-se, por isso, de um

²⁰⁸ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 33.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 34-35.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 36.

efeito externo indireto, indireto, porque ele é proporcionado pela prática administrativa e princípio da igualdade²¹¹.

Essas considerações são importantes porque acentuam, a um só tempo, não apenas o efeito vinculante dos atos da Administração Pública, mas também que os atos gerais e abstratos editados para especificar comandos legais genéricos devem ser tidos como uma forma de redução da discricionariedade administrativa. Isto é, o fato de a norma administrativa incorporar algum elemento não previsto expressamente no texto legislativo não pode ser tomado, de forma absoluta e apriorística, como usurpação da competência legislativa, mas deve ser cotejada com o ordenamento jurídico como um todo e dentro do espectro de sentidos passíveis de lhe serem atribuíveis. Como acentua Paulo Modesto,

Há um impressionante hiato entre a doutrina brasileira dos atos administrativos discricionários e a teoria predominante sobre a margem de discricção de regulamentos no Brasil. É usual reconhecermos margens de avaliação discricionária para a emissão de atos singulares e concretos quando a norma de competência encerra conceitos normativos indeterminados, porém recusamos ou não tematizamos a equivalente margem de apreciação na edição de regulamentos fundamentados a partir dos mesmos conceitos jurídicos indeterminados. A verdade, que normalmente se oculta ao referirmos os “regulamentos de execução” ou “regulamentos de fiel execução da lei”, é que também nessa última hipótese não se pode deixar de reconhecer cabimento para ponderação discricionária, exercício de poder-dever, margem decisória apta a expressar mais uma manifestação de autovinculação²¹².

Estabelecidos tais pressupostos, pode-se passar à explanação das principais formas apontadas pela doutrina de autovinculação administrativa, adotando-se para tanto a classificação proposta por Paulo Modesto pela sua abrangência e clareza conceitual. Aponta o ilustre administrativista que a autovinculação pode ser adotada de forma (a) involuntária ou (b) deliberada, podendo, neste último caso, se dar (b.1) unilateralmente, em concreto ou abstratamente ou, ainda, (b.1) bilateralmente²¹³.

²¹¹ MAURER, op. cit., 2001, p. 37.

²¹² MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 142.

²¹³ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa

A primeira delas compreenderia a chamada autovinculação pelo precedente, de aplicação aos casos em que a Administração Pública adota, de forma reiterada, um determinado padrão decisório na análise de casos concretos e, posteriormente, ao examinar a situação de um determinado interessado, altera o seu entendimento de forma inesperada e injustificada. Aponta a doutrina que, nessas situações, os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da boa-fé demandam a manutenção da linha decisória dos órgãos da Administração Pública, “*salvo motivação especial, fundada em alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público*”²¹⁴.

Perceba-se que essa primeira forma de vinculação, assim como se verá naquela decorrente da edição de atos abstratos, refere-se não apenas aos casos em que se verifica a existência de competência discricionária propriamente dita, isto é, quando a norma apresenta mais de uma consequência jurídica passível de adoção, mas também para denotar a possibilidade de que, a partir de um mesmo texto normativo, seja construída mais de uma norma jurídica, mesmo naqueles em que não se verifica a existência de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados.

Desta maneira, a definição de uma determinada interpretação a partir de casos concretos tem o efeito de se impor aos demais casos que sejam apresentados à Administração Pública, podendo o particular exigir coerência no comportamento administrativo, eis que isso é uma decorrência não apenas do princípio da igualdade, como também dos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica. Deve-se dizer, porém, que se trata de uma hipótese de autovinculação frágil, eis que é suficiente, para a sua superação, que haja motivação especial fundada na ilegalidade dos precedentes invocados ou na superveniência de razões de interesse público para a mudança do padrão decisório (nos casos em que isso for possível), como expressamente reconhecido pelo art. 50, IV, da Lei n. 9.784/99.

Aponta o autor que esse primeiro sentido limitado da autolimitação administrativa teria sido reconhecido, havendo dois principais fatores determinantes para que sejam admitidas “*hipóteses unilaterais e bilaterais de autocontenção voluntária ou deliberada da Administração Pública no exercício de competências*

brasileira. In.: ____ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 137.

²¹⁴ Ibidem., p. 131.

*administrativas sujeitas a algum grau de discricionariedade*²¹⁵, quais sejam, a crescente redução da densidade normativa, com a utilização mais frequente de conceitos abstratos e indeterminados, cláusulas gerais, normas principiológicas, o que amplia as margens de apreciação da Administração, e a inflação legislativa, a demandar um esforço cada vez maior de sistematização, a fim de que possam ser indicadas as normas efetivamente vigentes²¹⁶.

As hipóteses de autocontenção deliberada apresentariam um grau de vinculatividade maior em função de se basearam em atos gerais e abstratos da Administração que, por sua pretensão de generalidade, seriam mais propensos a justificar a confiança neles depositada (autolimitação voluntária unilateral geral), ou então, por serem produzidos no interior de uma relação jurídica específica e, assim, estarem dirigidos a uma pessoa plenamente identificável (autolimitação voluntária unilateral concreta e bilateral).

Para manter a ordem da classificação proposta pelo autor, cumpre examinar previamente a hipótese de autolimitação decorrente da edição de atos administrativos concretos que se dão numa determinada relação jurídica – unilateralmente, portanto. Trata-se da denominada doutrina dos atos próprios, cujo desenvolvimento operou-se, com tal nomenclatura, na Espanha e na Argentina²¹⁷, e que preceitua, basicamente, a ilicitude do comportamento de uma das partes de determinada relação jurídica, em face da inobservância do dever de lealdade imposto pela boa-fé, que após inspirar a confiança da outra de forma a mobilizá-la a agir de acordo com esse comportamento, altera de forma contraditória a sua atuação. Como se vê, trata-se de doutrina em tudo aproximada à figura do “*venire contra factum proprium*”, exposta linhas acima e que decorre, basicamente, do princípio da boa-fé objetiva, mas que tem por trás de si, também, valores básicos ao princípio da proteção à confiança. Como acentua Modesto,

Trata-se de situação distinta, peculiar, quando a comparamos com a autovinculação decorrente de decisão análoga anterior. Na autovinculação derivada da proibição de ir contra atos próprios o fundamento constitucional

²¹⁵ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira*. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 134.

²¹⁶ Ibidem., p. 135.

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. v. 1, p. 42-43.

é o *princípio da proteção à confiança*; na autovinculação ao precedente, o princípio da igualdade. Na proibição de ir contra atos próprios, censuram-se decisões já assumidas pela Administração ou por particulares, em contradição direta com atos anteriores. No respeito ao precedente, reclama-se coerência da Administração em decisões futuras, perante outros sujeitos, desde que presentes situações análogas. A Administração não se autovincula ao precedente ilegal, com fundamento no princípio da legalidade; no entanto, em situações excepcionais, mesmo perante atuação ilegal pode exigir-se o desenvolvimento de relações jurídicas com fundamento no princípio da proteção à confiança, como diversas decisões do Supremo Tribunal Federal já reconheceram, a exemplo do *leading case* das contratações de pessoal realizadas sem concurso público pela INFRAERO, na vigência da Constituição de 1988, fundados em diversos pronunciamentos oficiais anteriores que reconheciam às empresas estatais a autorização para assim proceder²¹⁸.

