



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

**PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DIANTE DE INOVAÇÕES
LEGISLATIVAS**

Análise quanto à retroatividade imprópria e aos direitos expectados

Matos, Marilene

Orientador: Professor Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

Área de concentração: Constituição e Sociedade

BRASÍLIA

2015

MARILENE CARNEIRO MATOS

PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DIANTE INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

Análise quanto à retroatividade imprópria e aos direitos expectados

**Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado da Escola de Direito de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título de
mestre em Direito Constitucional**

**Orientador: Prof. Doutor Rodrigo de Oliveira
Kaufmann**

**Linha de pesquisa: Direitos e Garantias
Fundamentais**

Brasília - DF

2015

MARILENE CARNEIRO MATOS

PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA ANTE INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

Análise quanto à retroatividade imprópria e aos direitos expectados

Versão final de dissertação apresentada e apreciada, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito Constitucional, pela Banca constituída dos professores:

Brasília, 17 de Dezembro de 2015.

Prof. Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Orientador

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Avaliador Interno

Profa. Dra. Ana Paula Zavarize Carvalho

Avaliadora Externa

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Valentina e Lorenzo, cujo amor que me despertam supera toda e qualquer expectativa,

Ao meu pai (*in memoriam*), por ter me ensinado desde cedo a importância de confiar em mim mesma,

Às minhas irmãs, Mariene e Sirene, pelas palavras encorajadoras, quando o cansaço me dominava.

AGRADECIMENTOS

Ao terminar este trabalho, sinto que o crescimento pessoal que ele proporcionou transcende e muito a seara acadêmica. É fruto de um imenso esforço de pesquisa, dedicação e de grandes colaborações pessoais e profissionais, sem as quais o resultado não seria possível.

Agradeço aos Professores do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, que me instigaram no caminho trilhado, oferecendo suas valiosas experiências que muito contribuiu para o trabalho;

À faculdade de Direito da Universidade de Brasília, instituição que me iniciou na vida acadêmica;

À Câmara dos Deputados, especialmente à Procuradoria Parlamentar, onde obtive apoio e compreensão dos colegas ao longo do percurso do mestrado;

À Biblioteca da Câmara dos Deputados, pela atuação profissional impecável no apoio em pesquisas de livros e periódicos;

Ao Lorenzo e à Valentina, que suavizaram o cansaço e as noites mal dormidas,

Ao Fernando, pela paciência, pelo apoio e pelas traduções em Espanhol.

“A insegurança e a frustração levam o homem à violência e à guerra”

John Lennon

RESUMO

MATOS, Marilene. 2015. Proteção da confiança legítima ante inovações legislativas - Análise quanto à retroatividade imprópria e aos direitos expectados. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

Este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de o princípio da proteção da confiança configurar limites ao poder de inovação do legislador. Mediante levantamento bibliográfico, com recurso ao direito comparado, principalmente oriundo da Espanha, Portugal, Itália e Alemanha, procura aferir a compatibilidade do Princípio da proteção da confiança legítima em seus contornos contemporâneos com a máxima aplicada a diversas questões de Direito Público, às quais são resolvidas ao argumento de não existir direito adquirido a regime jurídico. O Direito, como instrumento de estabilidade oferecido pelo Estado, deve ofertar ao cidadão a possibilidade de que a lei configure guia seguro de sua conduta, de forma que ele possa de antemão avaliar a significação jurídica de seus atos. Ocorre que a incidência imediata da lei, em algumas ocasiões, faz com ela regule efeitos futuros de condutas passadas, ou seja, situações em curso que são meros desdobramentos do que já ocorreu. Em outra mão, vê-se que direitos expectados são desconsiderados em virtude do entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência nacionais, no sentido de não ser oponível direito adquirido a regime jurídico. Conclui que a concepção principiológica da proteção da confiança legítima vincula a atuação estatal nos três poderes e deve ser aplicada, à sua maneira, nas inovações legislativas que frustrem a legítima confiança dos particulares de forma injustificada.

PALAVRAS-CHAVE Direito Constitucional. Princípio da Segurança jurídica. Proteção da confiança. Limite. Inovação legislativa. Direito adquirido. Regime jurídico.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to analyse the possibility that the trust protection principle may limit the legislator's power of innovation. Upon bibliographical study, with the resource of comparative law, mainly originated in Spain, Portugal, Italy and Germany, the compatibility of the legitimate of the trust protection principle was assessed in its contemporary format with the maxim applied to various topics of Public Law to which are solved with the argument of not existing acquired rights to a legal regime. The Law, as an instrument of stability offered by the State, should offer its citizens the possibility of representing a safe guide of its conduct, in such way that they could evaluate in advance the legal meaning of their actions. As it happens, the immediate incidence of the law, in some instances, makes it regulate future effects of past conducts, in other words, current situations that are mere unfoldings of what has already happened. On the other hand, it is seen that forecasted rights are not taken into consideration, due to the consolidated understanding of homeland doctrine and jurisprudence in the sense of not being enforceable acquired rights to a legal regime. It was concluded that the set of principles of the legitimate trust protection links the state's conduct to the three powers and it should be applied, in its manner, in the legislative innovations that frustrate the legitimate trust of private parties in an unjustified way.

KEYWORDS constitutional right. principle of legal certainty. trust protection. Limit. Legislative Innovation. Acquired rights. Legal Regime.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

DVS – Destaque de Votação em Separado

EC – Emenda Constitucional

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

PRC – Projeto de Resolução da Câmara dos Deputados

PRS – Projeto de Resolução do Senado Federal

Rel. – Relator

RCD – Resolução da Câmara dos Deputados

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

RSF – Resolução do Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	22
1.1 Um Princípio em sua dúplice acepção.....	22
1.2 A Segurança Jurídica na ordem jurídica brasileira: a Carta de 1988 e a Lei do Processo Administrativo Federal.....	32
1.2.1 As aplicações práticas da Segurança Jurídica em Julgados Emblemáticos no Brasil.....	37
1.3 Proteção da Confiança Legítima - Aplicabilidade a Atos estatais emanados de quaisquer dos Poderes?.....	45
1.4 Conclusões parciais.....	51
2 DIREITO ADQUIRIDO, INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	52
2.1 A posição consolidada do Supremo Tribunal Federal.....	52
2.2 Direito Adquirido – dificuldades conceituais e relação com a proteção da confiança legítima.....	58
2.3 A proteção da Confiança ante a incidência imediata das normas.....	64
2.4 Conclusões Parciais.....	77
3 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA – LIMITE AO ESTADO LEGISLADOR	79
3.1 Direitos em vias de aquisição – “meras expectativas?”.....	79
3.2 A norma inovadora e a proteção da confiança no cenário Jurídico Brasileiro.....	89
3.3 A Proteção da confiança diante de alteração legal – uma possibilidade concretizada na Jurisprudência Europeia.....	102
3.4 Conclusões Parciais.....	116
CONCLUSÕES	117
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a concretização da segurança jurídica na sua vertente subjetiva diante do poder de inovação legislativa do Estado. A partir da concepção da segurança jurídica como um princípio¹, a ser compatibilizado com outros valores igualmente albergados na ordem constitucional, a proposta é aferir a possibilidade de que a confiança legítima configure um limite ao poder de alteração legislativa do Estado, a ser utilizado em favor dos cidadãos.

O princípio da proteção da confiança, entendido, por alguns, como princípio autônomo² e, por outros, como subprincípio da segurança jurídica³, teve sua gênese marcada em decisão judicial da década de 50, na Alemanha. Nesse paradigmático julgado conhecido como caso da “viúva de Berlim”, a Corte Alemã considerou válida pensão concedida à viúva de um funcionário que havia sido cancelada por lhe faltarem requisitos legais, ao argumento de proteger-se a confiança legítima da interessada⁴.

Vê-se que, em suas origens, a proteção da confiança legítima foi pensada como uma proteção do cidadão diante do poder-dever do estado de revisar atos concretos, de natureza administrativa, a partir de um juízo de ponderação que privilegiou a confiança dos cidadãos em detrimento da legalidade estrita. Ocorre que a evolução do Estado liberal burguês para o estado de bem-estar social fez com que a intervenção estatal na vida das pessoas experimentasse uma ampliação considerável, com reflexos na intensificação da atividade do Poder Legislativo, o que levou à necessidade de que a confiança dos indivíduos seja fator a ser considerado também quando da atuação legislativa do Estado.

Embora não seja o foco do presente trabalho, não é despidendo lembrar que o nascimento do denominado *welfare State* teve como uma de suas consequências a

¹ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 3ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: SP. Malheiros Editores, p. 646.

² MARTINS-COSTA, Judith. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. Brasília: Revista CEJ, n. 27, p.110-120, out./dez. 2004, p.114-115.

³ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica..., p. 429.

⁴ MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Porto Alegre: Safe, 2000. p. 70-71.

assunção pelo Estado de responsabilidade pelo controle de diversos setores antes afeitos aos particulares. Com as novas atribuições, houve um crescimento acelerado do Estado, principalmente na Europa, que presenciou o aumento da atividade normativa estatal, bem como das prestações dos serviços públicos. Tal paradigma desembocou no Estado de Direito, o qual se manifesta mediante a produção normativa.

Entretanto, embora se afigure possível aplicar-se a proteção da confiança como uma espécie de limitação à discricionariedade legislativa, há que se ter em conta a essência da atividade do legislador, por natureza dinâmica, para acompanhar as necessidades da sociedade. É inerente ao princípio democrático a faculdade de alterar as normas, a fim de adaptá-las às mudanças sociais, sendo, portanto, inimaginável que o ente estatal deva petrificar sua legislação para não frustrar as expectativas do cidadão na continuidade das leis.

Contudo, embora o particular não possa alegar que tinha expectativa na manutenção de dada normatização, há que se considerar, em algumas situações, a possibilidade de que mudanças abruptas e drásticas na legislação provoquem abalo na confiança do cidadão nos atos estatais. Isso porque, embora seja previsível que a lei mude para se adaptar às necessidades da coletividade, há a necessidade de preservarem-se situações nascidas sob o pálio da legislação revogada em alguns casos, sob pena de ser criado um ambiente de insegurança tal que as pessoas não tenham mais confiança no Direito como instrumento regulador de condutas.

Nessa linha, defende-se que a inovação legislativa, em algumas situações, é passível de frustrar a confiança legítima dos indivíduos, de forma a ser digna de proteção pelo Direito. Uma das hipóteses é a lei afetar relações, atos ou fatos do presente que são apenas decorrência de situações iniciadas no passado, ao pálio da norma revogada; a outra situação é a de lei atingir direitos em via de aquisição, cuja completude apenas se dá quando da entrada em vigor da lei nova. Tais situações demandam cuidados por parte do sistema jurídico quanto à preservação da confiança legítima, por serem capazes de impossibilitar ao interessado prever as consequências jurídicas de seus atos, normatizados de forma distinta à época das condutas. Tem-se que, em tais hipóteses, o direito não cumpre sua função de guiar a conduta dos particulares, ao contrário, fornece-lhes direcionamentos que mais adiante não são cumpridos.

Nesse diapasão, a lei de eficácia imediata⁵, que é regra no Brasil, passa a regular as condutas e fatos do presente que podem ou não ser decorrências do passado. Vê-se que o princípio da irretroatividade normativa não tem caráter absoluto, considerando os preceitos de direito intertemporal da eficácia imediata e geral da lei nova, que, em alguns casos, possibilita que o diploma inovador possa retroagir para atingir situações em curso, iniciadas ao pálio da legislação revogada.

Quanto à retroatividade normativa, duas principais doutrinas se prestam a defini-la: teoria subjetiva – ou do direito adquirido e teoria objetiva ou do fato passado. Segundo o magistério de João Baptista Machado⁶, o instituto do direito adquirido considera que uma norma é revestida de retroatividade apenas se viola direitos já constituídos, ou adquiridos, ao passo que, para a doutrina do fato passado ou realizado, a norma poderia ser considerada retroativa se pudesse ser aplicada a fatos passados antes da sua entrada em vigor. Em síntese, a lei nova deveria respeitar os direitos adquiridos, para a primeira doutrina; para a segunda, a lei nova não deveria ser aplicada a fatos passados, nem aos seus efeitos, somente se aplicando a fatos futuros.

Não restam dúvidas de que o sistema jurídico brasileiro adotou a teoria subjetiva do direito adquirido, segundo a qual não é retroativa a norma que possa ser aplicado a fatos ou condutas iniciados no passado, a não ser nas hipóteses expressamente vedadas pela Constituição. Tal entendimento foi externado por Moreira Alves, em passagem do seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 493.⁷

Nessa linha, para o ministro aposentado Moreira Alves, embora se diga que a regra em é a irretroatividade, na verdade, a regra que impera no sistema jurídico brasileiro é a retroatividade normativa, visto que fora dos impedimentos constitucionais, consubstanciados no ato jurídico perfeito, na coisa julgada e no direito adquirido, a retroatividade é permitida.

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal prevê que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” disposição repetida no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto n. 4.657/1942. [Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 20 de dezembro de 2014.”. A seu turno, Dispõe o art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que: “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. Já as Emendas Constitucionais entram em vigor, via de regra, a data de sua publicação.

⁶ MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao discurso legitimador, Coimbra, 1983, p. 232.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4930/DF*. Relator: ALVES, José Carlos Moreira. Publicado no DJ de 25/06/1992.

Discorrendo acerca dos limites da retroatividade imprópria, Hartmurt Maurer⁸ assevera que tal espécie de retroatividade “deve ser, igualmente, aferida pelo princípio da proteção à confiança”, conquanto admita ser tal retroatividade considerada, originalmente, pelo tribunal constitucional alemão, em regra admissível, e só por exceção inadmissível, em contrapartida à retroatividade própria, normalmente não admitida.

Entretanto, entendeu o Professor Alemão que o esquema até então adotado para pensar a retroatividade imprópria na dicotomia possível-impossível se mostrou muito rígida, sendo mais apropriado pensar em “uma continuidade de validade por graus ou expiratória, do direito até agora para os casos antigos, na abolição por graus de vantagens, na preparação de alternativa ou na concessão de indenização.”⁹.

Para Humberto Ávila, resta configurado um determinado grau de retroatividade da norma caso ela estabeleça “consequências posteriores mais gravosas, comparativamente ao regramento anterior, para um ato de disposição da liberdade e da propriedade praticado antes de sua edição, desvalorizando-o, ainda que parcialmente”.¹⁰ Vê-se que a lei que atinge condutas passadas, ainda que não concluídas, atribuindo a elas consequências que seus autores não poderiam contar é passível de atingir a confiança legítima, muito embora não se possa arguir ato jurídico perfeito, coisa julgada ou direito adquirido.

Segundo o magistério de Barroso, a expressão segurança jurídica abrange, dentre outras ideias, “a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova”¹¹. Vê-se que os aspectos da anterioridade e da estabilidade mencionados por Barroso são desconsiderados, quando a nova norma se refira a condutas passadas de seus destinatários, alterando-as de forma drásticas, sem as necessárias normas de transição.

É inegável que a retroação normativa causa insegurança jurídica. Também atenta contra a previsibilidade e estabilidade do direito a alteração legal que impossibilita a aquisição de direitos, cujo ciclo aquisitivo já se encontre em adiantado processo, e que são tratados

⁸ MAURER, Hartmurt. Elementos de Direito Administrativo Alemão... p.79-80.

⁹ MAURER, Hartmurt. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2001. Trad. Luís Afonso Heck.. p.79-80.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica..., p . 438.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Numero 90, Jul-Dez 2004. p.36.

como “meras” expectativas de direitos. Em ambas as situações a resposta clássica da justiça brasileira tem sido a de negar-lhes proteção ao argumento cristalizado há décadas na doutrina e na jurisprudência nacionais¹², de ser incabível pretender-se direito adquirido a regime jurídico. O assunto não tem sido analisado sob o ângulo da proteção à confiança legítima.

Cabe observar que os direitos em vias de aquisição, ou expectados, são tratados sob a lógica do tudo ou nada: ou cumpriram todo o seu ciclo formativo e constituem direitos adquiridos; ou deixaram de completar, que seja uma pequena parte, e se enquadram como “meras” expectativas, não merecedoras de proteção do direito. O problema desta dicotomia é que ela induz a simplificações problemáticas, com prejuízos à proteção da confiança dos particulares. Nesse sentido, Limongi França salientava que os conceitos de direito adquirido e expectativa de direito nunca foram imunes a críticas, pois traduziam uma distinção sem que houvesse critérios seguros para fazê-la¹³.

O que se percebe pelas decisões dos tribunais pátrios é que, se o próprio legislador não adota mecanismos para proteger as zonas intermediárias em que não se trata de direito adquirido, mas de direito em vias de aquisição, não há qualquer proteção jurídica diante da problemática decorrente de aplicações imediatas de regras novas¹⁴.

A despeito de as formas tradicionalmente utilizadas para proteger os particulares da retroatividade normativa serem a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e os direitos adquiridos, tal não acarreta a exclusão de outras formas de proteção. Nesse diapasão, o princípio da proteção da confiança legítima engloba situações distintas não enquadráveis nos mecanismos tradicionais. No dizer de Odete Medauar, o princípio da proteção da confiança oferece uma proteção “mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir.”¹⁵

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão no Recurso Extraordinário 219.075, relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 29.10.1999; _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 393.314, relator: GRAU, Eros, publicado no Diário de Justiça de 29.04.2005 e _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 600.837-AgR, relator: MELLO, Celso de. Publicado no Diário de Justiça de 03.12.2009, dentre outros.

¹³ FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido. 6ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 142.

¹⁴ Exemplificam tais hipóteses as alterações em regras de aposentadoria de servidor público, consubstanciadas nas Emendas Constitucionais 20/98, que estabeleceu regras transitórias, posteriormente revogadas pela Emenda Constitucional 41/2003.

¹⁵ MEDAUAR, ODETE; ÁVILA, Humberto (Org.). Segurança Jurídica e Confiança Legítima... p. 117.

Quanto aos direitos em vias de aquisição, o que se defende é que haja alguma medida de proteção à confiança de particulares diante das inovações legislativas, quando se afigure que havia acarretado uma justa expectativa na concretização do direito. É que, por absurdo, o sistema jurídico iguala possibilidades remotas de aquisição de direitos com situações de iminência, nas quais falte, por exemplo, um único dia para que se complete o ciclo de aquisição do direito¹⁶.

Nas situações em que se afiguram possíveis lesões à confiança legítima por alterações legais a que se dedicará o presente estudo observa-se uma tendência recorrente de o Judiciário solucionar as questões delas advindas com o entendimento axiomático de que “não há direito adquirido a regime jurídico.”. Levado os extremos tal pensamento, o legislador teria liberdade ilimitada de inovar na ordem jurídica, diante da impossibilidade de o indivíduo adquirir um direito à continuidade de dado regramento legal.

Dessa forma, o direito adquirido afigura-se insuficiente instrumento de proteção das expectativas legítimas dos cidadãos diante de inovações legislativas. Podem ser observadas inúmeras relações no âmbito do direito público nas quais os particulares se veem às voltas com alterações na legislação que os regem, de forma que às vezes, suas expectativas são desconsideradas.¹⁷ Para a doutrina alemã, onde surgiu e evoluiu o primado da segurança jurídica na sua forma subjetivada, a proteção da confiança é gênero, sendo o direito adquirido parte¹⁸.

Um dos argumentos em que se funda o raciocínio da impossibilidade de opor-se direito adquirido a regime jurídico é o de que o estado atua em prol dos interesses da coletividade, motivo pelo qual há prevalência da supremacia do interesse público quando da inovação legislativa, restando ao particular lesado arcar com possíveis danos inerentes a essa faculdade estatal. Ou seja, ainda que mudanças normativas acabem por onerar os cidadãos no tocante aos seus direitos individuais, como se trata de defender interesses maiores de toda a coletividade, o direito individual deve ceder ante o interesse coletivo.

¹⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p.37.

¹⁷ Tais situações ocorrem frequentemente nas relações estatutárias de servidores públicos, bem como no Direito Tributário. Exemplificam os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: RE 231.176, 28 de maio de 1999; 566.032-0, 23 de outubro de 2009; RE-AgRg 191.476, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.06.2006; RE 226.462, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 25.01.2002; MS 24.875, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 6.10.2006; RE 298.695, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.10.2003; Re 298.694, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.10.2004.

¹⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança... p. 79.

Diante desse estado de coisas, tem-se a premissa fixada *a priori* da impossibilidade de se alegar direito adquirido a regime jurídico, sob a qual se desconsideram direitos subjetivos dos cidadãos, muitas vezes exercidos por longo lapso temporal, o que faz com que nasça a crença em sua definitividade; alteram-se de forma abrupta regimes jurídicos, bem como se desprezam direitos em vias de aquisição, ao argumento de estar-se atendendo ao interesse maior da coletividade e ao princípio democrático.

A necessidade de melhor desenvolvimento do princípio da confiança legítima às situações de alteração legislativa é potencializada pelas circunstâncias contemporâneas, que testemunham uma hiperprodução legislativa objeto de preocupação de alguns autores. Castillo Blanco, nessa linha, justifica a necessidade de garantir-se maior segurança à sociedade contemporânea¹⁹, visto ter esta se constituído em “um componente essencial para a qualidade de vida”. Diz o autor espanhol que ocorre uma verdadeira proliferação de normas jurídicas, que seriam decorrente de

(...) múltiplas razões, como a criação de novos centros de poder legislativo como são a Comunidade Económica Europeia e as Comunidades Autônomas, a ruptura da separação estrita de poderes que tem levado o Poder Executivo a se converter também em uma importante fonte de produção normativa, a irrupção do Estado em vários setores da sociedade regulando sua intervenção, a frenética mudança normativa, o desenvolvimento da sociedade da informação (...) ²⁰

Dessa forma, a hipótese do presente trabalho é a de que os mesmos antecedentes teóricos do direito adquirido - a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima - reclamam revisão do posicionamento adotado de forma majoritária pela doutrina e jurisprudência, de forma que o princípio da proteção da confiança seja considerado como argumento para analisar possíveis lesões aos indivíduos, decorrentes de alterações normativas.

¹⁹ No mesmo sentido, Patrícia Baptista alerta que “A inflação legislativa, a instabilidade das leis e a imprecisão de seu conteúdo são fatores que contribuem para que a legalidade deixasse de ser a única expressão da segurança jurídica”. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2006, p. 58.

²⁰ CASTILLO BLANCO, Federico. El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. p. 22-3. No original: “(...) múltiples razones como la creación de nuevos centros de poder legislativo como son la Comunidad Económica Europea y las Comunidades Autónomas, la ruptura de la estricta separación de poderes que há llevado a que el poder ejecutivo se convierta también en una importante fuente de producción legislativa, la irrupción del Estado em múltiples sectores de la sociedade regulando su intervención, el frenético cambio normativo, el desarrollo de la sociedade de información (...)”. Disponível em: [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path\[\]=5578&path\[\]=5631](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path[]=5578&path[]=5631). Acesso em 27 de março de 2015.

Busca-se conferir o máximo de efetividade possível ao direito adquirido no interior de regimes jurídicos revogados, resguardar a proteção da confiança diante da incidência imediata da norma que atinge situações em curso, bem como de expectativas legítimas geradas por direitos em vias de aquisição, por se entender que merecem proteção jurídica por efeito de alterações legislativas bruscas e/ou drásticas.

Conforme dito, por se tratar de um princípio, a proteção da confiança legítima deve ser compatibilizada com outros valores caros à ordem constitucional, dentre os quais se destacam o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio democrático, ressaltando-se que este último faculta ao Poder Legislativo instituir e alterar regras de acordo com a conveniência das mudanças sociais.

Assim, da mesma forma que se deu no caso original da justiça Alemã, na qual se privilegiou a confiança legítima em detrimento da legalidade estrita para conservar-se o benefício da pensão à viúva, faz-se inevitável pensar na técnica da ponderação como instrumento para analisar-se quando deve prevalecer a confiança legítima, ou quando esta deve ceder ante a importância maior do interesse público na alteração legislativa. Faz-se necessário a análise dos casos em concretos para aferir-se qual valor deve ser prestigiado, em cada hipótese. No que toca à contraposição entre princípios, Gonet Branco²¹ adverte:

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer.

O objeto do presente estudo é, então, a concretização do princípio da proteção da confiança como uma forma de limite ao poder estatal na seara legislativa, para que ao inovar na ordem jurídica, sejam respeitadas as expectativas legítimas dos particulares, tanto no que toca às posições jurídicas afetadas pela incidência imediata das normas, quanto naqueles denominados “direitos em vias de aquisição”, buscando-se aferir critérios para proceder-se a esta valoração.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 75.

O trabalho será desenvolvido a partir da noção contemporânea da segurança jurídica e da proteção da confiança, em sua abordagem principiológica, segundo a lógica de que deva configurar uma forma de limite à atividade do Poder Legislativo para inovar na ordem jurídica, ademais dos tradicionais meios constitucionais da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. A hipótese do presente trabalho é que o argumento utilizado de forma corriqueira pelo Judiciário, da impossibilidade de alegar-se direito adquirido a regime jurídico não se coaduna, em alguns casos, com a necessária confiança dos cidadãos que deve inspirar a atuação estatal em sua completude.

A pesquisa será feita mediante consulta à jurisprudência nacional e aos autores pátrios, dos quais se destacam Almiro do Couto e Silva²², cujo trabalho configura um clássico obrigatório em qualquer ensaio sobre segurança jurídica. Na mesma linha, Humberto Ávila²³ será objeto de constantes consultas quanto às bases teóricas do princípio da proteção da confiança legítima, bem como Luís Roberto Barroso, cuja predileção pelo tema da segurança jurídica é demonstrada em alguns de seus trabalhos. Serão também utilizados os trabalhos de Rafael Valim²⁴ e de Valter Shuenquener de Araújo²⁵.

A doutrina alienígena também desempenhará um papel importante no deslinde do tema, destacando-se o trabalho de Sylvia Calmes, que, embora crítica ao princípio da proteção da confiança, o qual não teve acolhida no direito francês, fez importantes esclarecimentos teóricos acerca do tema. Também os Professores Iñigo Sanz Rubialez e Federico Castillo Blanco fornecem importantes subsídios acerca da visão geral da comunidade europeia quanto à aplicação do princípio da proteção da confiança. Não se pode deixar de citar, ainda, a doutrina de J.J. Canotilho sobre o assunto.

Far-se-á imprescindível recorrer ao estudo de algumas decisões significativas de alguns países europeus individualmente considerados – Espanha, Portugal e Alemanha, bem como da Corte Europeia de Justiça que, sob a influência da jurisprudência alemã, tem utilizado em suas decisões o princípio da confiança legítima para anular atos governamentais

²² 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 nº 9.784/99). Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2003

²³ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁴ VALIM, Rafael. O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro. 3.Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança..., p. 28

ou para dispor sobre reparações indenizatórias aos prejudicados pela quebra da confiança legítima em decorrência de atos dos Estados componentes da Comunidade Europeia.

O trabalho foi distribuído em três capítulos. O primeiro expõe instrumentais utilizados pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro em atenção à proteção à segurança jurídica, vista em seu duplice aspecto objetivo e subjetivo, os julgados emblemáticos, que demonstram o grau de desenvolvimento do princípio no Brasil, bem como se adentra a questão da possibilidade de o princípio configurar limite à atuação estatal em todas as suas manifestações, e não apenas na seara administrativa, como em geral ocorre.

O segundo capítulo demonstrará que a incidência imediata da norma, quando se aplica a fatos e condutas iniciados ao pálio da norma revogada, pode ter implicações maléficas à proteção da confiança legítima dos cidadãos, sendo que o direito adquirido não resolve os dilemas decorrentes desta relação. Ademais, a própria dificuldade conceitual do direito adquirido faz com que seja necessário melhor desenvolvimento da proteção da confiança como uma forma mais ampla de proteção dos cidadãos. Adicione-se à insuficiência do direito adquirido a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não se poder alegar direito adquirido a regime jurídico. Nesse sentido, o capítulo procura demonstrar que o direito adquirido é apenas uma das formas de proteção da confiança dos cidadãos nos atos estatais, demonstrando, nessa linha, a necessidade de incremento do princípio da proteção da confiança legítima.

Por fim, o terceiro capítulo tentará demonstrar a possibilidade e a necessidade de a confiança legítima configurar limite à atuação estatal, especificamente quanto à inovação legislativa do Estado. Para tal, analisará casos paradigmáticos da jurisprudência brasileira, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que demonstram a insuficiência dos instrumentais utilizados. Para dar suporte à hipótese do trabalho, o capítulo analisa o tratamento dado ao tema por alguns países europeus, bem como pela jurisprudência comunitária europeia, fonte da qual se buscará critérios objetivos utilizados nas decisões em que, mediante a ponderação, entendeu-se prevalecer a confiança legítima dos cidadãos.

Dessa forma, o objeto do presente trabalho é verificar a possibilidade, ante a configuração contemporânea da segurança jurídica e da proteção da confiança, de serem opostos limites ao poder de inovação legislativa do Estado, com a proposta de proceder-se a

ponderação entre os dois bens de magnitude constitucional: a segurança jurídica, na vertente subjetiva, e a iniciativa do legislador de inovar a ordem jurídica.

1 SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

1.1 Um princípio em dúplice acepção

Por que o homem deseja se sentir seguro? A resposta a esta questão é indissociável do próprio instinto humano de sobrevivência, o ser humano aspira à segurança tanto quanto deseja manter-se vivo. Decorre o anseio por segurança da necessidade inerente a cada pessoa de manter sua existência a salvo dos perigos que venham a ameaçar os bens da vida que julga necessários à sua subsistência. Nesse sentido, a segurança constitui ela própria uma necessidade e uma garantia de que outras necessidades serão satisfeitas.

Dentre as necessidades humanas mais relevantes, a segurança, para o psicólogo americano Abraham Maslow²⁶, aparece logo após o suprimimento das necessidades fisiológicas, sendo representada como estabilidade, proteção contra a violência, proteção para saúde, dos recursos financeiros e outros. Segundo tal concepção, as necessidades humanas são representadas por uma pirâmide, em cuja base se encontra as necessidades fisiológicas básicas (sono, abrigo, alimentação etc), seguida pela necessidade de segurança, que pode ser sintetizada como a minimização ou eliminação de quaisquer perigos – reais ou imaginários.

Sendo inerente à natureza humana a busca por segurança, esta aparece como um dos motivadores da formação das sociedades, desde a mais primitiva até a mais contemporânea. A busca por segurança é, então, considerada um dos instintos básicos dos seres humanos e um dos motivadores da formação não só do Estado, mas também das demais formas de organização social. Nessa linha, o Direito é considerado como um dos diversos instrumentos que a sociedade utiliza para concretizar o anseio dos indivíduos por segurança.

Interessante visão de segurança jurídica é a de Lhumann, para quem a segurança pelo Direito constituiria exigência da necessidade de diminuição da complexidade social. Por reduzir o número de alternativas de atuação para o cidadão, o Direito proporcionaria

²⁶

Disponível em: http://www.cra-rj.org.br/site/leitura/textos_class/traduzidos/MOTIVATIVACAO_PERSONALIDADE/index.html#/74/. Acesso em 08.11.2015.

segurança, atuando como redutor da complexidade social, ou como um estabilizador de expectativas.²⁷

Veza que a segurança constitui um fim do direito sob o ângulo da norma, serve também a reclamos de justiça, ideal impossível de ser concretizado no caos. Nesse sentido, o caráter cogente do Direito concretiza o valor da Justiça, já que, nas palavras de Miguel Reale,

A ideia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.²⁸

A segurança que o Estado oferece por meio do Direito, entende-se como segurança jurídica. Nesse sentido, Barroso assevera que:

O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a segurança jurídica – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade.²⁹

Interessante observar que a segurança constitui a um só tempo pressuposto e fim do Direito, daí decorrendo sua natureza principiológica, vez que patente seu caráter de abstração e irradiação em todo o ordenamento jurídico, bem como a necessidade de sopesamento, diante do caso concreto, com outros princípios jurídicos eventualmente colidentes com seu sentido.

Por se tratar de princípio que se espraia, para delimitar o sentido de outros princípios, ocupando posição de superioridade em relação a ele, entende-se a segurança jurídica como sobreprincípio, vez que constitui “substrato de um extenso rol de subprincípios

²⁷ LHUMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v.1. p. 109.

²⁸ REALE, Miguel. Filosofia do Direito.. p. 26.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado... p. 35.

e regras do ordenamento jurídico-constitucional.”³⁰ Nesse sentido, concebe-se a segurança jurídica como sobreprincípio ou como um princípio matricial.³¹

O ambiente teórico brasileiro, embora, no que toca à segurança jurídica, não tenha alcançado o grau de desenvolvimento que se observa na Europa, nascedouro do princípio, brinda alguns doutrinadores que se debruçaram sobre tão instigante tema.