Pode-se dizer, que esses dois primeiros casos de autolimitação administrativa (pelo precedente e pela proibição do comportamento contraditório), ainda que não tratados dessa forma pela jurisprudência, já foram reconhecidos no direito brasileiro, o que não afasta a utilidade da classificação aqui exposta. Podem ser citados, a respeito do assunto, dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que incorporam, expressamente, a vedação à atuação da Administração Pública que vai contra os seus próprios atos. Nesse sentido:

Ementa: Administrativo e processual civil. Título de propriedade outorgado pelo Poder Público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria Administração, objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. Alteração no polo ativo da relação processual na fase recursal: impossibilidade, tendo em vista o princípio da estabilização subjetiva do processo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Instituição de parque estadual. Preservação de mata inserta em lote particular. Direito a indenização pela indisponibilidade do imóvel, e não só da mata. Precedentes do STF e do STJ. Recursos parcialmente providos.

I – Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria administração através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que “*memo potest venire contra factum proprium*” e de que “*memo creditur turpitudinem suam allegans*”.

[...]

IV – Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.

(STJ, REsp 47.015/SP, Recurso Especial, 1994/0011462-1, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, j. 16.10.97, DJU, P. 64.655, 09 dez. 97)

Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido

²¹⁸ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 138-139.

de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei n. 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios atos passados, prejudicando terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento.

(STJ, 4ª T, RESP 141879/SP, rel. Mins Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 17.03.98, DJU, p. 90, 22 jun. 98).

Deve-se reconhecer, no entanto, que o Estado não se vincula apenas aos seus atos concretos produzidos no âmbito de uma relação jurídica específica, mas também àqueles editados de forma geral e abstrata. A autolimitação decorrente da edição de atos normativos gerais e abstratos, notadamente através da edição de regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV, CF), não obstante traduzir hipótese importantíssima de manifestação do poder estatal é em grande parte, ignorada, ou não tratada como tal, pela jurisprudência e doutrina brasileiras.

A verdade é que a edição de ato normativo secundário, de natureza administrativa, explicita uma das intelecções comportadas pelas normas legais vigentes, habilitantes da atuação do Poder Público, mas não a única inteligência possível. A seleção das alternativas de intelecção da norma legal pela Administração constitui uma relevante manifestação do poder de Estado, que não pode ser subestimada. A interpretação administrativa de norma legal, em particular de uma norma legal composta por conceitos indeterminados, não revela um único sentido preexistente, razão pela qual a norma administrativa emitida não deve ser tida como simples norma de execução, pois integra o próprio processo decisório e concretizador da administração²¹⁹.

A grande vantagem dessa concepção é que ela permite visualizar a edição de atos normativos como uma manifestação do poder estatal e como um instrumento de decisão, ainda que geral, a respeito da interpretação dada pela Administração Pública aos textos legislativos que lhe incumbirá aplicar. Isso, longe de representar uma usurpação da função legislativa, caracteriza o atendimento aos deveres de lealdade e publicidade administrativa, pois a Administração, ao assim agir, antecipa aos destinatários da norma a sua intelecção, permitindo-lhes, a um só tempo, antever as consequências a serem atribuídas individualmente aos casos postos para decisão e, eventualmente, insurgir-se contra alguma decisão que represente um

²¹⁹ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 142.

abuso na regulamentação da lei. Permite, também, que o Congresso Nacional, com maior intensidade, exercite o seu poder de sustar os atos normativos que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V, CF).

Tem-se, assim, um incremento no estado de coisas imposto pelos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, na medida em que se ampliam os parâmetros de controle da atividade administrativa, antecipam-se as consequências a serem impostas pelo descumprimento da norma, em nítido exercício de transparência das razões a serem levadas em consideração, diminuindo a arbitrariedade e a pessoalidade na análise dos casos singulares. Com efeito, a ausência de parâmetros prévios, ainda mais quando presentes conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, favorecem a arbitrariedade, ao permitirem a variação da interpretação de acordo com as vontades do momento.

A autovinculação não concorre com a legalidade. A rigor, a desenvolve e densifica, ampliando o alcance prático dos princípios da igualdade e da proteção da confiança para âmbitos nos quais falta precisão ou determinabilidade para os preceitos legais. Por igual, deriva também da necessidade de fixação de parâmetros para o próprio desenvolvimento da função administrativa, quando são muito variadas as alternativas oferecidas pela lei para a atuação do administrador²²⁰.

A edição de regulamentos e demais atos normativos gerais e abstratos não impede, por óbvio, que o entendimento previamente fixado seja revisto, quer por sua ilegalidade ou então pela evolução na compreensão da matéria. Todavia, nesse caso, deverá a autoridade administrativa, previamente, revogá-lo e editar novo ato normativo, não podendo desconsiderá-lo de forma individualizada. Isto porque a edição de atos normativos limita não apenas o comportamento dos agentes subordinados, mas também a discricionariedade da autoridade superior que, a partir do momento em que estabelece um determinado padrão decisório, deverá aplicá-lo indistintamente, não podendo deixar de observá-lo específica e pontualmente, em função do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos²²¹. Tal princípio

²²⁰ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira*. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010p. 137.

²²¹ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira*. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e

talvez seja de tão pouca expressão no cenário jurídico nacional em função da concepção dominante a respeito do poder normativo da Administração Pública, acima exposta que, ao não reservar espaço de decisão nesse âmbito, acaba mitigando o rigor que a análise da matéria requer.

Um exemplo talvez ajude a demonstrar o que se pretende dizer. A disciplina legal para a celebração de convênios no Brasil tem sido feita, quase que exclusivamente, através da edição de atos normativos infralegais, diante da lacônica previsão do art. 116, da Lei n. 8.666/93, que, além de estabelecer algumas poucas balizas para a Administração Pública, manda aplicar as disposições da Lei de Licitações, “*no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres*”. Diante disso, há uma série de questões que geram enormes debates acerca de quais disposições da Lei n. 8.666/93 seriam aplicáveis a tais ajustes, podendo-se citar, dentre muitas outras, os requisitos a serem exigidos dos interessados em formalizar tais negócios jurídicos com a Administração Pública.

O Presidente da República, no exercício da competência a ele reservada pelo art. 84, IV e VI, “a”, CF, editou o Decreto n.º 6.170/2007, definindo uma série de regras a serem observadas nesse âmbito pela Administração Pública Federal, tendo previsto, ao final, que os Ministros do Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria-Geral da União, editariam ato conjunto para a execução do decreto (art. 18). Essas autoridades editaram, assim, a Portaria Interministerial n. 507/2011, que traz minuciosa regulamentação da matéria, estabelecendo, dentre outras coisas, vedações (art. 10) e os requisitos a serem preenchidos pelos interessados (art. 38).

Tendo sido estabelecidas tais exigências e vedações, não podem os agentes administrativos que as editaram liberar alguém de a elas se submeterem, deixando de exigir, por exemplo, para a celebração de um convênio, a apresentação de uma certidão de regularidade fiscal. Poder-se-ia pensar que, tratando-se o estabelecimento da regulamentação do exercício de uma competência discricionária, poderia a autoridade competente deixar de aplicá-la num determinado caso, pois, a rigor, quem pode o mais, há também de poder o menos. Todavia, não é o que ocorre nesse âmbito.