Nesse sentido, mencione-se a colaboração de Odete Medauar, que entende a segurança jurídica como elemento inerente ao Estado de Direito, de conexão tão intensa que falar em “segurança jurídica” pode soar como redundância, visto que segurança seria elemento constitutivo da própria ideia de direito. Diz a autora que “segurança jurídica se refere à estabilidade das situações jurídicas”, em atendimento à demanda da própria sociedade e fator primordial no sistema jurídico.³²

O Ministro Luiz Roberto Barroso, outro estudioso da segurança jurídica, adverte que ocorre uma crise de identidade na noção de segurança, que seria ocasionada, pela velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas. Aduz, ainda, a ocorrência de uma espécie de pragmatismo que “também contamina a interpretação do Direito, não raro encara pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente.”³³

Para Couto e Silva³⁴, a segurança jurídica apresenta duas dimensões: uma de natureza objetiva (relativa à segurança quanto à norma) outra de natureza subjetiva (relativa à confiança do indivíduo no direito). Para o administrativista, a partir da premissa que segurança jurídica e proteção da confiança se inter-relacionam decorre a natureza de princípio constitucional à segunda, sendo, portanto, vetor de atuação de todos os poderes do estado, bem como norte interpretativo.

Hartmurt Maurer³⁵ adverte que a proteção da confiança seria decorrência, para o Tribunal Administrativo Federal da Alemanha, do princípio da lealdade e da boa-fé, em parte, e ao princípio da *certeza jurídica* de outra parte. Para o autor, vez que a certeza jurídica se

³⁰ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima... p. 27.

³¹ Idem, Ibidem.

³² MEDAUAR, Odete; ÁVILA, Humberto (Org.). Segurança Jurídica e Confiança Legítima..., p. 115.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado..., p. 38.

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica... p.13

³⁵ MAURER, Hartmurt. Elementos de Direito Administrativo Alemão..., p.71.

radica no Estado de Direito, que possui hierarquia constitucional, a proteção da confiança também ostenta sua fundamentação jurídico-constitucional.

Interessante visão é a de Judith Martins Costa³⁶, que vislumbra a autonomia do princípio da proteção da confiança, em contraste com a maioria dos doutrinadores. Segundo suas próprias palavras:

A essa lógica da confiança corresponde uma diferenciação no *status* normativo do “princípio da segurança jurídica”, ao qual fica reservado, antes de mais, o *status* de um fundamento, no sentido dicionarizado de “aquilo sobre que se apoia quer um dado domínio do ser, quer uma teoria ou um conjunto de conhecimentos (e então o fundamento é o conjunto de proposições das quais esses conhecimentos se deduzem)”. O princípio da segurança jurídica possui tal caráter de fundamento ou “razão de ser” na medida em que caracteriza um “elemento nomocrático do Estado de Direito”.

Já a confiança, adjetivada como “legítima”, é um verdadeiro princípio, isto é, uma norma imediatamente finalística, que estabelece o dever de atingir um “estado de coisas” (o estado de confiança) a partir da adoção de determinados comportamentos. Como princípio que é, a confiança articula-se, no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete, com outros princípios e submete-se a postulados normativos, tais quais o da proibição do excesso e o da proporcionalidade.

No entanto, a corrente majoritária da doutrina considera a proteção da confiança como desdobramento ou subprincípio da segurança jurídica, dentre eles Odete Medauar, segundo a qual “também denominada princípio da proteção da confiança, apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica”³⁷, bem como Humberto Ávila, que em clássica obra sobre segurança jurídica aduz que se trata de proteção “decorrente” da segurança jurídica.³⁸ Na mesma linha, Monica Herman Salem Caggiano³⁹, que entende segurança jurídica como macroprincípio, do qual derivariam outros correlatos, tais quais, irretroatividade, proteção dos direitos adquiridos, confiança legítima, legalidade ou qualidade da lei.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A Re-significação do princípio da segurança jurídica..., p.114-115.

³⁷ MEDAUAR, Odete; ÁVILA, Humberto (Org.). Segurança Jurídica e Confiança Legítima..., p. 117.

³⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica... p. 429.

³⁹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao moncolor Legislativo/Executivo. In: Moraes, Alexandre. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009. Pág.19.

Importante sublinhar a posição de Gomes Canotilho⁴⁰, no sentido de considerar a segurança jurídica e a proteção da confiança elementos constitutivos do próprio Estado de Direito. Para ele, a segurança jurídica apresenta duas dimensões, sendo uma de natureza objetiva – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito; e outra de natureza subjetiva, relacionada com a parte subjetiva da segurança, ou a “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos do Poder Público”. Nesse sentido, assim se expressa o constitucionalista:

Partindo da ideia de que o homem necessita de certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se consideraram como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; o princípio da confiança do cidadão.⁴¹

Vê-se que para grande parte dos autores, mesmo para aqueles que não entendem a proteção da confiança como princípio autônomo em relação à segurança jurídica, há uma distinção no que se refere à segurança jurídica em suas diferentes concepções, objetiva e subjetiva, bem como sua interligação e decorrência do Princípio do Estado de Direito. Na visão de Ingo Sarlet, configura o princípio panteão dos direitos humanos fundamentais, visto que para ele “a idéia de um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado de segurança jurídica (...)”⁴²

Considerada na sua dimensão objetiva, a segurança jurídica assume um aspecto impessoal, que visa a proteger o interesse geral de estabilidade da ordem jurídica, tendo relação com a segurança em relação ao ordenamento jurídico, como um todo, não analisado em cotejo com o interesse específico de alguma pessoa.

A possibilidade legal de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, por questões de segurança jurídica,

⁴⁰CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.p.257.

⁴¹ Idem, pp. 375 e ss.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em 29 de agosto de 2015.

introduzida pela Lei nº 9.868/99⁴³, constitui exemplo claro do resguardo da segurança em seu aspecto objetivo, ao proteger a estabilidade do ordenamento jurídico de mudanças abruptas em decorrência de eventual inconstitucionalidade declarada pela corte constitucional. Vez que as ações de inconstitucionalidade são propostas diante de desconformidades com a ordem constitucional em abstrato, aí não há que se falar em proteção de interesses subjetivos.

Um caso paradigmático de julgado do Supremo com reflexos na segurança jurídica em sua vertente objetiva é o da ADI 4029⁴⁴, proposta pela associação nacional dos servidores do IBAMA (ASIBAMA nacional) em face da Lei Federal nº 11.516/07, que dispôs sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). A mencionada norma nasceu da conversão da Medida Provisória nº 366, sendo alegada pelo proponente sua inconstitucionalidade formal, baseada na ausência de análise prévia pela Comissão mista de Deputados e Senadores, de que trata o § 9º do art. 62 da Constituição Federal⁴⁵.

Baseado no dispositivo constitucional que exige o parecer prévio de comissão mista de Deputados e Senadores acerca das medidas provisórias antes da sua apreciação pelo plenário das Casas Legislativas, o postulante requereu a inconstitucionalidade formal dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, pois dispensavam a prolação do mencionado parecer, bem como da Lei 11.516/07.

O Relator da Matéria, Ministro Luiz Fux, manifestou-se no sentido de que seria afrontoso à segurança jurídica, no entanto, admitir que todas as leis derivadas de medidas provisórias que não tivessem observado o rito do art. 62, § 9º da Constituição, desde a Emenda 32/2001, deveriam ser declaradas inconstitucionais e “expurgadas *ex tunc*” do ordenamento jurídico, pois, segundo suas palavras, seria “inimaginável a quantidade de

⁴³ BRASIL. Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015. Art.27.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029/DF*. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 27/06/2012.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015. A rt. 62, § 9º: Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...)§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa.”⁴⁶

Nessa linha, por entender que o desfazimento de diversas normas eivadas de inconstitucionalidade formal seria extremamente danoso à segurança jurídica, o relator decidiu modular os efeitos da declaração, nos termos permitidos pelo art. 27, da Lei 9.868/99, argumentando ser a modulação, ao invés de afronta à Constituição, “uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade.”.

Dessa forma, a segurança jurídica em sua vertente objetiva é considerada sempre que estiver em jogo o prejuízo a número indeterminado de cidadãos, à estabilidade e à segurança do ordenamento jurídico e das instituições, como foi o considerado no caso da ADI 4029. É uma garantia de natureza abstrata e genérica.

Também exemplifica a insegurança jurídica em sua vertente objetiva mudança abrupta de jurisprudência que cause efeitos indesejados a pessoas indeterminadas, que confiaram na orientação anteriormente adotada, “causando uma desconfiança geral e abstrata da comunidade no Poder Judiciário e no Direito como instituições sociais.”⁴⁷

Em outra mão, quando se fala em proteção da confiança, pretende-se referir a um interesse individual, concreto, que corre risco de ser afetado por mudanças inesperadas de determinada situação. Enquanto a segurança jurídica pode ser utilizada em detrimento de interesses particulares, no confronto com o princípio da legalidade, a proteção da confiança será sempre argumento utilizado em favor do titular do interesse em jogo, a ser aferido em um caso concreto.

Clássico exemplo em que o Judiciário reconheceu a proteção da confiança legítima dos particulares é o do Mandado de Segurança nº 22.357-0⁴⁸, em que se decidiu manter contratações levadas a efeito pela Infraero sem concurso público. Sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes, relator da matéria, se manifestou no sentido de que a hipótese evocava “inevitavelmente” o princípio da segurança jurídica. Pelo conjunto dos argumentos

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029/DF*. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 27/06/2012. p.15.

⁴⁷ ÀVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica...*, p.213.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 22.357-0/DF*. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 04/06/2004.

apresentados no seu voto, depreende-se que a segurança jurídica a que se referiu o relator é aquela subjetivada, que é aferida em face de direitos em concreto.

Por fim, o Min. Gilmar, citando Frederico Marques, concluiu que, no caso, por restar configurada a boa-fé dos contratados, bem como o longo tempo em que estavam na condição de funcionários da Infraero, deveria a segurança jurídica se sobrepor à legalidade estrita. Destaca-se a doutrina citada pelo julgador:

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do due process of law. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir due process of law por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, por preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei.” (Miguel Reale, Revogação e anulamento do ato administrativo. 2a ed. Forense. Rio de Janeiro. 1980, p. 70/71)

Dessa forma, vê-se que, a par da segurança jurídica em sentido objetivo e como decorrência natural dela, desenvolveu-se a doutrina da subjetivação da segurança jurídica consubstanciada na proteção da confiança surgida concretamente, nas relações do Estado com os particulares. Com efeito, assinalou Luciano Parejo Alfonso que se afigura cada vez mais rotineiro o apelo à confiança nas relações dos cidadãos com o Estado, ante a insuficiência dos postulados da segurança jurídica e da legalidade para revolver por si mesmo os problemas contemporâneos do atual Estado de Direito.⁴⁹

Dessa forma, a proteção da confiança configura uma evolução da segurança jurídica, decorrente da percepção de serem insuficientes os postulados desta última para solucionar problemas concretos surgidos da relação do Estado com seus cidadãos. Para Castillo Blanco, a proteção da confiança configura “necessária renovação dos paradigmas

⁴⁹ Prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: La protección de la confianza en el Derecho Administrativo. Madri, Marcial Pons, 1998, p. 9.

tradicionalmente utilizados em torno dos princípios da legalidade e da segurança jurídica e sua insuficiência.”⁵⁰.

No sentido de constituir a segurança jurídica princípio que se “ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva” se expressou Almiro do Couto e Silva, em seu clássico estudo⁵¹. Nessa linha, a concepção objetiva de segurança jurídica, para o doutrinador, “é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos”, enquanto que a segurança jurídica subjetivada “concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.”⁵².

Oportuno assinalar que nos estágios iniciais do Estado de Direito, embora fosse consagrada alguma proteção à confiança, na qual os princípios da legalidade e da segurança tinham como base, havia a noção segundo a qual as relações dos cidadãos com o Estado tinham o pressuposto de revestirem o caráter de sujeição ou de subordinação.

Nesse diapasão, a proteção da confiança só era admitida de forma excepcional, por exemplo, ligada à teoria do erro e à teoria da aparência, “aí quase que se esgotando o seu universo de atuação.”⁵³ Nessa etapa de evolução, o Estado, embora se submetesse a lei, em sua atuação concreta mais se assemelhava ao senhor absolutista, que não errava. O princípio da supremacia do interesse pública detinha uma prioridade em grau bem mais intenso que o da sociedade atual.

Modernamente, a confiança foi alçada a elemento essencial das relações jurídicas, de direito público ou privado. Observou-se uma mudança de semântica da palavra confiança, que, além de ser premissa necessária de toda ordem jurídica, constitui, também, uma necessidade dessa mesma ordem jurídica, em sentido crescente, à medida que as relações se tornam impessoalizadas e que o Estado passou a assumir múltiplas funções, com crescentes interferências em diversos setores da sociedade.

No que tange à sua dogmática, entende-se proteção da confiança como fonte produtora de direitos e deveres, sendo essencial entender o postulado na sua concretude,

⁵⁰ BLANCO, Federico Castillo. La protección de Confianza em el Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998, p.7.

⁵¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica... p.15

⁵² Idem, Ibidem, p.16.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da Legítima Confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os Particulares. p. 232.

diante da impossibilidade de verificar-se em abstrato, a proteção da confiança legítima. Esta é demonstrada diante da atividade estatal que lesione um direito concreto, demonstrado pelo particular.

Em síntese, verifica-se que a segurança jurídica evoluiu para abranger também os aspectos subjetivos dos valores que pretende albergar, constituindo-se na proteção da confiança, ou segurança jurídica em seu aspecto subjetivo. Configura uma ampliação da proteção do cidadão, em relação à segurança jurídica em seu aspecto objetivo.

Embora inegavelmente interligados, ambos os princípios, ou vertentes da segurança jurídica, diferenciam-se em vários aspectos, cuidadosamente estudados por Calmes⁵⁴, dos quais se destacam os seguintes: pelo âmbito normativo, vez que a segurança jurídica relaciona-se com o ordenamento jurídico como um todo, ao passo que a proteção da confiança relaciona-se com um aspecto do ordenamento jurídico; âmbito pessoal, vez que a segurança jurídica é representada por uma norma objetiva, sem vinculação a um sujeito específico, ao contrário da proteção da confiança que se refere a um indivíduo em especial; pelo nível de concretização, sendo a proteção da confiança relativa ao âmbito abstrato, enquanto a proteção da confiança liga-se ao nível concreto de aplicação; pela amplitude subjetiva, considerando-se que a segurança jurídica serve à proteção de interesses coletivos, ao passo que a proteção da segurança serve a interesses individuais.

Por fim, ambos os valores diferenciam-se no tocante a seu grau de protetividade individual, vez que a segurança jurídica não constitui argumento para defender interesses individuais, podendo ser alegada em contra esses interesses, dependendo da situação, ao passo que a proteção da confiança é argumento utilizado apenas em favor do particular, ou seja, o seu reconhecimento sempre atuará com benevolência no tocante ao interesse dos particulares.⁵⁵

Dessa forma, pode-se sintetizar a distinção entre ambas as vertentes da segurança jurídica diante da constatação de que a proteção da confiança traduz uma projeção da segurança jurídica a nível individual, sempre que o interessado lograr comprovar que sua confiança sofreu abalo a partir de um determinado ato estatal, aplicado a uma situação concreta e desde que não se verifique justificativa de maior interesse público a fundamentar a

⁵⁴ CALMES, Sylvia. Du principe de protection de la confiance legitime em Droits Allemand, Communautaire et Français, Paris, Dalloz, 2001, po. 167-171.

⁵⁵ CALMES, Sylvia. Du principe de protection.... p.167-171.

prevalência de outro valor constitucional que tenha maior peso no caso a ser analisado em concreto.

1.2 A Segurança Jurídica na ordem jurídica brasileira: a Carta de 1988 e a Lei do Processo Administrativo Federal

Assente a noção principiológica da segurança jurídica pela unanimidade dos autores, bem como da sua indissociabilidade com a ideia do Estado de Direito, a concretização da segurança jurídica é distinta nos diversos ordenamentos jurídicos existentes. No caso do sistema jurídico brasileiro, a segurança jurídica é entendida como princípio densificador ou matricial de uma ampla gama de princípios, daí a noção de tratar-se de um sobreprincípio, ou macroprincípio.⁵⁶ No Direito brasileiro, a segurança jurídica assume “elevada importância sistemática e tem vários dos seus subelementos especificamente regradados”.⁵⁷

Na medida em que os ordenamentos jurídicos, de forma geral, reconhecem o valor da segurança como apto a ser albergado pelo Direito, ou como integrante do conceito do próprio Direito, a segurança jurídica é entendida como princípio, vez que, muito embora configure um valor, deste se diferencia por deter natureza deontológica, ao passo que os valores pertencem à dimensão axiológica.

Dessa feita, segundo a visão de Alexy⁵⁸, o princípio da segurança jurídica há que ser concretizado como mandado de otimização, ou seja, na maior medida possível, em cotejo com os demais valores caros à determinada ordem jurídica. Sua valoração em face de outros princípios em colisão se faz no caso concreto, a fim de aferir-se qual princípio deve prevalecer e qual deve ser afastado.

Como princípio, a segurança jurídica constitui subprincípio do Estado de Direito, por ter o condão de concretizar parte do ideal do Estado de Direito, bem como sobreprincípio

⁵⁶ BLANCO, Federico A. Castillo. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. p. 10

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica... p.142.

⁵⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais...., p. 99.

em relação a demais princípios destinados à realização de ideais mais restritos⁵⁹, ficando dessa forma em posição de relativa superioridade em relação aos demais princípios acerca dos quais é aplicado. Sob essa última perspectiva, analisa-se o princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da legalidade, da irretroatividade, bem como da proteção da confiança, aqui entendida como ideal de proteção de atos estatais anteriores.

Nesse sentido, Humberto Ávila⁶⁰ demonstra a forma como age a segurança jurídica como norte para aplicação de demais princípios, explicando que, por exemplo, a regra da legalidade, quando tem como substrato a segurança jurídica, “não reserva a qualquer lei a tarefa de instituir ou de aumentar tributos, mas sim a uma lei que assegure cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito”. Dessa forma, não é qualquer lei que atenderá ao princípio da legalidade, mas sim aquela que esteja de acordo com a segurança jurídica.

Sustenta Ávila⁶¹, nesse sentido, que a lei a que se refere a regra da legalidade “não poderá ser demasiadamente indeterminada, não poderá abranger fatos passados na sua hipótese e não poderá elevar imediata e drasticamente a carga tributária sem um período e sem regras de transição.”. Ou seja, a segurança jurídica dá o real contorno da regra da legalidade.

Dada a sua natureza principiológica, há diversas regras constantes da Carta de 1988 que dão concretude à segurança jurídica, conquanto não tenha sido expressamente mencionado um direito à segurança jurídica. No entanto, a Constituição menciona que a segurança constitui valor fundamental já no seu Preâmbulo, bem como a elenca como um dos direitos invioláveis no seu artigo 5º, *caput*, a par dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade.

Diversos outros dispositivos constitucionais consagram o ideal da segurança jurídica. Nesse sentido, princípios tais como a legalidade e o direito a não ser obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II); proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e aos direitos adquiridos contra as inovações legislativas, bem como a proibição à retroatividade de leis penais e tributárias no tocante à ocorrência de fatos geradores.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica..., p. 646.

⁶⁰ Idem, p. 650.

⁶¹ Idem, Ibidem.

Cumprе frisar que, ademais dos dispositivos garantidores da segurança jurídica em seu aspecto substancial, a Carta de 1988 também contemplou as de índole processual penal e civil, tais como: a individualização e limitação das penas (art. 5º, incs. XLV a XLVIII); restrições à extradição (art. 5º, LI e LII); devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).

Em se tratando de proteção da confiança – ou a segurança jurídica subjetivada, não há dispositivo expresse na Constituição Brasileira que a assegure na relação do Estado com os particulares. Doutrinariamente também se apresenta tímida a abordagem do princípio no Brasil. No dizer de Shuenquener, “talvez por sofrermos profunda influência do Direito Administrativo francês, onde o princípio da confiança também não ganhou muito espaço, os efeitos pretendidos por esse, raramente invocado, princípio são, usualmente, alcançados através de outros institutos.”⁶²

O mesmo não se pode afirmar com relação à Alemanha, cujo princípio da proteção da confiança atingiu enorme repercussão, sendo considerada como *leading case* decisão histórica da década de 50, na qual o Tribunal Administrativo Federal ratificou decisão do Tribunal de Berlim, para o fim de validar pensão de viúva concedida com vício de legalidade, ao argumento de prestigiar a proteção da confiança.⁶³

Tal julgado constituiu um ponto de inflexão, por evidenciar o contraste entre dois valores ínsitos ao Estado de Direito: a legalidade e a segurança jurídica, com a possibilidade de manutenção de atos desprovidos de legalidade estrita em nome de outro valor também albergado pela ordem constitucional, a segurança jurídica a nível concreto e subjetivo.

Dessa forma, embora o princípio da segurança jurídica tenha sua evolução muito relacionada à regularidade formal dos atos emanados do Poder Público, a jurisprudência e a doutrina desenvolveram a ideia de segurança jurídica *subjetivada* para proteger a confiança legítima dos cidadãos, ainda que diante de atos que não se mostraram de acordo com as normas legais ou constitucionais.

⁶² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança....p. 28.

⁶³ MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão.... Neste sentido, o autor diz que: “(...) ponto de partida foi o entendimento que a questão da retratabilidade de atos administrativos beneficentes antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio da proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente.”

Após seu surgimento e desenvolvimento na Alemanha, o princípio da proteção da confiança vem sendo aplicado nas decisões da Justiça Comunitária Européia, sendo considerado por importantes doutrinadores⁶⁴ princípio fundamental do direito europeu. Entretanto, só recentemente o princípio veio a ser positivado na legislação brasileira, em vários dispositivos da Lei do Processo Administrativo Federal.⁶⁵

Nesse diapasão, destaca-se como diploma inovador a lei nº 9.784/99⁶⁶, que dispôs sobre a segurança jurídica no seu artigo 2º, *caput* (Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência.); § único do artigo 2º, inciso IV (atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé), bem como no inciso XIII, do § único do artigo 2º (interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação), além do art. 54, que estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos, para a Administração Pública anular atos de que decorram efeitos favoráveis a terceiros, salvo comprovada má-fé.

Dessa feita, visualiza-se o princípio da segurança jurídica, também, como um direito subjetivo do cidadão, na medida em que este poderá acionar o judiciário quanto entender lesionado no caso concreto um direito individual seu à segurança jurídica. Aí se teria a ocorrência concreta do princípio da proteção da confiança, que nada mais é que a aplicação reflexiva do princípio da segurança jurídica às situações subjetivas, em que se entende que a confiança legítima dos particulares foi lesionada pelo Estado.

Leciona Ingo Sarlet ser o direito à segurança uma proteção contra atos do Poder Público e de outros particulares violadores de direitos pessoais. Tal proteção, no dizer do constitucionalista decorre de “uma série de previsões expressas e específicas do texto constitucional”, apontando, tanto as previsões genéricas do *caput* do artigo 5º da Carta Constitucional quanto “o reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de

⁶⁴ Nesse sentido: CALMES, Sylvia. Du principe de protection... p. 383.

⁶⁵ Anote-se que, quanto aos dispositivos da Lei 9784/99 que são, teoricamente, garantidores da proteção da confiança, Couto e Silva afirma que a ponderação com outros valores albergados igualmente pelo sistema jurídico já foi objeto de análise pelo legislador, de forma distinta de outras situações em que a proteção da confiança é aferida no caso concreto pelo Julgador.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

expressões de uma ordem de valores comunitária”, o que faz com que “expressiva parte da doutrina reconheça a existência de correspondentes direitos à proteção.”⁶⁷

A vertente subjetiva da segurança jurídica, ou proteção da confiança, é aferida nos casos concretos, por demandar uma análise em relação a um direito individual lesionado. Pressupõe que o particular, confiando no ato que externou o Estado, seja de natureza legislativa, judiciária ou administrativa, pautou sua conduta, tendo depois experimentado a frustração da sua confiança, seja pela descontinuidade na vigência do ato, por mudança, revogação ou anulação, ou até mesmo pela declaração de sua invalidade.⁶⁸

Para Canotilho, há um direito do indivíduo consistente na confiança de que o ordenamento jurídico ofereça sustentação à relação entre os atos do Poder Público e as correspondentes expectativas por ele geradas, em relação às suas consequências. Nessa linha, qualquer ato de qualquer dos Poderes estaria sujeito ao controle em relação à proteção da confiança legítima, sendo que, em relação a atos legislativos se identifica com a proibição de normas retroativas que restringem direitos, assim como com a obrigatória clareza das normas.⁶⁹

A dificuldade para aplicação concreta do princípio da proteção da confiança consistente no fato de não se verificar, ao contrário da segurança jurídica, dispositivos expressos da Constituição que possam ser apontados como protetores dessa confiança, tais como, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, é apenas aparente.

O fato de não haver remissão expressa a uma *proteção da confiança* não leva ao entendimento de que a Constituição de 1988 nega proteção ao princípio, diante da inteligência do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal⁷⁰, que fala em proteção de princípios decorrentes do regime e dos princípios expressamente adotados pela Constituição. Nesse sentido, a proteção da confiança legítima configura decorrência direta da segurança jurídica, bem como dos direitos fundamentais expressos na Carta.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica..., p. 4.

⁶⁸ Idem, p. 375.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.257.

⁷⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

1.2.1 - As aplicações práticas da Segurança Jurídica em Julgados Emblemáticos da Jurisprudência pátria

Como antes dito, a Segurança Jurídica tem seu desenvolvimento marcado pela jurisprudência alemã que remonta à década de 50, tendo depois o princípio experimentado grande acolhida na jurisprudência de alguns países europeus, dentre os quais Itália, Portugal e Espanha, bem como na jurisprudência comunitária europeia.

No Brasil, considera-se a evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção da confiança relativamente recente, embora se verifique algum grau de proteção à confiança decorrente dos princípios da irretroatividade, do direito adquirido e do devido processo legal. Baptista acentua que “também a cláusula da boa-fé, uma vez superadas as restrições iniciais da doutrina, acabou se consolidando como um instrumento de tutela da lealdade, da honestidade e da confiança nas relações jurídico-administrativas”.⁷¹

Nessa linha, é considerada histórica a já mencionada decisão do STF no Mandado de Segurança 22.357-0⁷², de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, por afigurar-se explícita a tese de que a legalidade há que ser compatibilizada com a segurança jurídica, na sua vertente subjetiva. Trata-se a proteção da confiança, nesse sentido, de elemento constituinte da noção de legalidade.

Nesse julgado, a Corte decidiu conceder a segurança para validar a contratação de 366 (trezentos e sessenta e seis) funcionários recrutados pela Infraero sem concurso público, ao argumento central de prestigiar a confiança legítima dos interessados, embora reconhecendo que se afigurava o descumprimento, a princípio, da exigência constitucional do concurso público.

No tocante às contratações objetos do questionamento, em acórdão do Tribunal de Contas da União de 1993, havia a determinação expressa de que a Empresa Pública Infraero regularizasse a contratação dos 366 funcionários, efetivadas nos anos de 1990 e 1991. Tais contratações se deram mediante procedimento de seleção interna, tendo a Corte de

⁷¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo...* p. 33

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 22.357-0/DF*. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 04/06/2004.

Contas se pronunciado em decisão anterior de 1991, no sentido de que fossem realizados concursos públicos para as novas admissões de pessoal, mas procedendo a uma espécie de “validação” dessas admissões já efetivadas.

Dessa feita, o Relator considerou diversos elementos para deferir a segurança: a) o fato de existir, à época, razoável controvérsia no tocante à obrigatoriedade de concurso público para empresas públicas e sociedades de economia mista; b) a primeira decisão do Tribunal de Contas, de 1991, que não determinava o desfazimento das contratações, e c) o fato de o mérito da demanda estar sendo apreciado dez anos depois das admissões. Ante a apreciação das circunstâncias básicas que compunham a causa, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a segurança jurídica, nesta hipótese, deveria prevalecer sobre a legalidade estrita, no que foi seguido pelos demais componentes da Corte.

Interessante observar similar entendimento manifestado pelo Supremo quando do julgamento do Mandado de Segurança 26.353/DF⁷³, Relator Ministro Marco Aurélio, em que não se admitiu o anulamento de atos de Ascensão Funcional de servidores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo em conta o decurso do prazo de mais de 05 anos da aprovação das Contas da Estatal pela Corte de Contas, concluindo-se ser aplicável à espécie o artigo 54 da Lei 9.784/99⁷⁴.

Outra hipótese praticamente corriqueira na realidade dos tribunais é o julgamento de demandas utilizando-se o fenômeno conhecido como teoria do fato consumado ou “fato consolidado”. Na verdade, a nomenclatura é inadequada, porque, se trata, pura e simplesmente de questões relativas à proteção da confiança ante o poder do Estado de anular atos que apresentem desconformidades legais.

A jurisprudência brasileira desenvolveu o entendimento segundo o qual situações de fato revestidas de ilegalidades ou inconstitucionalidades, mas que perduraram durante um lapso de tempo considerável provocam nos cidadãos expectativas legítimas, dignas de proteção do sistema jurídico. Trata-se de avaliação que o Judiciário tem feito, no sentido de graduar-se no caso concreto se há mais razões para proteger a legítima confiança dos cidadãos do que desfazer a situação que não atendam às prescrições legais.

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.3530/DF*. Relator: MELLO, Marco Aurélio, publicado no DJ de 07/03/2008.

⁷⁴ Lei 9784/99: “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.”

Dessa forma, a teoria do fato consumado consiste em construção jurisprudencial e doutrinária, segundo a qual o decurso do tempo tem o condão de consolidar situações fáticas que não se enquadrem na letra estrita da lei. Com base em tal postulado, o Judiciário tem sido chamado a cancelar tais situações, com base no argumento basilar do nascimento da expectativa do cidadão na definitividade da situação, em decorrência do transcurso do lapso temporal.

Adotada primordialmente nas questões relacionadas ao ensino superior, com julgados do Supremo Tribunal Federal da década de 1960⁷⁵, verificou-se enorme ampliação no tocante aos temas que têm sido decididos com base na aplicação da teoria do fato consumado. Assim, tem-se decidido ao abrigo da teoria questões distintas, tais como: remoção de agente da polícia federal, manutenção de vencimentos assegurada em liminar cassada pela segunda instância, mudança de local de prova de concurso, dentre outras.⁷⁶

O fato consumado tem sido aplicado com base nos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia, os quais têm sido invocados para sustentar que o particular não deve ser penalizado pela excessiva mora administrativa ou judicial em decidir dada situação que perdurou no tempo, e que lhe trouxe uma forte expectativa de que não mudaria.

A típica demanda judicial relacionada com o do fato consumado é a que se refere à colação de grau em nível superior sem o preenchimento do requisito da prova do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, cujo ingresso normalmente é assegurado por medida judicial liminar. Nesses casos, o Judiciário normalmente tem chancelado a situação, ao argumento de que seu desfazimento propicia mais prejuízos que benefícios à ordem social⁷⁷.

⁷⁵ FERREIRA, Odim Brandão. Fato Consumado – História e Crítica de uma Orientação da Jurisprudência Federal. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p.19.

⁷⁶ Idem, p.38.

⁷⁷ O STJ tem decidido que “excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo (conclusão do curso e obtenção do diploma), por intermédio do mandado de segurança concedido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firmado-se no sentido de aplicar a teoria do fato consumado. **Precedentes:** REsp 1346893/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 12/11/2012; AgRg no REsp 1291328/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 09/05/2012; AgRg no REsp 1049131/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 25/06/2009.

Nessa linha, O superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento de que a Corte tem admitido a aplicação da teoria do fato consumado, “nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo”.⁷⁸

Entretanto, nem sempre a expectativa acarretada pelo transcurso do tempo configura fator suficiente para que o Judiciário permita que situações constituídas despidas de obediência à estrita letra da lei prosperem. Em matéria relacionada à participação e posse em cargo público, a jurisprudência tem feito uma ponderação com a exigência constitucional do concurso público para não admitir a aplicação da teoria do fato consumado nessas hipóteses.

Mais recentemente, o Supremo reconheceu a relevância da questão para julgar o Recurso Extraordinário 608.482⁷⁹ com repercussão geral, impetrado contra acórdão que manteve a parte recorrida no cargo público, a despeito de ter sido reprovada no teste de esforço físico e de não ter cumprido a etapa do psicotécnico, embora tenha, por força de liminar, cumprido o curso de formação com êxito e de ocupar o cargo respectivo há mais de sete anos.