O exercício do poder normativo, para que seja legítimo, necessita da fiel aplicação das disposições normativas editadas, sob pena de se afastar a presunção de legalidade que sobre elas repousa. Não só o princípio da igualdade poderia ser vulnerado se fosse admitido o inverso, mas também os deveres de lealdade e transparência e o dever de adoção de comportamentos sérios e probos, impostos pelos princípios da boa-fé objetiva, da moralidade administrativa e da proteção à confiança. Tendo em vista que o exercício de qualquer prerrogativa pública pressupõe a existência de razões justificadoras, a dispensa individual e imotivada da observância de uma regra estabelecida em regulamento faz presumir que a razão justificadora anteriormente apresentada não existe de fato. Como acentua Ávila, *“inexistindo uma razão justificadora para a mudança, as decisões passadas devem ser mantidas no futuro, pois do contrário ou elas não deveriam ter sido tomadas, por ausência de justificação, ou, se havia essa justificação, persistindo esta no tempo, a decisão não pode ser modificada”*²²².

Portanto, se ao poder normativo deve ser reservado um espaço para a apreciação e conformação do Direito, pressuposto básico para a seriedade no seu exercício é que haja a vinculação da autoridade ao ato normativo por ela própria editado. Caso existam razões justificadoras para a alteração do entendimento fixado em regulamento, deverá a autoridade revogá-lo e editar outro e não, simplesmente, ignorar aquilo que foi estabelecido.

Cabe, por fim, trazer aquilo que o autor cuja classificação adotou-se denomina de autovinculação bilateral ou convencional, decorrente da celebração de acordos, contratos ou convenções. Poderia parecer um truísmo a afirmação de que a avença celebrada mediante a formalização de um contrato vincularia a Administração Pública à sua anterior manifestação de vontade. Não é, no entanto, sob essa ótica que a questão é enfrentada pelo autor. Trata-se, diversamente, da análise da utilização de instrumentos convencionais para a fixação e parametrização da atuação entre os diversos organismos que compõe a Administração Pública, notadamente, entre os órgãos superiores e órgãos e entidades subordinados ou vinculados. Essa hipótese de autovinculação, decorrente de movimento mundialmente conhecido como “administração concertada”, “administração

²²² ÁVILA, op.cit., 2011. p. 622.

consensual” ou “contratualização da administração pública”²²³, passou a interessar ao Direito brasileiro, sobretudo, a partir da introdução ao texto da Constituição Federal, do § 8º do art. 37, que possui a seguinte redação:

Art. 37.

[...]

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – à remuneração do pessoal.

Veja-se, pois, que a presente hipótese de autovinculação administrativa possui um significado próprio e, de alguma forma, distinto daquelas outras já examinadas, tendo em vista que se destina a, a partir de uma genérica previsão legal, regulamentar concretamente um determinado regime jurídico de direito público especial, prevendo índices específicos de aferição da eficiência dos órgãos e entidades da administração pública. Ressalta Paulo Modesto que,

O “contrato” mencionado no art. 37, § 8º, entre outras funções, cumpre papel de uma *técnica de diferenciação* de órgãos e entidades, respondendo, uma vez celebrado, pela incidência de um *regime jurídico específico*, mais flexível, antecipadamente autorizado ou estabelecido em lei. Esse regime jurídico específico permite também, no plano infralegal, a adoção de *normas especiais* de organização administrativa, quando cabíveis, mediante decreto ou regulamento administrativo. O contrato não substitui a lei. A questão recebe um giro completo. A celebração do contrato de gestão deixa de ser percebida como uma *alforria ao regime de legalidade* para se converter na *condição para o ingresso num regime jurídico-administrativo específico*, estabelecido a partir da lei, mas nunca a partir de normas postas originalmente de forma negocial²²⁴.

Por óbvio, essa forma de formação consensual da vinculação dos órgãos e entidades administrativos tem o condão de despertar, em grande medida, os efeitos daquelas outras acima apontadas, de maneira a se vedar, também, contradição

²²³ MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública*: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.: ___ MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 143.

²²⁴ *Ibidem*. p. 149. Destaques do original.

entre os atos praticados no âmbito dessa específica relação jurídica. Não é essa, porém, a acepção que aqui importa, visto que o princípio da proteção da confiança refere-se apenas ao *status* jurídico do cidadão frente ao Estado.

6.1.3 Conclusões

Tradicionalmente, o princípio da proteção à confiança é estudado a partir da efetiva frustração da confiança dos particulares na atuação estatal, com a indicação das consequências que por ele são impostas (item 6.4, supra). O presente trabalho pretendeu demonstrar que a variação de sentido dos textos legislativos, longe de ser um mal a ser evitado, traduz-se num fenômeno inerente ao Direito e que por isso, inevitavelmente, ocorrerá. De outro lado, tentou-se destacar que a liberdade existente no processo decisório nunca é absoluta, quer pela existência de significados mínimos dos textos legislativos construídos ao longo dos tempos, quer pelo fato de o intérprete inserir-se sempre em um contexto significativo que representa, também, um fator de limitação da sua atividade.

É preciso, pois, perceber que o exercício da atividade administrativa não pode ser vista, exclusivamente, como a execução de uma atividade destituída de algum grau de liberdade, e por isso de subjetivismo, mesmo nos casos em que, normalmente, prevê-se a existência de uma competência vinculada, nem como totalmente livre quando se trata de uma competência discricionária. É por isso que se buscou destacar, de início, que o Direito possui um importante aspecto argumentativo, de justificação das escolhas levadas a efeito que não pode ser ignorado. Ao mesmo tempo, a necessidade de argumentar juridicamente não pode servir de desculpa para se pretender justificar uma decisão que subverta aquele sentido mínimo preexistente ao intérprete.

De qualquer maneira, parece não haver dúvidas da necessidade de serem repensadas velhas categorias do Direito Público a partir de tais pressupostos. Se as diversas manifestações da Administração Pública devem ser vistas como o exercício de poder estatal na conformação do Direito, é imperioso reconhecer-se a sua eficácia de autovinculação daquela mesma autoridade estatal, impedindo-se, assim, a arbitrariedade. Realmente, a atribuição de efeitos vinculantes aos atos administrativos, gerais e individuais, tem o condão de desestimular atuações estatais

levadas a efeito com o simples intuito de beneficiar e/ou prejudicar determinados interesses.

A doutrina da autovinculação administrativa e o princípio da proteção à confiança parecem, assim, ser importantes instrumentos de aferição da legitimidade da atuação administrativa, pois, ao mesmo tempo em que destacam o papel conformador dos atos administrativos, permitem a sua alteração, impondo-se, no entanto, requisitos a serem observados (dever de motivação, impossibilidade de inobservância injustificada dos precedentes e de dispensa de cumprimento de requisitos impostos em regulamento) e consequências advindas quando for necessária a modificação (proteção procedimental, proteção substancial e proteção compensatória).

6.2 PROTEÇÃO À CONFIANÇA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

6.2.1 Considerações gerais

Pode-se abordar a incidência do princípio da proteção da confiança no âmbito da função jurisdicional a partir de diversos tópicos: a atribuição de efeitos prospectivos às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações abstratas de controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868/99 e 9.882/99); a manutenção de efeitos de decisões interlocutórias, posteriormente reformadas no julgamento definitivo do mérito da demanda, quando verificada a impossibilidade prática de sua desconstituição, ou ainda, quando esta for muito gravosa à situação subjetiva de uma das partes; pela necessidade de incremento dos instrumentos de uniformização dos entendimentos entre os órgãos jurisdicionais e da observância dos precedentes dos Tribunais Superiores; os efeitos decorrentes da mudança brusca e abrupta de um determinado entendimento levado a efeito por órgãos do Poder Judiciário que possuem a competência para decidir em última instância a respeito da interpretação de determinado texto legislativo.