Nesse caso, o Acórdão⁸⁰ recorrido assim se manifestou:

(...) embora inexistam, nos autos, demonstrações de que a apelada tenha completado com êxito os exercícios do teste físico, e não exista ilegalidade na exigência do teste e do exame psicotécnico como critérios de admissão no concurso em questão, entendo que a recorrida faz jus à permanência no cargo, ante a aplicação excepcional da Teoria do Fato Consumado. Isso porque, da análise dos autos, constato que a apelada está exercendo o cargo há mais de 07 (sete) anos, e, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público, ‘sem que haja notícia de que a mesma, por questões inerentes a suas faculdades físicas ou psicológicas, tenha realizado qualquer ato incompatível com a atividade exercida, devendo ser destacada ainda a declaração de desempenho, acostada à fl.41, na disciplina de Educação Física, ministrada no curso de formação profissional, na qual se encontra atestado que a autora foi aprovada com média 9,5. (...)

O recorrente - o Estado do Rio Grande do Norte, em suas razões alegou a existência de lesão aos artigos 5º, *caput* e II, e 37, *caput*, I e II, da Constituição Federal, visto

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial 460.157/PI. Relator: MARQUES, Mauro Campbell, publicado no DJe de 26/03/2014.

⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 608.482/RN*. Relator: ZAVASCKI, Teori, publicado no DJ de 04/12/2014.

⁸⁰ Idem. p. 3

que teria havido, (a) a violação do princípio da isonomia, uma vez que a recorrida não se submeteu a exame psicotécnico, como os demais candidatos inscritos no concurso público; (b) a vulneração ao princípio da vinculação ao edital, uma vez que a participação da ora servidora na etapa seguinte do certame, sua nomeação e posse foram asseguradas por força de liminar, ainda que não cumprida fase anterior exigida; (c) a inaplicabilidade da teoria do fato consumado para “perpetuar decisões injustas, ilegais ou inconstitucionais”.

O Relator do processo entendeu pela não aplicabilidade da teoria do fato consumado para o caso, visto que, no seu entendimento, tratava-se de embate entre interesse individual da candidata e o interesse de toda a sociedade na manutenção da exigência do concurso público; na precariedade das medidas de natureza cautelar; por fim, no descabimento de alegar-se a proteção da confiança, em face da exigência constitucional de concurso público.

Interessante ressaltar o voto divergente do Ministro Luís Roberto Barroso, para quem a questão examinada nem sempre poderia ser tratada como colisão do interesse individual do candidato que tomou posse no cargo por medida liminar com o valor constitucional do concurso público. Para o Ministro Barroso, trata-se de contraposição de valores constitucionais – proteção da confiança em confronto com a exigência do Concurso Público, ou seja, concebeu ele a possibilidade de colisão entre normas constitucionais: no caso em apreço a tensão teria se dado entre a proteção da confiança e a obrigatoriedade de concurso público⁸¹.

Afigura-se interessante ao objeto do presente estudo a análise do voto divergente do Ministro Barroso, vez que se manifestou, ainda, no sentido de que, ao concluir-se que somente o trânsito em julgado teria o condão de dar estabilidade à posse da autora em cargo público acaba-se por restringir a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança à esfera da Administração Pública, negando-lhe vigência no âmbito judicial. No entender do Ministro, o princípio da proteção da confiança teria relevância também na seara judicial, visto que

⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 608.482/RN*. Relator: ZAVASCKI, Teori, publicado no DJ de 04/12/2014. p.17-24.

“naturalmente decisões do Estado-juiz também podem gerar expectativas legítimas para os cidadãos.”⁸².

Acabou prevalecendo o voto do Relator, com a divergência registrada dos Ministros Barroso e Luiz Fux, visto que se considerou que não havia qualquer fundamento para estabilizar a decisão precária que permitiu que a recorrente tomasse posse e exercesse o cargo público, ainda que por longo lapso temporal. Ou seja, no que toca à posse e exercício de cargo público que se deu por decisão judicial não definitiva, a aplicação da teoria do fato consumado não subsiste, vez que foi decidida com repercussão geral pela Corte Constitucional.

Relevante mencionar outra questão emblemática decidida pelo Supremo, a Ação Cível Originária 79, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, em que a União solicitava a anulação de títulos de concessão de domínio de terras públicas deferidas para fins de colonização, com desatendimento da exigência de prévia autorização do Senado Federal, nos termos do art. 146, § 2º da Constituição de 1946, então vigente.⁸³.

Apesar de reconhecer a existência da inconstitucionalidade, o relator destacou que a questão fora decidida “há mais de meio século”, e que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança fizeram nascer um estado de confiança digno de proteção, razão pela qual se se manifestou no sentido de que o Estado se vinculou pelos seus próprios atos anteriores, ainda que ilegais. O voto condutor teve a concordância da maioria da Corte, a despeito dos votos contrários do Ministro Lewandowski⁸⁴, que visualizou vício de natureza absolutamente insanável, e do Ministro Marco Aurélio⁸⁵, que enfatizou a necessidade de prevalecer a supremacia da Constituição no caso.

Outro assunto digno de nota, pela polêmica que desperta em relação ao poder do Estado de rever atos viciados, diz respeito à assunção e posterior efetivação de substituto como titular de serventia extrajudicial, ante o normativo do § 3º do artigo 236, da Carta

⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 608.482/RN*. Relator: ZAVASCKI, Teori, publicado no DJ de 04/12/2014. p.17-24.

⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Cível Originária 79*. Relator: PELUSO, Antônio César, publicado no DJ de 03/06/2013.

⁸⁴ Idem, Ibidem. p.35-36.

⁸⁵ Idem, Ibidem, p.78-83

Constitucional.⁸⁶ Diante de decisões do Conselho Nacional de Justiça desconstituindo tais serventias, por contradição com o dispositivo do texto constitucional, os interessados têm recorrido à Justiça, com base no prazo decadencial de cinco anos, estabelecido pelo artigo 54, da Lei 9784/99.

Entretanto, nessas hipóteses, o Supremo tem considerado inaplicável o dispositivo da lei do processo administrativo federal, por considerar que se configura “flagrante inconstitucionalidade” nessas nomeações após a Constituição de 1988 que passou a exigir concurso para efetivação nas serventias. Essa foi a linha de entendimento manifesta no julgamento do Mandado de Segurança 29557⁸⁷, no sentido de que o prazo decadencial de cinco anos para revisão de atos administrativos (art. 54 da Lei 9.784/1999, e art. 91, parágrafo único, do RICNJ) não se aplica a situações inconstitucionais, nas quais ocorreu a delegação de serventia extrajudicial sem a prévia realização do devido concurso público.⁸⁸

Entretanto, a orientação do STF, de ser inaplicável o artigo 54 da Lei 9784/99 às situações relativas à assunção de serventias judiciais sem concurso público, foi objeto de dissenso internamente, tendo o Ministro Celso de Mello, em decisões monocráticas, considerado relevante o argumento da proteção das legítimas expectativas dos envolvidos, que, em muitas ocasiões, contavam com longos períodos ocupando a serventia, como quinze ou vinte anos. Em tais circunstâncias, entendeu o Ministro que, ante o fato de a situação perdurar por mais de vinte um anos culminou por consolidar no espírito dos demandantes justas expectativas, bem como a confiança plena na regularidade dos atos estatais.⁸⁹

⁸⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (...) § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.673/RN*. Relatora: ROCHA, Carmem Lúcia, publicado no DJ de 24/04/2009.

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 28.273*. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo, publicado no DJe de 21.02.2013. Neste caso, a Corte decidiu, por unanimidade, que o exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999.

⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdãos dos seguintes julgados: MC no MS 29.562/PE, J. 09.11.2010 – Cf. MC no MS 29.562/PE, j . 09.11.2010, DI 16.11.2010; MC no MS 29.575/DF, j .09.11.2010, D 1 16.11.2010; M C no MS 29.493/DF, j. 09.11.2010, DI 16.11.2010; M C no MS 29.573/DF, j . 09.11.2010, DI 16.11.2010; MC no MS 29.575/DF, j. 09.11.2010, DI 16.11.2010; MC no MS 29.426/DF, j. 04.11.2010, DI 10.11.2010; MC no MS 28.963/DF, j. 21.10.2010, DI 27.10.2010; MC no MS 29.158/DF, j. 20.10.2010, DI 27.10.2010.*

Houve também críticas a essa postura do Supremo, vez que, para alguns, ao entender inaplicável o normativo da Lei 9784/99 quando de situações de inconstitucionalidade, configurou-se uma contrariedade aos objetivos do próprio legislador, que estabeleceu a disposição justamente para proteger as expectativas legítimas do cidadãos ante situações de contrariedade a dispositivos expressos da Constituição mas em favor da proteção da confiança legítima.⁹⁰

Os julgados mencionados no presente no presente item demonstram que a proteção da confiança tem sido levada em consideração pela jurisprudência brasileira com relação à estabilização de atos administrativos viciados de ilegalidade ou inconstitucionalidade, embora, ainda se considere necessário implementar ainda mais a aplicação do princípio. No que toca, entretanto, à extensão da proteção da confiança à função legislativa, ponto central do presente estudo, a jurisprudência se mostra bastante tímida, no que é acompanhada pela produção doutrinária, praticamente inexistente.

⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Proteção da Confiança Legítima na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. Ano 2, Vol. 7, abr/2014. Coordenação Geral: Marçal Justen Filho.

1.3 Proteção da Confiança Legítima – Aplicabilidade a Atos estatais emanados de quaisquer dos Poderes?

Conforme antes explicitado, o princípio da proteção da confiança legítima nasceu como um limite à atuação estatal na seara dos atos administrativos de efeitos concretos, na esteira da paradigmática decisão da Justiça Alemã que privilegiou a proteção da confiança da viúva pensionista do servidor, mesmo diante da constatação da falta de requisitos legais para a concessão do benefício.

Não há como se deixar de reconhecer que a confiança é pressuposto necessário à regular atuação do Estado, em todas as suas esferas. É necessário proteger a confiança que o particular depositou na validade ou na continuidade dos efeitos dos atos estatais, para proceder às suas escolhas de vida, sejam tais atos válidos ou inválidos, em quaisquer formas de manifestação estatal.

Entretanto, não é qualquer confiança do particular passível de proteção pelo Direito. É necessário que a confiança que o indivíduo colocou no ato estatal tenha relevância e se revista de alguns requisitos para que possa a confiança ser considerada *legítima*. Não é, por exemplo, possível que um cidadão venha a requerer o reconhecimento de uma expectativa baseada em situação ilegal, para a qual contribuiu que acontecesse, acaso tenha inequívoca ciência da desconformidade.

Nessa linha, Ávila elenca alguns requisitos para que seja configurada a proteção da confiança legítima, sem os quais não há que se falar em confiança a ser tutelada, que seriam: a) uma base para a existência da confiança; b) a confiança em tal base; c) o exercício da referida confiança na base que a gerou, bem como a d) frustração da confiança por ato posterior e contraditório do Estado.⁹¹

Vê-se que um dos elementos imprescindíveis à configuração da confiança cuja frustração mereça tutela do sistema jurídico é, dessa forma, o *ato posterior e contraditório do Poder Público* capaz de frustrar a confiança do particular, bem como o anterior exercício, pelo cidadão de atos baseados na confiança, para exercer sua liberdade de escolhas.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica... p. 375.

Afigura-se, então, que não há, a princípio, razão para que a possibilidade de frustração da confiança seja adstrita a manifestação estatal advinda de atos administrativos, com exclusão de atos advindos dos Poderes Judiciário e Legislativo, embora se possa admitir que a confiança gerada por atos de cada um dos poderes se dê em forma e intensidade distinta.

Com efeito, embora seja mais visível que o ato administrativo de natureza concreta, diretamente relacionado ao cidadão, tenha o condão de ferir expectativas, inegável que o ato judicial, bem como o ato legislativo ostentam, de forma diferenciada esse mesmo potencial: as denominadas “viradas jurisprudenciais”, bem como as mudanças legislativas drásticas e abruptas interferem na calculabilidade dos particulares no que toca ao significado jurídico de seus atos.

Nesse diapasão, Judith Martins-Costa entende a confiança legítima como previsibilidade dos cidadãos das consequências jurídicas de determinadas condutas, dirigindo-se tanto à lei, como a um ato administrativo ou decisão judicial. Assim sendo, as noções de confiabilidade e de calculabilidade são atribuídas a cada uma dessas manifestações estatais.⁹²

Importante ter em conta que a proteção da confiança como exigência de boa-fé, ética e moralidade nas relações do Estado com os particulares tem especial relevo em um momento histórico que testemunha a transformação das relações do Estado com os particulares, que passou de estágio de subordinação e sujeição para um estágio marcado pela complementariedade e colaboração.⁹³

Segundo Tarso Genro, o Estado Democrático de Direito teve como fundamento a separação entre legalidade e ética social, essencial para o seu processo de formação do século XX, mas que teve como resultado o positivismo legalista, na separação entre Estado e Sociedade, bem como na existência de separação nítida do Direito Público, para um grupo de relações - do Direito Privado, para outros grupos. Tal estado de coisas somente veio a ser modificado posteriormene, com a afirmação de direitos subjetivos oponíveis ao Estado, sendo que somente no final do século que se tornou mais nítida a possibilidade de que as relações do

⁹² MARTINS COSTA, Judith. A Re-significação do princípio da segurança jurídica..., p.151.

⁹³ Idem. p. 152.

Estado com seus cidadãos pudessem assumir formas distintas das clássicas relações de sujeição e de subordinação, tais como de colaboração.⁹⁴

Nesse diapasão, a concretização do Estado social de direito demandou uma mudança no paradigma da relação do Estado com seus cidadãos. “Transformou-se a relação estado/súdito pela ideia de colaboração entre ambos, e o paradigma da obediência pelo da cooperação”⁹⁵, visto que, “a ideia de confiança adquire um especial valor e, portanto, sua proteção serve também ao desenvolvimento, sem fricções, do Estado Social de Direito e à adequada relação entre os poderes do Estado.”⁹⁶

Vê-se que o princípio da boa-fé, de forma clássica atinente às relações privadas, vai perpassando-se para o âmbito público, à medida que o Estado vai tendo cada vez mais seu papel exercido em regime de colaboração com entidades, organizações e pessoas da sociedade civil. No dizer de Martins-Costa:

Crescem em tamanho e em importância, as zonas intermediárias entre o “núcleo duro” do exclusivo interesse individual (representado pelo princípio da autonomia privada) e o do exclusivo interesse estatal (representado pelo princípio da supremacia do interesse público.). E, progressivamente, se vão tornando visíveis os esforços, legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, para aproximar Estado e ética social.⁹⁷

Tal visão configura como antes dito, uma mudança nos paradigmas que sempre orientaram a relação da Administração com os particulares, a qual, por longas datas, pautou-se pela observância da legalidade em detrimento da ética e da moral. A ótica denominada “legalista” dominou, inclusive, o período ditatorial de fechamento político brasileiro.⁹⁸

Nessa linha, o Estado contemporâneo observa a necessidade de incremento na proteção da confiança que deve nortear as relações com seus cidadãos, fazendo-se cada vez mais comum o apelo à proteção da confiança para dar equilíbrio aos princípios da legalidade e

⁹⁴ GENRO, Tarso. A relação da Administração Pública com a sociedade, in ANAIS do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Porto Alegre, 1998, p. 57.

⁹⁵ CASTILLO BLANCO, Federico: La protección de la confianza en el Derecho Administrativo, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 114.

⁹⁶ Idem, Ibidem, p. 114.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança (...). p. 235.

⁹⁸ Idem, p. 231.

da segurança típicos do Estado de Direito⁹⁹, ora apontados como insuficientes ante os problemas atuais.

Nessa linha, a proteção da confiança do Estado de Direito ligava-se à ideia da previsibilidade e certeza das manifestações estatais, dentro de um contexto de limitação da atividade administrativa, estabilidade da produção normativa, bem como a ideia de separação entre sociedade e Estado, cujas relações seriam constituídas em um modelo de sujeição e de subordinação.¹⁰⁰

Embora pareçam óbvias nos dias atuais as razões de segurança jurídica que levam à necessidade de ponderação deste valor com a Supremacia da Constituição, o pensamento clássico dominante durante um longo tempo foi o de que a norma ou ato viciado de inconstitucionalidade deveria ter sua anulação decretada *ex tunc*, sendo extirpada do ordenamento jurídico desde o seu nascedouro.

Oportuno ressaltar-se o célebre voto vencido proferido pelo então Ministro Leitão de Abreu, do Supremo Tribunal Federal, inovador no sentido de que entendeu por uma necessidade de ponderação entre a tutela da boa-fé e a legalidade. Nesse sentido, entendeu o ex-ministro que deveria apurar-se o grau de retroatividade de decisões declaratórias de inconstitucionalidade, ante a possibilidade de prejudicar o particular que supôs a legitimidade do ato e, “fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.¹⁰¹

Acerca do tradicional embate existente entre segurança jurídica e legalidade, pilares do Estado de Direito, manifestou-se Gilmar Ferreira Mendes¹⁰² no sentido de que, “No âmbito do Direito Administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a Administração impedida de rever o ato ilegítimo, por força do princípio da segurança jurídica”. Menciona, também, o magistério de Hans Uwe Erichsen, para quem,

O princípio da legalidade na esfera Administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de Direito. Esse princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (*Rechtssicherheit und Rechtsfriedens*) do qual se extrai a ideia da proteção à confiança.