Para o presente trabalho são significativas, como se poderia perceber, as questões relativas à importância do incremento dos instrumentos de uniformização de entendimentos entre os órgãos do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sua observância pelas demais instâncias jurisdicionais, além dos efeitos decorrentes da mudança de entendimento verificada nesses casos.

É que a modulação dos efeitos das sentenças que decretam a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal funda-se, preponderantemente, na incompatibilidade abstrata entre a norma impugnada e a norma que serve de parâmetro de aferição da referida incompatibilidade. Não se tem, nesses casos, a constatação da frustração da confiança de um sujeito específico, posto que, para tanto, é necessária a verificação da presença daqueles elementos anteriormente indicados (base de confiança, existência da confiança, exercício da confiança na base, frustração da confiança), o que demanda a produção de provas a respeito da sua presença. É preciso salientar que, por vezes, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma somente se dá após longo período de sua existência e apesar de diversos precedentes que, ao contrário, declararam-na como compatível com a Constituição. Trata-se, pois, de um problema relativo, em grande medida, à interpretação e à compreensão do Direito. Nesses casos, a decretação da inconstitucionalidade da norma poderia representar a frustração da confiança de grande parcela da sociedade ou de todos, a justificar, pois, a modulação dos seus efeitos. Deve-se, no entanto, rememorar a lição de Ávila, de acordo com a qual,

Isso, contudo, não quer dizer que a confiança *de todos* ou *da maioria*, ou mesmo a confiança *em si mesma*, como elemento configurador dos ideais de permanência e de continuidade do *ordenamento jurídico*, não possa ser avaliada no processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que de maneira presumida, ou mesmo no controle difuso, quando haja repercussão transindividual da decretação de nulidade da lei, como admite o Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, no entanto, não se deve provar que a mudança afeta injustificadamente o *exercício concreto da liberdade de alguém*, mas que ela injustificadamente restringe o *direito abstrato de todos à liberdade*. Aqui, entretanto, o que se está, a rigor, analisando é a face objetiva da proteção da confiança – nada mais, portanto, que o próprio princípio da segurança jurídica²²⁵.

Desta maneira, ainda que as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade apresentem elevado grau de vinculação, a justificar uma maior proteção nos casos em que se verifique significativa modificação em decisões nele proferidas, o presente trabalho tomará a modificação de jurisprudência como um todo, tendo em vista que, a partir da concepção aqui adotada, a verificação da

²²⁵ ÁVILA, op.cit. ,2011. p. 365.

presença dos elementos que justificam a concessão de proteção depende do exame de vários aspectos e não de apenas um.

A manutenção dos efeitos de decisões judiciais proferidas liminarmente, quando verificado longo período de tempo entre a sua concessão e a sua modificação por decisão definitiva, de outro lado, deve ser examinada, consoante o entendimento aqui defendido, a partir dos mesmos elementos do princípio da proteção da confiança. Obviamente que, tratando-se de decisão destituída, em regra, de aptidão para a formação de coisa julgada material, para que haja a proteção da confiança deverão estar presentes outros elementos a justificar a medida (ex: tempo transcorrido, irreversibilidade da medida, prejuízo decorrente da anulação dos atos praticados, etc.). Basta, para tanto, pensar-se nos precedentes do STF, citados quando da análise da evolução histórica do princípio da proteção da confiança, que tratavam da questão de alunos que se formaram com base em medidas liminares e que passaram a exercer sua profissão, verificando-se, posteriormente, a reversão dos julgados que deram causa a essa situação (RMS n. 13.807, RMS 17.144 e RE 85.179). Tem-se que esses precedentes, sob o nome de teoria do fato consumado, deram concreção ao princípio da proteção da confiança, ao impedirem a reversão de uma situação, em face das características do caso concreto.

Como dito, esse não é o foco primordial da presente parte, tendo em vista que, além de existirem previsões específicas quanto aos efeitos decorrentes da revisão de decisões liminares no âmbito do processo jurisdicional, a exemplo do que se verifica com a execução provisória de julgados (art. 475-O, CPC), e que, por isso, não poderão ser ignoradas, entende-se que a conceituação da eficácia do princípio da proteção à confiança, feita linhas acima, é capaz de resolver os problemas restantes.

Veja-se, dessa maneira, que as questões acima mencionadas ou podem ser solucionados pela aplicação do princípio da proteção à confiança, em termos muito próximos àqueles apresentados anteriormente, ou então não dizem respeito, especificamente, ao princípio sob análise que, em função do papel cada vez mais proeminente desempenhado pela jurisprudência, tem tido sua aplicação cogitada nos casos de mudança jurisprudencial, o que será examinado na sequência. Tendo em vista, no entanto, que só se pode falar de mudança jurisprudencial quando se reconheça a sua importância para a conformação do Direito e para servir de

parâmetro de atuação para os cidadãos, abordar-se-á, também, um aspecto que lhe é intrinsecamente relacionado, qual seja, a formação dos precedentes, sua importância e superação.

6.2.2 O princípio da proteção da confiança, a formação dos precedentes e sua superação

Atualmente, parece uma verdade evidente que a jurisprudência tem, cada vez mais, um papel de destaque na conformação do Direito brasileiro. Trata-se de um fenômeno que tem por causa não apenas as modificações por que tem passado a legislação, mas também que decorre de uma alteração na cultura jurídica brasileira. Se o Direito é, de acordo com o que se defende, dependente do seu processo aplicativo, ignorar tal aspecto é descurar um momento singular do fenômeno jurídico²²⁶. Ao mesmo tempo, parece ter-se finalmente percebido que as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, notadamente, as dos tribunais superiores, produzem efeitos para além das partes daquele processo específico, mesmo que não se trate de julgamentos proferidos em ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Tal fenômeno tende a se intensificar se confirmada a expectativa em torno da aprovação do novo Código de Processo Civil²²⁷, que traz extenso regramento a respeito da utilização dos precedentes dos tribunais pelos demais juízos, com capítulo específico a respeito do precedente judicial (Capítulo XV, Título I, Livro I, Parte Especial), estabelecendo-se, dentre outras coisas, o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência (art. 520) e o dever dos demais tribunais e juízos inferiores seguirem-na (art. 521). Estabelece-se, ademais, a necessidade de os tribunais darem publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgarem-nos, preferencialmente, na rede mundial de computadores (art. 521, § 10). Parece um passo importantíssimo no aperfeiçoamento da jurisdição brasileira para conferir maior coerência aos pronunciamentos dos juízos e tribunais, com a diminuição de divergências que, por

²²⁶ Para Ferraz Jr., a decidibilidade de conflitos é um problema central da ciência dogmática do Direito. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo, Atlas, 2013. p. 63.

²²⁷ Projeto de Lei n. 8.046/2010, aprovado pela comissão especial da Câmara dos Deputados. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/447844-COMISSAO-ESPECIALAPROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html>

vezes, são de pouco significado prático, mas que representam um grande empecilho ao desenvolvimento da atividade jurisdicional. Basta pensar-se na grande quantidade de questões de ordem formal (ex: competência, legitimidade, custas processuais, prazos e requisitos recursais) que, diuturnamente, são submetidas à análise dos tribunais para se ter uma ideia da necessidade de que algumas discussões tenham uma rápida e uniforme resposta do Poder Judiciário.

É comum, no entanto, associar-se à discussão referente à vinculação dos tribunais aos seus precedentes algum problema decorrente da perda de liberdade do juiz ou da diminuição do seu papel na conformação do Direito. Todavia, essa é uma visão muito estreita e individualista do papel desempenhado pelos juízos no cenário jurídico nacional. A existência de pautas jurídicas gerais e abstratas, fixadas a partir da interpretação dos textos legais de forma prévia à análise do caso jurídico particular nada mais significa do que o próprio caráter heterolimitador representado pelo Direito. Com efeito, por mais que a linguagem em que vertidos os textos legislativos não seja formulada em termos exatos, já é ela um primeiro limite à atividade do intérprete, limite esse que vai se densificando a partir do contexto significativo em que se insere, seja por obra da doutrina, ou, para aquilo que mais interessa, pelo trabalho da jurisprudência. O Direito, para que funcione como parâmetro de orientação da conduta dos cidadãos precisa ser capaz de estabelecer, minimamente, de forma abstrata e geral, o que é permitido, proibido e obrigatório. Estão aí, como se pode ver, aqueles pressupostos básicos estabelecidos na primeira parte do presente trabalho, quais sejam, os de que atividade compreensiva coimplica a reconstrução de sentidos a partir de alguns sentidos já previamente existentes. Não se trata, pois, nem apenas de criação livre, nem muito menos de uma mera reprodução dos termos da lei.

A importância do precedente reside, não apenas, na mitigação dos efeitos decorrentes da existência de pronunciamentos judiciais contraditórios, mas também na legitimação que ele confere à decisão judicial tomada a partir das anteriores manifestações dos órgãos jurisdicionais por duas razões básicas. A primeira, e mais evidente, é que a vinculação do Poder Judiciário aos seus próprios precedentes, ao reduzir o espectro de consequências atribuíveis às ações individuais, contribui para a promoção do estado ideal de coisas imposto pelos princípios da igualdade e da segurança jurídica. Ao restringir a atuação futura com base na atuação passada, o

princípio da igualdade reduz o espectro e a variabilidade das consequências atribuíveis aos atos praticados pelos cidadãos²²⁸.

De outro lado, a vinculação ao precedente acaba por incorporar à decisão judicial, além do passado ao qual se volta, outras dimensões, notadamente, a futura. É que a decisão de um determinado conflito de interesses deve sempre assentar-se em pautas gerais e com capacidade de universalização e extensão às demais situações análogas, ou seja, com a necessidade de se buscar consistência, coerência e a formação de uma jurisprudência que aspire à permanência. Como afirma Larenz:

Mas, embora o juiz seja levado, pelo caso a resolver, a interpretar de novo um determinado termo ou uma determinada proposição jurídica, deve interpretá-los, decerto, não apenas precisamente para este caso concreto, mas de maneira a que a sua interpretação possa ser efectiva para todos os outros casos similares. Se os tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, tal estaria em contradição com o postulado da justiça de que os casos iguais devem ser tratados de igual modo, assim como com a segurança jurídica a que a lei aspira [...]²²⁹.

A própria ideia do precedente judicial, se bem entendida, assenta-se nessa questão, ou seja, na constatação de que as decisões judiciais estabelecem, não apenas a norma individual do caso concreto, mas uma outra norma, de caráter geral, que justifica a solução dada²³⁰. Essa justificação da decisão do caso forma aquilo que no *common law* se chama de *ratio decidendi*, isto é, o raciocínio utilizado na decisão e que permite justificar aquela determinada decisão. É com relação, pois, a esse aspecto da decisão judicial a que se atribui a necessidade de que seja formulado em termos com capacidade de universalização²³¹.

Essa exigência pode ser encontrada na obra de dois autores que se ocuparam da justificação das decisões judiciais a partir de uma concepção do Direito que não seja simplesmente decisionista e, ao mesmo tempo, seja capaz de ser

²²⁸ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 618.

²²⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 442.

²³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2, p. 428.

²³¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 624.

formulada de forma racional e, portanto, controlável. Com efeito, como explica Manuel Atienza, tanto na Teoria da Argumentação Jurídica de MacCormick como na de Alexy, o requisito da universalidade aparece como um importante critério para a justificação das decisões judiciais²³². Essas teorias ocupam-se da investigação das formas dos argumentos tradicionalmente utilizados na prática jurídica e da formulação de critérios para a aferição da correção, formal e material, desses mesmos argumentos. Apesar de haver uma enorme variedade de concepções a respeito do papel da argumentação na prática do Direito, a tese central dessas teorias funda-se na distinção entre os contextos de descoberta e de justificação.

[...] de um lado está a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico; nesse plano, cabe unicamente mostrar como se gera e de desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e o historiador. Mas do outro lado está o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar a sua validade; essa última tarefa exige uma análise de tipo lógico (embora não apenas lógico) e se rege pelas regras do método científico (que não são aplicáveis no contexto da descoberta). [...] Assim, uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão.

[...]

A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como as de Alexy ou de MacCormick, abordadas mais adiante neste livro) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões judiciais não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)²³³.

E é nesse contexto, o da justificação, que o requisito da universalidade aparece como importante critério de aferição da correção dos argumentos empregados, a quem MacCormick chama de “exigência de justiça formal” e que, em sua opinião, teria um alcance que *“se estende tanto ao passado (um caso presente deve ser decidido de acordo com o mesmo critério utilizado nos casos anteriores)”*

²³² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 126-128 e 166-176.

²³³ *Ibidem.*, p. 20-22.

como, sobretudo, ao futuro²³⁴. Vêem-se aí, claramente, que a importância do precedente judicial não se situa apenas no fato de se observarem as decisões anteriormente tomadas, mas também por fixar um determinado padrão decisório que se projete para o futuro, o que, com certeza, representa um incremento na carga argumentativa do órgão jurisdicional, na medida em que, a partir daquele momento, estará vinculado ao quanto decidido.

Tal concepção, por óbvio, não tem a pretensão de impedir modificações nas decisões anteriormente tomadas. Como se viu, o presente trabalho assenta-se na ideia de que isso não só não é recomendável, mas como é, praticamente, impossível de ser adotado. No entanto, a superação do precedente, seja pela sua modificação, seja pela introdução de uma cláusula de equidade, não se contrapõe ao requisito da universalidade acima exposto. Com efeito, no primeiro caso, a revisão do precedente deve ser feita, também, a partir de premissas com a mesma capacidade de universalização. De outro lado, *“uma decisão equitativa [...] implica introduzir uma exceção numa regra geral para evitar um resultado injusto; mas o critério utilizado na decisão equitativa tem de valer também para qualquer outro caso com as mesmas características. A equidade, em resumo, dirige-se contra o caráter geral das regras, não contra o princípio da universalidade”*²³⁵.

Por isso, entende-se que a questão não pode ser analisada apenas de modo estático, como um dever de uniformizar as decisões em apenas um momento específico. Trata-se, como se pode ver, de uma mudança de perspectiva, uma vez que o Poder Judiciário que, tradicionalmente, decide com os olhos voltados para o passado, deve também incorporar outras dimensões aos seus pronunciamentos, não no sentido de um consequencialismo utilitarista, mas a partir da necessária consideração de que aquela decisão deve ser dotada de capacidade de universalização para outros casos semelhantes. Tem-se, no caso, a aplicação da teoria da autovinculação administrativa, ainda que indiretamente, à função jurisdicional.