⁹⁹ ALFONSO, Luciano Parejo. Prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: la protección... p.158.

¹⁰⁰ Idem, Ibidem

¹⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 79.343/BA*. Relator: ABREU, João Leitão de. j. 31.05.1977.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva:1996, p.261.

Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada para o caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular (Hans-Uwe Erichsen e Wolfgang Martens. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6a. ed. Berlim-Nova York, p.240)

Dessa forma, quando o Estado age em determinado sentido, faz nascer no cidadão uma confiança que é objeto de proteção do sistema jurídico. Considera-se que o comportamento estatal inspira no particular a crença da sua definitividade, fazendo com que ele programe sua atuação de acordo com este ato, que calcule as consequências jurídicas de sua conduta de acordo com a manifestação do Estado.

Nesse sentido, Miguel Reale critica a ideia segundo a qual a supremacia do Estado sobre o particular brinde o ente estatal de um poder-dever ilimitado de autotutela, ao considerar que a inércia da Administração permitiu a consolidação de situações revestidas de forte aparência de legalidade, o que acarretou nos particulares a convicção da legitimidade da situação.¹⁰³

Então, o tempo de duração do ato estatal, aliado a outros componentes, configura importante elemento para aferir-se o grau de confiança que alguém depositou na estabilidade do ato, ainda que não se verifique prazo decadencial para seu desfazimento ou revogação. Tal ideia motivou a disposição contida no art. 100 do Código Tributário Nacional, segundo o qual são afastadas penalidades e os juros quando o particular demonstra confiar na reiteração da prática administrativa.¹⁰⁴

Considerando ser o tempo um dos fatores passíveis de provocar no particular um estado de confiança, o Legislador brasileiro positivou a norma constante do art. 54 da Lei de Processo Administrativo Federal, a qual constitui um ponto de inflexão concretizador da segurança jurídica, ao impedir a Administração de desfazer atos ampliativos viciados, desde que transcorrido certo lapso temporal e se verifique a boa-fé do terceiro interessado. Tal norte veio a desconstituir a clássica ideia de ter a nulidade no Direito Público como decorrência única e inescapável a declaração de nulidade *ex tunc*.¹⁰⁵

¹⁰³ REALE, Miguel. Revogação e Anulamento do ato administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 86.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica... p. 398.

¹⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica... p.16.

Então o que deve ser avaliado, em se tratando de proteção da confiança legítima, é se o comportamento estatal fez nascer no particular a expectativa da legitimidade, da duração do ato e de ele configurar uma diretriz para sua conduta, configurando limite ao seu desfazimento por parte do agente público. No dizer de Shoenberg¹⁰⁶:

A liberdade de uma autoridade pública agir no interesse público é limitada na medida em que cause dano a particulares. Se uma autoridade pública induziu uma pessoa a confiar em seus argumentos ou em sua conduta, compreendendo-se que tal confiança era uma possibilidade real, ela está sob um dever *prima facie* de agir de modo que a confiança não seja danosa ao administrado.

Embora um dever de não agir de forma contraditória (*venire contra factum proprium*) e de não provocar desconfiança do particular em relação ao Poder Público vincule a atuação estatal em qualquer dos três Poderes constituídos, parece estar mais assentado na doutrina e jurisprudência brasileiras a proteção à segurança jurídica subjetivada como um limite à atuação do Administrador Público, para proteger os cidadãos diante do poder estatal de desfazer atos que apresentem eventuais desconformidades com normas legais.

Dessa forma, coloca-se a problemática questão da proteção da confiança legítima diante atos de caráter legislativo, os quais, por sua própria essência, são mutáveis em razão das contingências sociais. A questão central do presente estudo é perquirir até que ponto o cidadão pode contar com a proteção do Judiciário brasileiro, na hipótese de atos legislativos lesionarem suas legítimas expectativas, bem como se tal estado de coisas é consentâneo com a concepção moderna de proteção da confiança, como princípio decorrente do Estado de Direito.

¹⁰⁶ SCHONBERG, Soren. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 10.

1.4 Conclusões Parciais

A segurança jurídica é princípio decorrente do Estado de Direito e, para alguns, elemento constitutivo da noção do próprio Direito. Teve seu nascedouro muito relacionado à regularidade formal de atos administrativos, bem como ao princípio da Legalidade, no sentido da primazia da conformidade legal dos atos estatais.

Entretanto, por diversas razões, dentre elas, o aumento das atividades desempenhadas pelo Estado de bem-estar social, a modificação da configuração das relações Estado-Cidadão, de um estágio de subordinação, para um estágio de coordenação, o princípio da segurança jurídica evoluiu para abarcar também a importância seu aspecto subjetivo, consubstanciado na proteção à confiança legítima.

Dessa forma, trata-se a proteção da confiança legítima de princípio ainda em vias de desenvolvimento, estando mais cristalizada sua aceção quando se trata de proteger particulares em relação ao desfazimento de atos administrativos eivados de vícios de legalidade e de constitucionalidade.

Entretanto, ante a ampliação do papel do Estado na vida dos cidadãos, questiona-se acerca da possibilidade de outras manifestações estatais, ademais daquelas inerentes à atividade administrativa, serem passíveis de proteção via Judiciário, da confiança que fazem nascer nos particulares quanto à sua estabilidade. Nessa linha, vê-se que mudanças de orientações jurisprudenciais já consolidadas por longo período de tempo têm o condão de lesionar a confiança dos interessados nas manifestações do Estado. Da mesma forma, questiona-se se alterações abruptas de regimes jurídicos, podem causar consequências nefastas às relações dos cidadãos com o Estado, a despeito do caráter de dinamicidade de que se revestem os atos legislativos.

Em suma, trata-se de pensar a ampliação da proteção da confiança em se tratando de atos estatais, em quaisquer de suas áreas e atuações, por se tratar de pressuposto da relação do Estado com seus cidadãos, com efeitos benéficos para a subsistência do Estado e da paz social.

2 DIREITO ADQUIRIDO, INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

2.1 A posição consolidada do Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1988, seguindo a tradição das outras Cartas, à exceção da de 1937, alçou o direito adquirido à categoria dos direitos e garantias fundamentais, dispondo categoricamente no inciso XXXV do art. 5º que a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹⁰⁷

A seu turno, a Lei de introdução ao Código Civil conceituou o instituto no artigo 6º, § 2º, da seguinte forma: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem”.

Por se tratar de instituto constitucional conceituado em legislação infraconstitucional, já houve questionamentos no tocante à competência para decidir causas que versem sobre direito adquirido, ante a competência do Superior Tribunal de Justiça para zelar pela aplicação de lei Federal¹⁰⁸. A controvérsia foi definitivamente resolvida no julgamento do Recurso Extraordinário 226.855¹⁰⁹, no qual o Supremo deixou assentado que questões relativas a direito adquirido ostentam índole puramente constitucional, tendo em conta a impossibilidade de a Constituição ser interpretada com base em lei ordinária¹¹⁰.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado... Barroso assinala que a garantia do direito adquirido, para a maioria dos países, consta de legislação ordinária, ao contrário do Brasil, ao tempo em que cita o comentário do ex-Ministro Moreira Alves (Direito Adquirido, FA, 15:579, 2002, p. 581): “O que é certo é que se também não tivesse sede constitucional seria uma tragédia; nos países do sistema legal as leis a que se dá efeito retroativo são relativamente raras, e aqui no Brasil, apesar do princípio constitucional, o que sucede é exatamente o contrário. Daí a razão pela qual uma multidão de questões surge a todo momento com referência a este problema de direito intertemporal no que diz respeito a ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada”.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional..., p. 263.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 226.855, Relator: ALVES, José Carlos Moreira, publicado no Diário de Justiça de 12 de setembro de 2000.

¹¹⁰ Dessa forma, o Ministro Moreira Alves se manifestou no sentido de que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil teria apenas explicitado conceitos já existentes na Constituição, vez que “o nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional”.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento também externou o seu pensamento com uma crítica à posição de Limongi França, no sentido de remeter ao legislador ordinário a definição do direito adquirido, de estatura constitucional, vez que considerou que “de nada valeria a garantia da irretroatividade em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, se o conceito de tais institutos independesse da construção constitucional e tivesse sua eficácia confiada à definição que lhes desse o legislador ordinário”, advertindo que, em muitas ocasiões, ou quase de forma exclusiva, a garantia do direito adquirido se volta contra a atuação do legislador ordinário.

Considerado como um dos freios à atividade inovadora legislativa, o direito adquirido guarda íntima relação com o objeto do presente trabalho. O direito adquirido é uma das fórmulas encontradas pelo sistema jurídico para proteger o destinatário das leis no tocante a suas alterações posteriores.

Entretanto, apesar da importância do instituto, reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal Federal como de magnitude constitucional, consolidou-se o pensamento na doutrina e nas decisões judiciais brasileiras, de não ser o direito adquirido argumento capaz de oferecer subsistência a situações individuais diante de alteração substancial em regimes jurídicos ou estatutos jurídicos.

Neste diapasão, Gilmar Mendes esclarece que, para Savigny, existiam duas espécies de leis: uma relativa à *aquisição* dos direitos, outra concernente à *existência* de direitos, sendo que as primeiras estavam submetidas ao princípio da irretroatividade, ao passo que as da segunda espécie “não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade)”.¹¹¹

Nesse sentido, Roubier ressaltava, utilizando-se do exemplo das leis que aboliram a escravidão ou os direitos feudais, que tais normas puderam ser aplicadas a situações preexistentes, sem que fossem consideradas retroativas. Nesses termos, para ele, “pouco importava o modo de aquisição do direito: o que a lei censurava era o regime jurídico do

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional... p. 372.

escravo, o conteúdo do direito feudal”. Dessa forma, na opinião do doutrinador, a lei, nessas situações, atingia as situações já constituídas, sem, no entanto, revestir-se de retroatividade.¹¹²

Então, com apoio na doutrina que entendia que o direito adquirido não garantia o titular de direito no tocante à sua existência futura em norma jurídica, firmou-se o entendimento de que “a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinados institutos jurídicos”.¹¹³

Segundo a linha da impossibilidade de alegar-se direito adquirido à imutabilidade de institutos jurídicos¹¹⁴, o STF de longa data sendimentou a posição da inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Podem-se visualizar, já em decisões dos anos 1906 e 1907, conforme se depreende do caso ACi 1.297/Capital, Murtinho, 1907. União v. Tenente Astrogildo de Figueiredo, de relatoria do Ministro Epitácio Pessoa¹¹⁵:

O Segundo-Tenente Astrogildo Marques de Figueiredo alega que foi promovido a esse posto em 3 de novembro de 1894, ao tempo em que vigorava o Decreto 1.351, de 7 de fevereiro de 1891, segundo o qual (art. 5º, parágrafo único), enquanto existissem alferes de infantaria ou cavalaria sem o respectivo curso, as vagas de tenente seriam preenchidas por antiguidade, 2/3 por esses subalternos e 1/3 pelos que tivessem o curso; que a Lei 1.348, de 12 de julho de 1905, modificou essa proporção, estabelecendo que as promoções passariam a ser metade por antiguidade absoluta e metade por estudos, que por efeito desta lei já houve seis promoções por estudos e apenas quatro por antiguidade; que, sendo o quinto ao tempo em que se promulgou a Lei 1.348, teria sido promovido, se esta não houvesse revogado o Decreto 1.351, que, portanto, esta lei feriu com (sic) seu direito adquirido, isto é, o direito de ser promovido segundo a lei vigente ao tempo em que fora promovido a alferes. Pede, à vista do exposto, que a União seja condenada a pagar-lhe a etapa e a gratificação de primeiro-tenente, desde a data em que pelo Decreto 1.351 lhe cabia a promoção, até ser efetivamente promovido.

¹¹² ROUBIER, Paul. Le droit transitorie, 2. Ed., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. Cit. p.215.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional... p. 375.

¹¹⁴ Cabe ressaltar, por oportuno, o entendimento do STF consolidado pela Súmula 170 – “E resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”, que pôs fim à controvérsia suscitada acerca da resgatabilidade das enfiteuses constituídas antes do Código Civil de 1916, gravadas com cláusulas de perpetuidade.

¹¹⁵ NOLETO, Mauro Almeida. Memória Jurisprudencial – Ministro Epitácio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, disponível na internet: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Epitacio_Pessoa.pdf. Acesso em 15.04.2015.

Ao decidir sobre o caso, o Ministro Epitácio Pessoa argumentou que o requerente pretendia ver inalteradas as condições existentes à época em que iniciou sua carreira nas Forças Armadas, o que, no seu entender configuraria uma paralização da atividade do Estado no tocante à própria segurança interna e externa do ente estatal. No que toca ao poder estatal de alterar regramentos jurídicos, o Relator assim se manifestou:

(...) Levado às suas legítimas consequências, este princípio significa que o simples ato de verificar praça no Exército suspende desde logo a Constituição da República, na parte em que confere ao Congresso Nacional a atribuição de legislar sobre a organização da força armada (art. 34, 17), de suprimir empregos públicos (25) e de estatuir as condições de capacidade especial para o acesso às funções militares (art.73); (...)

Com o passar dos anos, sucederam-se decisões do Supremo no mesmo sentido. Com efeito, em julgado de 1951, a Corte afirmava que podia o Estado reduzir remunerações de servidores públicos, com exceção dos Juízes que gozavam da proteção em sede constitucional. Fundamentava tal entendimento a natureza da relação do funcionário ser institucional, não protegida, segundo essa acepção, pelo Direito adquirido, o que levava à conclusão de não deter a classe a garantia da irredutibilidade remuneratória.¹¹⁶

A linha de entendimento manifestada pelo Supremo quanto ao assunto seguiu ininterrupta, sendo que se observou um recrudescimento do pensamento por ocasião da ditadura militar iniciada em 1964¹¹⁷, chegando a Corte a afirmar, baseado na ausência de direito adquirido a regime jurídico que a supressão de aumentos futuros por lei nova não contrariava a Constituição vigente.¹¹⁸ Ressalte-se, no mesmo diapasão, decisão em que a criação de novas exigências legais mais danosas para o interessado, também estava desprotegida ao argumento do axioma. É da Lavra do Ministro Moreira Alves, a decisão emblemática do pensamento da Corte, segundo a qual:

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 15530/BA, rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJU de 30/08/1951, p. 8104.

¹¹⁷ HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Tese de doutorado: Direito Adquirido a Regime Jurídico: confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal da Bahia no ano de 2012, p. 75.

¹¹⁸ Referindo farta jurisprudência sobre o tema do período contemporâneo das Constituições de 1967 e 1969, e no particular o Agravo de Instrumento nº 71.244/SP, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, julgado em 07/10/1977, FRANÇA, R. Limongi. Direito adquirido, Série Jurisprudência Brasileira, Vol. 83, Curitiba : Juruá, 1984, p. 126/127.

Direito Adquirido. Tempo de serviço Público para efeito de enquadramento criado por lei nova. Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o que implica dizer que pode a lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, estabelecer exigência, quanto ao tempo de serviço exigido para a obtenção desse direito, que não observe o regime jurídico anterior no tocante ao âmbito de extensão da eficácia dos diferentes componentes que, pela lei antiga, integravam o tempo de serviço público para todos os efeitos das leis então existentes. Recurso Extraordinário não conhecido.¹¹⁹

Pesquisas em repositórios jurisprudenciais denotam a manutenção do pensamento da Corte já sob a égide da Carta de 1988, sendo a posição exaustivamente repetida, no sentido de que não cabe ao particular invocar direito adquirido a manutenção de regimes jurídicos.¹²⁰ Oportuno mencionar, pelo vulto dos julgados, as decisões acerca da URP (Plano Bresser), nas quais as decisões se deram segundo a orientação da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, com claros prejuízos a quem quer que se encontrasse inserido em relações estatutárias.¹²¹

Com base em pesquisas da jurisprudência mais recente do Supremo, constata-se à evidência que a tese de que não cabe a particular pretender direito adquirido a regime jurídico continua inabalável, funcionando, quase que como um axioma¹²². Dessa forma, constata-se a longevidade do entendimento, o qual é assimilado sem maiores discussões, a

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99.522/PR, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 20/05/1983, p. 7059.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.683/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 13/03/1992, p. 2927.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.213/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU de 23/04/1993, p. 6923.