Se o estabelecimento dos precedentes deve atender ao requisito da universalização, a sua superação, sobre ter que atender a tal pressuposto, deve ser feita com fundamentação adicional, na medida em que o ônus argumentativo recai

²³⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 126.

²³⁵ Ibidem., p. 127.

sobre quem pretende alterar determinada prática consolidada, com a justificação não apenas do novo entendimento, mas dos motivos que determinaram a alteração de rota.

[...] Mudanças de posicionamento exigem que a nova orientação seja devidamente fundamentada. Nem tudo precisa tornar-se imutável, mas, se existir uma necessidade de mudança, ela deixará de ser razoável se a concepção anteriormente adotada for abandonada sem uma fundamentação rigorosa. Não se pode modificar, de forma prejudicial a um cidadão, uma situação jurídica sem que existam razões justificáveis [...] para tanto. A alteração da jurisprudência exige, nas palavras de ANNA LEISNER-EGENSPERGER, a presença de uma fundamentação adequada, plausível e razoável. No dizer de AULIS AARNIO, o ônus da prova recai sobre aquele que pretende criticar a situação existente e modificar o *status quo*. No mesmo sentido, HABERMAS defende, com amparo no princípio da inércia de PERELMAN, que um ponto de vista ou uma prática aceita não devem ser abandonados sem que haja uma razão fundada para tanto. Existe uma presunção de validade jurídica em relação a uma jurisprudência adotada continuamente por um longo período. Uma linha de raciocínio que tenha sido aceita pacificamente apenas deve ser modificada diante de razões suficientes no sentido de sua inadequação. Havendo dúvidas quanto à necessidade de mudança, uma corte de justiça deve manter sua atual orientação²³⁶.

O ponto que mais chama atenção nesse âmbito, no entanto, refere-se aos efeitos decorrentes da modificação jurisprudencial para os cidadãos que, confiando naquela manifestação estatal, atuaram em conformidade com o entendimento dos tribunais. Tradicionalmente, tal questão tem sido enfrentada nas decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle de constitucionalidade, de forma abstrata ou em concreto, com base na previsão do art. 27, da Lei n. 9.868/99. Ali está prevista, expressamente, a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* às decisões do STF por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Todavia, em função da grande importância que é dada aos pronunciamentos jurisprudenciais, sobretudo aqueles proferidos pelos tribunais superiores, a mesma questão referente à segurança jurídica aparece quando se verifica uma brusca modificação no entendimento do Poder Judiciário a respeito de determinada matéria. Nesses casos, em que um determinado entendimento jurisprudencial é, reiteradamente, aplicado, por ocasião da sua superação seria possível atribuir-se efeitos prospectivos ao novo entendimento? É dizer, poderia um Tribunal Superior (o

²³⁶ ARAÚJO, op. cit., 2009. p. 201.

Superior Tribunal de Justiça, por exemplo), atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* à nova orientação, impedindo que ela fosse aplicada às relações jurídicas que se constituíram com base no entendimento anterior?

Essa questão tem sido debatida pela doutrina nos últimos tempos, tendo sido editada uma obra coletiva por renomados juristas brasileiros²³⁷ defendendo, basicamente, a possibilidade de que, nos casos em que se verificar abrupta modificação jurisprudencial, poderem os Tribunais Superiores postergarem os efeitos da alteração, com base nos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé objetiva. De outro lado, essa possibilidade já foi aventada tanto em julgados do Supremo Tribunal Federal²³⁸, quanto do Superior Tribunal de Justiça²³⁹, mas rechaçada em ambos, seja por se ter entendido não existir uma autêntica mudança jurisprudencial, seja por se entender como incompatível com o sistema jurídico nacional tal mecanismo.

No *common law*, onde vigora o princípio do *stare decisis*, há grande discussão a respeito da revogação dos precedentes (*overruling*), notadamente, quanto à possibilidade de se limitar os efeitos do novo entendimento jurisprudencial apenas aos novos casos (*prospective overruling*), entendimento que, no entanto, é admitido, excepcionalmente, pelas Cortes americanas. Como acentua Marinoni,

[...] a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente. Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança jurídica – especialmente na sua feição de garante da previsibilidade – e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público.

[...] Mas, para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se

²³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito 'ex tunc' e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole: Mina, 2009.

²³⁸ RE n. 353.657-5-PR, Min. Rel. Marco Aurélio, j. 25/6/2007 e RE n. 370.682-9-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25/06/2007.

²³⁹ EDiv no REsp n. 738.689-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27/06/2007.

fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma 'confiança justificável'²⁴⁰.

O grande problema dessa concepção é que, além de permitir que se dê tratamentos díspares a pessoas que se encontrem em situações muito próximas, ela acaba por esvaziar o conteúdo do direito de ação e o acesso ao Poder Judiciário, na medida em que, após longas disputas judiciais e obtendo-se a modificação de um precedente, a parte vitoriosa da demanda seria prejudicada pela não aplicação ao seu caso do novo entendimento. Uma tal solução acabaria por atribuir uma situação jurídica mais desfavorável àqueles que, não se conformando com uma determinada situação, buscaram o Poder Judiciário para ver reconhecido um direito seu, em relação àqueloutros que nenhuma providência tomaram. Nessa hipótese, a prevalência do princípio da segurança jurídica na sua dimensão de confiabilidade, no sentido de se proteger a confiança daqueles que atuaram em conformidade com o entendimento até então consolidado, cobraria o preço da outra face da confiabilidade, nesse caso, a segurança jurídica como efetividade, que pressupõe o direito à proteção judicial efetiva²⁴¹. Como se sabe, pode-se falar em segurança jurídica não apenas como segurança do direito e no direito, como também segurança pelo direito, que *“diz respeito à exigência de efetiva proteção contra toda e qualquer agressão ou ameaça de agressão contra os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico. Nesse aspecto cuida-se da efetividade e cobertura dos instrumentos processuais e substantivos de tutela dos direitos individuais e coletivos contra atentados do Poder Público ou de terceiros”*²⁴².

Ainda que a Lei n. 11.417/2006 permita que o Supremo Tribunal Federal, quando da edição de um enunciado de súmula vinculante, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, possa restringir os seus efeitos ou decidir que só tenha eficácia a partir de um determinado momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, tal instrumento não pode ser utilizado para frustrar a vitória judicial obtida por alguém após o percurso de árduo caminho até a Corte Suprema.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 421-422.

²⁴¹ ÁVILA, op.cit., 2011. p. 581.

²⁴² MODESTO, op.cit., p. 281-288.

A conciliação entre a necessidade de se assegurar estabilidade nas decisões judiciais, tendo em vista que, realmente, elas servem de parâmetro de orientação para os cidadãos, e as dificuldades decorrentes das propostas de se atribuírem efeitos prospectivos aos novos entendimentos jurisprudenciais, parece poder ser realizada, de forma mais satisfatória, pelo princípio da proteção da confiança tal qual exposto no presente trabalho. Como se viu, a sua aplicação depende da investigação da presença efetiva de uma série de elementos que, conjuntamente, poderiam justificar a proteção da confiança do cidadão que se orientou de acordo com o entendimento anterior. Para tanto, devem ser analisados fatores como o tempo pelo qual durou o entendimento alterado, qual a posição dentro do sistema jurídico nacional do tribunal que adotava o entendimento, se a decisão havia sido tomada em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, se havia transitado em julgado ou não, etc. É dizer, deve-se verificar se aquele entendimento era idôneo para justificar a confiança nele depositada pelo cidadão, o que implica em verificar, também, o seu comportamento, isto é, se o cidadão se comportou como uma pessoa diligente ou se, no entanto, mesmo considerada a jurisprudência então dominante, foi imprudente por ter adotado comportamento incompatível com o cuidado habitual que se deve ter.

Rememorando as observações oportunamente feitas sobre a base da confiança, é preciso analisar, antes de tudo, a aptidão da decisão “modificada” para gerar confiança. Decisões ainda não eficazes já ficam de fora, pelo simples fato de que sequer podem ser modificadas. Dentro do universo das decisões eficazes, entretanto, é preciso diferenciar as decisões em razão dos seguintes fatores: vinculatividade e pretensão de permanência; finalidade orientadora; inserção em uma cadeia de entendimento uniforme e capacidade de generalização. Esses fatores – é importante registrar – funcionam como *critérios heurísticos* com função meramente indicativa, isto é, a ausência de um deles não necessariamente conduz à falta de protetividade da confiança. O importante é a presença do seu conjunto²⁴³.

Tais elementos são importantes para a verificação da base de confiança, isto é, para se identificar se aquela determinada manifestação estatal era apta para despertar uma confiança digna de proteção. Como visto anteriormente, no entanto, além da base de confiança, é necessário que se demonstre, ainda, a confiança nessa base, o exercício da confiança e a frustração da confiança, isto é, que o

²⁴³ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 483.

sujeito atuou, concretamente, em função de ter confiado. Veja-se que o exercício da confiança, por vezes, tem o condão de colocar o cidadão em uma situação de irreversibilidade do comportamento adotado, ou então, de extrema dependência da situação criada, de maneira que se trata de importante critério de aferição da possibilidade de se proteger a confiança.

Tal demonstração, como é intuitivo, por demandar a verificação de uma série de elementos relacionados à esfera subjetiva individual, não pode ser feita por ocasião da prolação da decisão modificadora do entendimento do tribunal, tendo em vista a incompatibilidade que daí resultaria em relação ao objeto principal da ação. Por isso, tal qual se indicou, rapidamente, por ocasião da abordagem da modulação dos efeitos das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a verificação da presença dos requisitos necessários à proteção da confiança deve ser feita em processos específicos, propostos com o único fim de comprovar que a modificação introduzida representou uma indevida restrição ao exercício juridicamente orientado da liberdade individual. Para que tal possibilidade possa ser alcançada, parece importante, no entanto, que o órgão do Poder Judiciário fixe na decisão modificadora, por exemplo, que a alteração não impede que aqueles que, confiando no entendimento anterior, tenham exercido atos de disposição de direitos fundamentais, possam ver-se livre da aplicação retroativa da nova norma, se lograrem comprovar tal circunstância²⁴⁴.

Cabe registrar, no entanto, que mesmo diante de todas essas considerações, poder-se-ia pensar em hipóteses nas quais a postergação da aplicação do novo entendimento poderia ser utilizada, tal qual se passa nas decisões a respeito de aspectos formais e procedimentais, como por exemplo, contagem de prazos recursais, questões referentes à competência de órgãos jurisdicionais, dentre outros. Nesses casos, em regra, ao contrário do que ocorre com as discussões de direito material, a aplicação imediata de um novo entendimento é capaz de trazer prejuízos às partes do processo, bastando, para tanto, pensar-se na situação de alguém que, após interpor um recurso dentro do prazo legalmente previsto, de acordo com o entendimento do tribunal *ad quem*, vê-se surpreendido com uma decisão de inadmissibilidade tomada originariamente. Entende-se que em casos desse jaez a postergação na aplicação do novo entendimento pode servir como um importante

²⁴⁴ ÁVILA, op. cit., 2011. p. 494.

instrumento de preservação da confiança, garantindo-se a necessária estabilidade e transparência nas relações jurídicas.

Tal possibilidade, inclusive, já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 28.598/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 14/06/2005, que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS.

1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do Habeas Corpus n. 83.255/SP (informativo n. 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte.

2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o “ciente” lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial.

3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos do ano de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs recurso dentro do prazo legal.

4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público.

5. Ordem denegada.

Ainda que não se concorde, integralmente, com os argumentos empregados, mormente com a referência ao interesse público, tem-se aí um claro exemplo de situação na qual a postergação da aplicação do novo entendimento mostra-se como um instrumento hábil à proteção da confiança. Não se pode, com efeito, mandar que alguém faça hoje o que deveria ter sido feito ontem. Um entendimento esse sentido teria como consequência não só a violação à retroação normativa prejudicial, mas, sobretudo, ao direito fundamental de liberdade. Se a liberdade pressupõe não apenas a capacidade de conhecimento dos conteúdos normativos, mas também a possibilidade de autodeterminação a partir das consequências impostas pelo ordenamento para o cumprimento ou o descumprimento de uma determinada

norma, pretender-se aplicar hoje uma norma inexistente por ocasião da ação humana equivaleria a subtrair do cidadão aquela mesma possibilidade de autodeterminação. Isso seria o mesmo que aplicar uma norma independentemente do comportamento adotado, tratando-se o cidadão não como pessoa, mas como coisa, em nítida violação, também, à sua dignidade.

Perceba-se, no entanto, que essa hipótese aventada não corresponde, integralmente, àquela outra que pretende, basicamente, com fundamento no princípio da segurança jurídica, que as alterações de interpretação tenham efeitos prospectivos. Viu-se, por ocasião do exame dos efeitos do princípio da proteção à confiança, que dita proteção substancial justifica a possibilidade de se manter os atos praticados com base na anterior orientação ou, quando menos, dos seus respectivos efeitos. Não obstante, em qualquer caso, a proteção à confiança dependeria da concreta demonstração da presença dos elementos já citados. No precedente citado, a postergação dos efeitos da aplicação do novo entendimento jurisprudencial foi feita em um caso concreto e com vistas à sua aplicação nesse mesmo caso. Não se trata, simplesmente, de atribuição de efeitos *ex nunc* à superação do precedente, mas, ao contrário, da sua não aplicação ao caso em análise diante da visível situação em que se encontrava a parte recorrente. Nada mais, portanto, do que aplicação do princípio da proteção à confiança nos moldes do que aqui defendido.

Deve-se ressaltar, porém, que o mais importante é ter em mente que na aplicação do princípio da proteção à confiança as respostas aqui formuladas não devem ser tidas como absolutas, tendo em vista que a multiplicidade de situações de fatos passíveis de ocorrerem podem justificar a busca por uma melhor solução. Sempre que se deparar com um caso em que as respostas até então oferecidas não sejam capazes de resolvê-lo satisfatoriamente, não se deve deixar de buscar outras formas de solução. Aí está, realmente, a grande utilidade dos princípios jurídicos que, ao estabelecerem fins a serem buscados, sem prescreverem as condutas necessárias à sua promoção, permitem um constante ajustamento do Direito às novas realidades sociais. Por isso, a proposta aqui formulada é, mais modestamente, uma tentativa de buscar um ponto de equilíbrio entre a estabilidade que o ordenamento jurídico deve ter e a abertura que lhe é inerente, oferecendo critérios para uma concreta ponderação entre esses extremos.