¹²¹ Por todos: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Decreto-Lei n. 2.425/88. URP de abril e maio de 1988. Reajuste. Direito adquirido. Inconstitucionalidade. O Plenário da Corte, ao apreciar a questão do reajuste previsto no Decreto-Lei 2.335/87, reiterou o entendimento de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei. Em se tratando de norma de aplicação imediata, esta não alcança vencimentos já pagos, ou devidos "pro labore facto". Inconstitucionalidade inexistente. Decreto-Lei n. 2.425/88 que, suspendendo o pagamento da URP prevista em Decreto-Lei precedente, entra em vigência em 8 de abril de 1988. Existência de contraprestação de serviço. Direito adquirido ao reajuste referente aos dias já efetivamente prestados. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido.” - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 136.886/DF, rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, DJU de 30/09/1994, p. 26171. 17

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 850918-ES. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 13 de novembro de 2015; Acórdão no Recurso Extraordinário 905076, Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 14 de dezembro de 2015; Acórdão no Recurso Extraordinário 489518, Relator: BARROSO, Luís Roberto. Publicado no Diário de Justiça de 08 de outubro de 2015; Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3711, Relator: FUX, Luís, publicado no Diário de Justiça de 24 de Agosto de 2015.

despeito da complexidade que o tema desperta, na prática, ante o próprio instituto do direito adquirido e do princípio da proteção da confiança.

Afigura-se então que os Tribunais pátrios têm seguido mediante o entendimento consolidado da inoponibilidade de direito adquirido a regime jurídico, a tendência de negar proteção aos cidadãos em face de alterações normativas que lhes modifiquem ou extingam situações particulares já consolidadas ou em vias de aquisição. Tal situação é preocupante, dente outras razões, tendo em conta a profusão de leis nos tempos atuais.¹²³

Cabe ressaltar as reiteradas alterações legislativas na relação dos servidores públicos com o Estado, às quais se tornaram cada vez mais constantes, ante as recorrentes “reformas administrativas”, que, no mais das vezes, têm o objetivo precípua de diminuir os gastos com a folha de pessoal mediante supressão de vantagens e direitos. Tais alterações são levadas a cabo, em algumas hipóteses, com desconsideração de direitos adquiridos dos servidores, ou, no mínimo, desprovidos de cuidados com a proteção da confiança legítima dos particulares envolvidos.

Vê-se, dessa forma, que a aplicação do argumento basilar de não ser oponível direito adquirido a regime jurídico, nega direitos subjetivos que poderiam receber uma proteção mais ampla mediante uma análise nos casos concretos, quanto à adequada proteção que o princípio da segurança jurídica subjetivada deveria ser merecedor.

¹²³ Vide Nota 35.

2.2 Direito Adquirido – Dificuldades conceituais e relação com a proteção da confiança legítima

Embora relevantes os argumentos em que se funda a posição firmada do Judiciário, no sentido de não ser possível alegar-se direito adquirido a regime jurídico, observam-se consideráveis problemas decorrentes da indiscriminada e acrítica aplicação de tal orientação, os quais reclamam reflexões. Visualisa-se das decisões judiciais a nota uníssona, quase de natureza meramente reprodutiva do pensamento consolidado, que pode levar à desconsideração de direitos individuais conquistados ou em vias de aquisição, em muitas circunstâncias, mediante o seu exercício por um longo lapso temporal.

Um dos principais motivos para a longevidade do postulado é o fato inegável de que o interesse público goza de supremacia frente ao particular. Dessa forma, caberia ao Estado sopesar os interesses em jogo e decidir, mediante os critérios do Poder Legislativo acerca da conveniência de revogar ou modificar legislações, desde que o interesse da coletividade tenha proeminência.

Além do que, impossível ignorar-se que o caráter dinâmico das necessidades sociais faz com que o Poder Legislativo se adapte mediante as mudanças necessárias para os fins coletivos. Nessa toada, o interesse do particular na manutenção da posição mais vantajosa constante da legislação revogada deveria ceder ante o interesse coletivo na alteração legislativa, de adaptação da ordem normativa às demandas das necessidades sociais.

Nesse sentido, o instituto do direito adquirido, que configura uma proteção do particular ante disposições da lei nova que lhe sejam menos benéficas do que a legislação revogada, ou como garantia contra a retroatividade normativa, não se presta a paralisar a inovação legislativa do Estado. Daí, à primeira vista assoma-se a obviedade do pensamento segundo o qual ao particular não é dado arguir direito adquirido a regime jurídico.

O fato de o ordenamento jurídico ostentar natureza dinâmica, e configurar expressão do poder estatal, leva ao pensamento de que se deve atender, no que toca a alterações normativas, antes de tudo, aos interesses da coletividade. Daí porque, no sopesamento de direitos individuais e interesses do Estado expressos mediante inovações

legislativas, haveria que se dar preferência a estes últimos. Segundo esta linha de raciocínio, descabido pretender o cidadão a garantia da continuidade de dado regramento jurídico.

Entretanto, esse entendimento consolidado não tem o condão de por fim a inúmeras controvérsias decorrentes de mudanças legislativas e proteção de direitos subjetivos. Isso porque, conforme será demonstrado, persistem muitos equívocos e perplexidades dos exatos limites do direito adquirido, bem como da possibilidade de, ainda que diante de alterações em regimes jurídicos, serem preservadas situações individuais configuradoras de direitos adquiridos, sob pena do esvaziamento do alcance do próprio instituto.

Para Paulo Modesto, a orientação dominante quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico não constitui óbice ao respeito aos direitos adquiridos decorrentes de dado regime jurídico. Nessa linha, para o autor, tal orientação “específica quanto ao tema da revisão do regime jurídico do servidor público, não impede a consolidação de vantagens ou a formação de direitos adquiridos frente a inovações legislativas na relação do servidor com o Estado”¹²⁴.

Dessa feita, não há como menosprezar o sentido próprio do direito adquirido, cuja finalidade é a “possibilidade de se extrair efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente vigente”, bem como o entendimento segundo o qual “aquele que continuaria a gozar dos efeitos de uma norma pretérita mesmo depois de já ter sido ela revogada. Implica o direito subjetivo de fazer valer um direito, cujo conteúdo encontra-se revogado pela lei nova”.¹²⁵ Afigura-se, dessa forma a possibilidade de reconhecimento de direitos adquiridos gerados a partir de regime jurídicos já derogados, possibilidade essa que pode ser negada pelo argumento solidificado de que inexistente direito adquirido a regime jurídico.

Luís Roberto Barroso adverte sobre a necessidade de maiores esclarecimentos acerca do regime jurídico ou regime legal que, para ele, designa “um espaço, no qual, segundo a doutrina e, em especial, a jurisprudência, não há direito adquirido”. Entretanto, segundo o

¹²⁴ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Direito Adquirido. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 8, novembro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-PAULO-MODESTO.pdf. Acesso em: 17.09.2015.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretado. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193/199.

Professor Fluminense, o regime jurídico não afasta a possibilidade de que sejam adquiridos direitos, ainda que se trate de relações normatizadas por um regime jurídico, visto que a prerrogativa de o ente estatal modificar de forma unilateral as condições do vínculo “não poderia ter o condão de afastar a proteção constitucional conferida às situações já aperfeiçoadas segundo as exigências do direito então vigente”.¹²⁶

No mesmo sentido leciona Adércio Leite, da intangibilidade de situações já constituídas quando das alterações em regimes jurídicos, visto que “se os elementos fáticos da previsão normativa irromperam ao tempo e modo, a disciplina de potência se converteu em uma dimensão subjetivada da ordem jurídica que não pode ser afetada.”¹²⁷

Então, assoma-se a possibilidade de que, em algumas hipóteses, o argumento da inexistência de direito adquirido a regime jurídico possa ser falacioso, quando utilizado para negar verdadeiros direitos adquiridos no interior de regimes jurídicos revogados. O fato de o particular não pretender a perpetuidade de dado regramento normativo não lhe pode retirar a faculdade de já ter o direito garantido, adquirido no interior do regime jurídico substituído pela lei nova.

Outro ponto importante da questão atinente à impossibilidade de alegar-se direito adquirido diante de inovações legislativas é a dificuldade conceitual do instituto, a despeito da definição constante do § 6º do artigo 2º da Lei 3.238/57. Embora a definição legal se afigure sintética, parece que se evidencia sua insuficiência, ainda que se lhe tome a guisa de ponto de partida, no tocante a solução dos problemas relativos ao tema.¹²⁸

Há diversas versões para o instituto do direito adquirido, o qual já era objeto de estudo no século XIX, por Savigny, que o diferenciava da mera expectativa de direito. A seu turno, Barroso, destaca as distintas versões históricas para o direito adquirido, ressaltando Gabba – consequência de um fato idôneo para a sua produção e que foi incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.¹²⁹ Para o constitucionalista, conquanto reconheça ter

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado... p. 151/153.

¹²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito Adquirido e Expectativa de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 93.

¹²⁸ FRANÇA, Limongi. A irretroatividade da lei e o Direito Adquirido..., p. 213.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3 ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52.

o direito adquirido sido objeto de atenção dos estudiosos clássicos, entende que não lograram os doutos desvendar “as complexidades e perplexidades de sua aplicação aos casos concretos.”¹³⁰

Trata-se de instituto que, apesar da antiguidade, vem tendo seus limites talhados contemporaneamente, mediante as construções que demandam os casos concretos da atualidade. Conforme antes demonstrado, persiste considerável controvérsia quanto aos contornos do direito adquirido, objeto de estudo de Gabba, que sobre ele se debruçou nos seus quatro volumes.¹³¹

A grande dificuldade de conceituação e delimitação do instituto do direito adquirido é fator que desaconselha seja ele o principal vetor para garantir uma adequada proteção do cidadão ante as alterações legislativas. Moreira Alves aduziu que os institutos da coisa julgada e do ato jurídico perfeito são noções que não apresentam grande dificuldade, o mesmo não se podendo afirmar no tocante ao direito adquirido. Assim se pronunciou o ex-ministro:

(...) é que os conceitos de ato jurídico perfeito, e de coisa julgada são conceitos singelos, não há dúvida alguma de que ato jurídico perfeito é aquele cuja celebração, portanto, cujo aperfeiçoamento já se deu no passado. E a coisa julgada é a decisão judicial da qual não cabe mais recurso.

O problema vai situar-se na conceituação de direito adquirido. E aí se pergunta o que é direito adquirido? Ora, já houve quem dissesse, corretamente, que todo direito existente é direito adquirido.¹³²

Nessa mesma toada, Luís Roberto Barroso afirma que, em se tratando de direito adquirido, embora o assunto tenha recebido a atenção de diversos doutos, estes não lograram

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o Direito Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 89, n.323, jul./set. 1993, p. 86.

¹³¹ ALVES, José Carlos Moreira. Conferência proferida no dia 29 de novembro de 2.000 no Simpósio de Advocacia Pública, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal em Brasília DF.2000. Pronunciou-se na ocasião, no sentido de que: “Ora, aqui evidentemente o que há é negativa de vigência ou não aplicação de norma legal. Não tem nada que ver com o art. 5º, XXXVI da Constituição que diz respeito a direito adquirido, mas o direito adquirido na sua concepção para efeito de direito intertemporal, ou seja, para efeito da verificação de que, realmente, um direito foi adquirido em face da lei antiga e de alguma forma é alterado ou violado em virtude da lei nova. E mais ainda, não basta apenas dizer que se trata de um direito que se adquiriu. É preciso que se vá um pouco além. Daí a razão pela qual, quando nós consideramos o conceito de direito adquirido em face de um direito intertemporal, em geral nos socorremos da definição que dá Gabba, que é o grande autor sobre direito intertemporal, cuja complexidade é tamanha que apesar de ter escrito quatro volumes a respeito, todas as vezes que nós temos um problema mais grave, lemos os quatro volumes e não encontramos solução.”

¹³² Idem, Ibidem.

desvendar de forma satisfatória as dificuldades práticas de sua aplicação, ou “as complexidades e perplexidades de sua aplicação aos casos concretos”¹³³.

Adicione-se à enorme complexidade conceitual, o fato de, no dizer de Barroso, a Constituição mais se assemelhar a um periódico, apesar de vocacionada para a permanência, tendo em vista a ânsia dos sucessivos governantes de dar-lhe contornos “à sua imagem e semelhança”.¹³⁴ A remanescer o entendimento peremptório de não ser possível adquirir direito à imutabilidade de regime jurídico, despido tal entendimento de outras opções para garantir uma efetiva proteção do particular ante a voracidade legislativa que lhes subtrai direitos conquistados à proporção das mudanças de governantes, restará um cenário em que a desconfiança dos cidadãos, a insegurança diante do poder estatal seja uma constante.

Observam-se consideráveis controvérsias no que toca ao exato momento em que um direito passa a ser adquirido, ou seja, definitivamente incorporado ao patrimônio de seu titular.¹³⁵ Tal é a complexidade do tema que os dois principais estudiosos do tema, Gabba e Roubier, tinham entendimentos opostos sobre, por exemplo, os efeitos de uma norma sobre fatos que constituem somente desdobramento de outros que eram normatizados pela regra já revogada.

Afigura-se patente que, apesar de sua longevidade, persistem embates doutrinários, perplexidades e contradições relativas ao instituto do direito adquirido, o que faz com que, embora inegável sua importância, observe-se uma insuficiência do seu âmbito de proteção no que toca à proteção de expectativas legítimas. Há inúmeras dúvidas relevantes que assomam nos conflitos relacionados às relações de direito público às quais o direito adquirido não tem condições de oferecer solução satisfatória.

Diante da complexidade que advém das alterações legislativas, Limongi França¹³⁶ manifestou entendimento segundo o qual em relação à matéria do direito adquirido “muitos problemas a ela atinentes ficarão por solucionar”. Para o doutrinador, a impossibilidade de a construção do direito adquirido oferecer resposta a todas as questões que se apresentem se

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. A Crise econômica e o Direito Constitucional..., p.86.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. A segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo. Op.cit. p. 53.

¹³⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener. O princípio da proteção da confiança..., p. 68.

¹³⁶ FRANÇA, Limongi. A irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido..., p. 178.

deve à imaturidade de alguns de seus aspectos, bem como em razão do fato de, “efetivamente, aspectos outros só se poderem resolver *in casu*.”¹³⁷

Nessa mesma linha de pensamento, importantes doutrinadores constitucionais, dentre eles, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, manifestam-se no sentido de que “a doutrina do direito adquirido não preserva as posições pessoais contra as alterações estatutárias, as revisões ou até mesmo a supressão de institutos jurídicos”.¹³⁸ Parece evidenciar-se, então, uma insuficiência do direito adquirido como elemento estabilizador das legítimas expectativas dos cidadãos diante do poder de inovação legislativa do Estado.

¹³⁷ FRANÇA, Limongi. A irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido..., p. 178.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional... p. 393.

2.3 – A proteção da Confiança ante a incidência imediata das normas

Além do problema exposto no tópico anterior, consistente na possibilidade de direitos adquiridos serem efetivamente negados diante da sólida construção segundo a qual não se podem opor direitos adquiridos a regime jurídico, afigura-se outro a ele relacionado e não menos relevante, consistente na possibilidade de ocorrerem desconsideração da confiança legítima dos particulares, a partir da alteração em regime jurídico levada a efeito de modo drástico e/ou brusco.

Embora, como antes exposto, o cidadão não deva pretender a perenização de regimes jurídicos, espera-se do ordenamento jurídico que seja um elemento estabilizador das condutas, de forma que as pessoas tenham previsibilidade das consequências jurídicas de seus atos. Beatrice Weber-Düller, citada por Schuenquener aduz que “não se deve obstar a proteção de uma expectativa nos casos de mudança legislativa, sob o argumento de que o particular sempre deverá contar com essas alterações”.¹³⁹

Ao estabelecer-se sumariamente ser descabida a invocação de direito adquirido a regime jurídico, o que se está a expressar é que a lei nova tenha efeitos imediatos sobre fatos ou comportamentos tanto futuros, quanto iniciados sob a égide da antiga norma, embora ainda não concluídos. Tal estado de coisas faz com que o Direito não cumpra a sua função de guiar o comportamento dos particulares, levando-os a desacreditar na estabilidade do direito e na sua função de regular as condutas, a fim de que se saiba de antemão quais serão os resultados jurídicos decorrentes do seu comportamento.