6.2.3 Conclusões

A percepção de que as decisões tomadas pelos tribunais são capazes de influenciar o comportamento de pessoas que não foram partes nos respectivos processos coloca novos problemas para o Direito brasileiro. Tendo em vista que as suas manifestações devem servir, também, como parâmetro de orientação para os cidadãos, é imperioso que a formação dos precedentes judiciais, assim como a sua superação, se assente em pautas gerais e com capacidade de universalização, aumentando-se a sensação de isenção do Poder Judiciário na fixação dos seus entendimentos. Tal necessidade, como visto, sobre não ser incompatível com a individualidade inerente ao processo de aplicação judicial das normas, está intimamente relacionada com o próprio papel desempenhado pelo Direito de heterolimitação dos comportamentos individuais. Para que o Direito seja seguro é necessário que ele seja, minimamente, delimitado e conhecido por aqueles que deverão através dele pautar suas condutas. Ainda que o princípio da proteção à confiança não tenha sido desenvolvido para tal finalidade, parece que ele informa, de alguma maneira, essa forma de encarar o exercício da função jurisdicional, qual seja, com vistas não apenas ao passado, mas também com a consideração de que aquela decisão deverá se projetar para o futuro.

Não obstante, sabe-se que o princípio da proteção da confiança destina-se, precipuamente, a servir como um instrumento de correção do comportamento estatal que frustre o exercício passado juridicamente orientado da liberdade humana. Tem ele por foco principal não uma mera expectativa de direito, mas a proteção do direito fundamental de liberdade, que pode ter como causa um determinado entendimento jurisdicional, desde que presentes requisitos específicos, a serem investigados, em regra, individualmente. Por isso, entende-se que a proposta de outorga de efeitos prospectivos à decisão que modifica jurisprudência consolidada não pode ser adotada na maior parte dos casos. Além disso, deve-se considerar que ela fragiliza, em grande medida, o direito fundamental de ação e de proteção judicial efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão referente à alteração de sentido das normas jurídicas, tão repisada no decorrer desta investigação, pode ser colocada agora, ao final do trabalho, como uma característica do fenômeno jurídico, cuja inafastabilidade, no entanto, não pode servir de mote para uma postura de indiferença do operador do Direito perante as relações jurídicas travadas ao longo do tempo. De outro lado, possuindo o sistema jurídico uma inegável abertura de sentido, a solução para essa questão também não pode ser buscada através da tentativa de impedir a modificação do Direito. Daí a grande dificuldade de se buscar uma alternativa que permita, a um só tempo, a permanência e a modificação, o que justificou o título do presente trabalho. Como acentuado, o princípio da segurança jurídica demanda não apenas certa estabilidade do ordenamento jurídico, mas, também a sua adaptação e ajustamento às novas exigências sociais, sob pena de que a sua incapacidade de dar respostas a novos problemas acarrete a sua inefetividade.

Acredita-se que o princípio da proteção à confiança, da maneira como formulado pelos autores cujas concepções foram aqui abordadas, ao focar não a modificação em si mesma, mas os seus efeitos em relação às pessoas, traz enormes vantagens em relação a outras posturas que se preocupam em identificar quando uma determinada alteração seria legítima ou não. É que o decisivo, como se viu, é a verificação de como a anterior manifestação estatal foi determinante para a atuação juridicamente orientada dos cidadãos. Não se trata, pois, de indagar da licitude da alteração, mas de se investigar em que medida ela representou uma indevida restrição ao exercício de atos de disposição de direitos fundamentais, especialmente, a liberdade humana. Se a dignidade humana pressupõe, dentre outras coisas, a capacidade de autodeterminação, é imprescindível que as normas não sirvam de instrumento de engodo ao se atribuir, hoje, a um determinado comportamento, consequência diversa daquela prevista anteriormente.

Todavia, para que o princípio da proteção à confiança possa ter incidência, é necessário não apenas a verificação da modificação de orientação, mas, principalmente, que estejam presentes os elementos indicados, quais sejam, uma base de confiança, uma confiança nessa base, o exercício da referida confiança na base que a gerou e sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.

Buscou-se indicar, além disso, critérios para a análise de cada um desses elementos, desde as características da base da confiança (ex: durabilidade, aparência de regularidade, vinculatividade, etc.), até uma ordem de prevalência móvel entre cada uma delas. Quanto maior for o grau de onerosidade da base, a situação de irreversibilidade ou de dependência do cidadão frente ao Estado, ou o período de tempo transcorrido, maior deve ser a proteção outorgada.

Dependendo assim, a aplicação do princípio da proteção à confiança da demonstração concreta da presença desses elementos, tem-se como incompatível com a sua eficácia, propostas que pretendem, simplesmente, outorgar efeitos prospectivos às decisões, administrativas e judiciais, que alterem um determinado padrão decisório, por razões de segurança jurídica. Tal concepção, além de implicar num enrijecimento da prática jurídica, teria como consequência o esvaziamento do direito de ação e de proteção judicial efetiva, pois subtrairia da aplicação do novo entendimento justamente a situação de fato que demandou a revisão da anterior posição.

A utilidade do princípio da proteção à confiança, não obstante, não reside apenas, na correção dos comportamentos estatais causadores de prejuízo, mas incide desde o momento em que exercida a própria atividade de conformação do Direito levada a efeito pelos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, pela atribuição de efeitos vinculantes àquilo que foi decidido no passado. Essa eficácia do princípio da proteção à confiança, conquanto não seja normalmente exposta, parece imprescindível para a sua adequada operacionalidade. A consideração de que uma determinada decisão deve ter capacidade de generalização e universalização impõe um exercício de reflexão e autocontenção, o que contribui, grandemente, para a redução do arbítrio e do exercício abusivo de competências públicas. Ao mesmo tempo, essa forma de vinculação contribui para a promoção do estado de coisas imposto pelos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, pois aumenta a capacidade de os cidadãos conhecerem, de forma prévia, em grande medida, quais as consequências passíveis de serem atribuídas aos seus comportamentos.

Essa vinculação, no entanto, não é absoluta. Sempre que se verificarem razões para revisão de um determinado entendimento, ele deverá ser adotado, mas, no entanto, a partir dos mesmos pressupostos que informam a vinculação aos

precedentes, isto é, desde que aquela razão justificadora se assente em critérios universalizáveis.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/jun./jul., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 16 jul. 2013.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança – uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, jan./mar. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

_____. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

_____. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set., 2007, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARZOTTO, Luís Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Ilícito civil, esse desconhecido...* Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coords.). São Paulo: Saraiva, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica constitucional. In.:___ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. t. 1.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 27, p. 13-31, 2003.

_____. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 maio 2010.

_____. Responsabilidade pré-negocial e culpa In.:___ Contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 27, p. 171-179, 2003.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57926>. Acesso em: 16 fev. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 2.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescribibilidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, jun./ago. 2010. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ .pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito 'ex tunc' e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole: Mina, 2009.

FRADERA, Véra Maria Jacob. A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In.: ____ *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Humberto Ávila (org.). Malheiros Editores, 2005. p. 357-377.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Teoria geral*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4, contratos, I t.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed., Madrid: Civitas, 1998. 1 t.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e Tradução de Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa brasileira. In.:___ MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 115-174.

_____. Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./jul./ago., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 19 jun. 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed., São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=4>. Acesso em: 26 jun. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a ideia de sistema no direito e sua contribuição para uma teoria do precedente judicial*. 2011. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 16 jul. 2013

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.