Nessa linha, o princípio da proteção da confiança constitui uma alternativa onde não se possa opor o direito adquirido, ante o exercício do poder normativo do Estado, o qual, em muitas ocasiões interfere de forma prejudicial na confiança que os atos estatais deveriam despertar nos cidadãos.

Nesse sentido, é inegável que regimes jurídicos que perduraram por longo lapso temporal faz com que seus destinatários tenham a expectativa na continuidade das normas reguladoras de seus comportamentos. Ademais disso, quando há as relações que se iniciaram

¹³⁹ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança..., p. 172.

sob a égide da legislação revogada e que passam automaticamente a ser disciplinadas pelo novo normativo, vislumbra-se certo grau de retroatividade normativa.

Quando a lei tem incidência imediata, passa a regular as condutas e fatos do presente que podem ou não ser decorrências do passado. Discorrendo acerca dos limites de tal situação, a qual nomina de retroatividade imprópria, Hartmurt Maurer assevera que tal espécie de retroatividade “deve ser, igualmente, aferida pelo princípio da proteção à confiança”, embora assevere que a retroatividade imprópria era considerada, originalmente, pelo tribunal constitucional alemão, em regra admissível, e só por exceção inadmissível, em contrapartida à retroatividade própria.¹⁴⁰

Apesar de ser a retroatividade imprópria originalmente admitida pela Justiça Alemã, asseverou Hartmurt Maurer que o esquema até então adotado para pensar a retroatividade imprópria na dicotomia possível-impossível se mostrou muito rígida, sendo mais apropriado pensar em “uma continuidade de validez por graus ou expiratória, do direito até agora para os casos antigos, na abolição por graus de vantagens, na preparação de alternativa ou na concessão de indenização.”¹⁴¹

Embora as leis tenham eficácia imediata, via de regra, há a necessidade de conferir-se alguma proteção às relações jurídicas constituídas sob a vigência da norma antiga. No entender de Limongi França, “ao exurgimento da lei nova, a lei antiga já criou relações jurídicas de tal natureza, que se impõe a permanência destas, apesar da vigência do diploma revogador”.¹⁴² Isso se faz particularmente importante no que se referem a relações, atos ou fatos que se iniciaram sob a vigência da norma revogada, mas cuja completude somente se dará quando da entrada em vigor de lei nova.

Tais normas de efeitos imediatos, também denominadas de *normas retrospectivas*¹⁴³, seriam aquelas que produzem efeitos para o futuro, mas em relação a fatos passados, ou iniciados no passado, embora ainda não consumados, ou seja, não enquadráveis nos conceitos de ato jurídico perfeito ou direito adquirido. O problema reside justamente no fato de o particular não poder regular sua conduta por uma norma que ainda não existe, mas

¹⁴⁰ MAURER, Hartmurt. Elementos de Direito Administrativo..., p.79-80.

¹⁴¹ Idem, p.79-80.

¹⁴² FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido... .p.247.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica... p. 425.

sofrer as consequências jurídicas daquela conduta ocorrida quando da validade da norma derogada, ante o advento da lei nova.

Com a regulação de comportamentos pretéritos pela norma nova, o indivíduo se vê surpreendido pela atuação estatal, afetando a confiança e a credibilidade que deveria emanar da ordem jurídica. Trata-se a retroatividade de elemento danoso à confiança que deveria inspirar o Direito, que leva ao engano o cidadão que acredita na existência de determinada norma reguladora de seu comportamento e a partir dela baseia suas atitudes.

Sabe-se que a irretroatividade normativa é um dos mais importantes elementos garantidores da segurança jurídica. Entretanto, embora por disposição constitucional a lei não alcance o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, há situações outras, não abarcadas por estes institutos, em que o particular se vê às voltas com condutas suas pretéritas reguladas pelas disposições normativas inovadoras.

Quanto ao assunto, o ex-ministro Moreira Alves¹⁴⁴ se posicionou no sentido de que o nosso sistema, apesar de pregar a irretroatividade das leis, em regra, “na realidade, pelo menos na aparência, o princípio é justamente o inverso. É o princípio da retroatividade, porque diz a Constituição que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada.”. Afigura-se, então, que a regra é a retroatividade, pois, no dizer do Ministro, “não havendo um desses três freios, é possível ser retroativa a lei.”¹⁴⁵

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente quanto à inexistência de um princípio da irretroatividade como postulado absoluto, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605¹⁴⁶, conforme parte da ementa a seguir:

O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao “status libertatis” da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) Ao “status subjectionais” do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, A) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXVI).

Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo.

¹⁴⁴ Vide Nota 120.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 605. Relator: MELLO, Celso de. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 de março de 2002.

As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade.

A proteção da confiança legítima se encontra ligada à previsibilidade e confiabilidade dos atos emanados do Estado. Nesse sentido, inegável a conexão que se verifica entre a confiança dos particulares e a eficácia da lei nova em relação à lei antiga, ou seja, à forma como o Estado regula o conflito de leis no tempo.

Com efeito, quando se fala em proteção da confiança no que respeita à validade normativa, esta validade é “no tempo”, não se trata de questionar a validade da norma quanto ao seu conteúdo, mas sim ao seu momento de entrada em vigor. Trata-se de uma forma de limitação da conveniência e oportunidade de o Estado inovar na área legislativa, sendo a proteção da confiança uma forma de reduzir a discricionariedade do poder público quanto à escolha do momento de determinar os efeitos da norma, em atenção à proteção da confiança que normalmente as disposições legais acarretam nos particulares.

Dessa forma, um dos objetivos mais fundamentais de qualquer ordem jurídica é justamente propiciar segurança para que os cidadãos guiem suas condutas, já sabendo de antemão quais serão as consequências dos seus atos para o Direito. Nesse sentido, vez que a proteção da confiança é ligada com a temporalidade da norma, ou quando esta passará a ser obrigatória para os particulares, é imprescindível que se faça uma análise da questão da retroatividade normativa.

Vislumbra-se que o princípio da confiança – no sentido de constituir manifestação subjetiva e temporal de segurança jurídica, ostenta, no tocante aos atos legislativos, um campo de aplicação similar ao princípio da irretroatividade, sendo este, a seu turno, manifestação básica de segurança jurídica vista pelo ângulo objetivo, e, cuja aplicação, portanto, prescinde da valoração das circunstâncias concretas dos interessados. Sob este ponto de vista, o princípio da confiança, por atuar sob uma perspectiva subjetiva, constitui uma espécie de incremento das defesas do princípio da irretroatividade ante o poder normativo, a qual, no

entanto, dependerá da apreciação dos elementos concretos que envolvem o caso¹⁴⁷, bem como do tipo de retroatividade das normas a que se refere.

Em primeira mão, importante ressaltar que os países latino-americanos e europeus, em geral, não obrigam à irretroatividade em matéria civil.¹⁴⁸ Ao discorrer sobre a inegável influência do direito luso no caso brasileiro, Limongi França manifesta-se, ao contrário de Moreira Alves, no sentido de que a regra, para o direito brasileiro, é a irretroatividade normativa. Com efeito, para o doutrinador, “a constante interferência das leis novas nas relações entabuladas no regime da lei antiga geraria a mais abstrusa instabilidade jurídica, incompatível com a segurança que, ao contrário, o Direito deve propiciar aos cidadãos.”¹⁴⁹

Ressalte-se que, na opinião de França, o fato de os países europeus e latino-americanos não adotarem, como regra, a irretroatividade normativa simboliza um atraso quanto à evolução jurídico-política da matéria, cuja causa o autor atribui à marcante influência dos diplomas da Revolução Francesa, bem como ao Código de Napoleão. Nessa linha, tais sistemas jurídicos ao não consagrarem constitucionalmente, de forma expressa, a irretroatividade normativa, assim atuam de por razões de ordem muito mais política que jurídica.¹⁵⁰

Se a consagração da irretroatividade é elogiada por alguns juristas, outros consideram que há vantagens e desvantagens em estabelecer-se a irretroatividade em sede constitucional. A vantagem consistiria em conferir-se maior segurança jurídica aos administrados, sendo a desvantagem, para Serpa Lopes, principalmente nos países estáveis, no fato de ser “incontestável que situações existem em que o princípio da irretroatividade precisaria ceder o passo a reformas legislativas de impressionante necessidade ao interesse público”, concluindo no sentido de que “nos países onde houver a verdadeira compreensão democrática, o sentido perfeito do que é justo, melhor seria que o princípio da irretroatividade não figurasse como cânon constitucional.”¹⁵¹

Nessa linha, o instituto do direito adquirido constitui a clássica proteção à retroatividade normativa. Ou seja, irretroatividade não necessariamente significa que a lei não

¹⁴⁷ RUBIALEZ, Iñigo Sanz. El Principio de Confianza legítima, limitador del poder normativo comunitário. Revista de Derecho Comunitário Europeo. Año nº 4, nº 7, 2000, págs. 91-122, Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=195296>, acesso em 27.07.2015. p.109.

¹⁴⁸ FRANÇA, Limongi. A irretroatividade da lei e o Direito Adquirido... Op. Cit. p. 184.

¹⁴⁹ FRANÇA, Limongi. Op. Cit. p.3.

¹⁵⁰ Idem, p.187.

¹⁵¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil I, Freitas Bastos. p. 193.

será aplicada em nenhuma hipótese a casos pretéritos ou pendentes, mas tão-somente que terá como limite o próprio direito adquirido. Nesse sentido, no magistério de Rui Barbosa, as únicas leis que seriam inconstitucionalmente retroativas seriam aquelas que atingissem o direito adquirido.¹⁵²

Duas principais doutrinas se prestam a definir a retroatividade normativa: direito adquirido (teoria subjetiva) e fato passado ou fato realizado (teoria objetiva). Segundo o magistério de João Baptista Machado¹⁵³, o direito adquirido considera que uma norma é revestida de retroatividade apenas se viola direitos já constituídos, ou adquiridos, ao passo que, para a doutrina do fato passado ou realizado, a norma poderia ser considerada retroativa se pudesse ser aplicada a fatos passados antes da sua entrada em vigor. Em síntese, a lei nova deveria respeitar os direitos adquiridos, para a primeira doutrina; para a segunda, a lei nova não deveria ser aplicada a fatos passados, nem aos seus efeitos, somente se aplicando a fatos futuros.

Não restam dúvidas de que o sistema jurídico brasileiro adotou a teoria subjetiva do direito adquirido, segundo o qual não é retroativa a norma que possa ser aplicado a fatos ou condutas iniciados no passado, a não ser nas hipóteses expressamente vedadas pela Constituição. Tal entendimento foi externado por Moreira Alves, em passagem do seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 493¹⁵⁴:

“Por fim, há de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934, e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de ROUBIER. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tendo em vista que a Constituição de 1937 não continha preceito da vedação da aplicação da lei nova em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, modificando a anterior promulgada com o Código Civil, seguiu em parte a teoria de ROUBIER, e admitiu que a lei nova, desde que expressa nesse sentido, pudesse retroagir. Com efeito, o artigo 6º rezava: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”. Com o retorno, na Constituição de 1946, do princípio da irretroatividade no tocante ao direito adquirido, o texto da nova Lei de Introdução se tornou parcialmente incompatível com ela, razão por que a Lei no 3.238/57 o alterou para reintroduzir nesse artigo 6º a regra tradicional em nosso direito de que “a lei em vigor terá efeito

¹⁵² BARBOSA, Rui. Parecer, in *Trabalhos do Senado*, v. I, Rio de Janeiro, 1902. p.107.

¹⁵³ MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador...* p. 232.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 493. Relator: ALVES, José Carlos Moreira. Diário da Justiça Eletrônico, 04 de setembro de 1992.

imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Como as soluções, em matéria de direito intertemporal, nem sempre são coincidentes, conforme a teoria adotada, e não sendo, a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva de ROUBIER, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por estes usados para resolver as diferentes questões de direito intertemporal".

A princípio, vez que o Supremo deixou assentado que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria subjetiva dos direitos adquiridos para proteger os particulares da retroatividade das normas, resta perquirir se ao aplicar-se a fatos ou comportamentos passados, a legislação inovadora acaba por lesionar legítimas expectativas dos envolvidos.

Nesse sentido, oportuno analisar o princípio da irretroatividade tributária, nos termos do artigo 150, III, "a" da Constituição Federal, segundo o qual a norma tributária somente é retroativa se começar a produzir efeitos antes – mesmo que seja um único dia – da ocorrência do fato gerador. Tal disposição afigura-se bastante ilustrativa do problema que cerca a questão da normatização de leis relativas a fatos ou condutas passados.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar mudanças em parâmetros contributivos no meio do exercício para se iniciar no próprio exercício, manifestou-se no sentido da não configuração de retroatividade, vez que a ocorrência do fato gerador somente se dá ao final do exercício. Em outra ocasião, a Corte entendeu não restar ferida a irretroatividade ante o aumento da alíquota do Imposto de Importação que se deu antes do desembaraço aduaneiro da mercadoria, visto ser este o momento do fato gerador.¹⁵⁵

Tais decisões ilustram que a despeito de não se estar diante de uma lesão a direito adquirido ou ato jurídico perfeito, nem de desobediência à regra da irretroatividade tributária, tais circunstâncias ostentam o condão de interferir na calculabilidade do cidadão dos efeitos jurídicos do seu comportamento, bem como na confiabilidade que as pessoas devem ter nos atos estatais. Haveria que se fazer, na hipótese, uma ponderação da irretroatividade nos termos constitucionais com o princípio da proteção da confiança legítima, a fim de que pudessem ser balanceados os dois valores constitucionais.

¹⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo de Instrumento AI 635394 / SP - SÃO PAULO, Relatora: Min. Gracie, Ellen. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 29 de Junho de 2010.

Para Humberto Ávila, vislumbra-se uma espécie de retroatividade da norma caso ela estabeleça “consequências posteriores mais gravosas, comparativamente ao regramento anterior, para um ato de disposição da liberdade e da propriedade praticado antes de sua edição, desvalorizando-o, ainda que parcialmente”.¹⁵⁶ Vê-se que a lei que atinge condutas passadas, ainda que não concluídas, atribuindo a elas consequências que os indivíduos não poderiam contar é passível de atingir a confiança legítima, muito embora não possam ser arguidos ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido.

Quando o particular se conduz de forma a dispor da sua liberdade e de seu patrimônio em determinado sentido, conta com a regulação normativa existente à época de sua conduta, por não se lhe afigurar qualquer outro guia passível de prever qual será a resposta do Direito aos seus atos. Quando a nova lei vem e lhe impõe um custo maior do que aquele com o qual contava, observa-se uma desestruturação da confiabilidade objetiva e subjetiva dos particulares nos atos estatais.

Se o cidadão não se sente seguro para atuar segundo as normas postas, ou se ao fazê-lo, vem a ser surpreendido posteriormente com consequências jurídicas mais gravosas do que aquelas previstas pelas leis contemporâneas à sua atuação, verifica-se um desrespeito por parte do estado da liberdade do particular. Liberdade de agir, de dispor do seu tempo e dos seus bens, considerando os parâmetros legais de atuação. Nesse sentido, diz Cretella Júnior que: “Além do exercício da liberdade, o Estado de Direito brasileiro assegura, constitucionalmente, ao indivíduo condições de liberdade. De que adiantaria a liberdade, sem possibilidades reais e tranquilas de exercê-la?”¹⁵⁷.

No tocante à aplicação de normas jurídicas em relação a fatos em curso, Patrícia Baptista¹⁵⁸ opina que:

Se não se pode negar ao Poder Público a faculdade de alterar ou revogar a normas com efeito para o futuro, o mesmo não se pode dizer quando as novas regras tenham como propósito ou efeito alcançar fatos pretéritos ou mesmo situações jurídicas em curso. Aqui entra em cena o problema da retroatividade das normas jurídicas.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica... p. 438.

¹⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição, 1988, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, I. P. 97.

¹⁵⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo... p. 3.

No dizer de Ferraz Júnior, quando se proíbe a retroatividade, o que se pretende é vedar que se altere o sentido normativo de um evento passado, impedindo sua modificação por arbítrio de um ato do presente.¹⁵⁹ Nesse sentido, inovações legislativas que alterem requisitos necessários à fruição de direitos que foram previstos em norma revogada, mas que não contavam à época da alteração com todos os requisitos necessários não podem configurar direitos adquiridos, mas geram nos particulares expectativas que merecem ser protegidas pelo ordenamento jurídico.

Trata-se, então, da calculabilidade dos particulares perante as normas jurídicas, imprescindível para a configuração de um estado de confiança, a seu turno, inseparável da noção do Estado de Direito. Nesse sentido, Canotilho leciona:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que a seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previsto ou calculados com base nessas mesmas normas.¹⁶⁰

De igual modo, Humberto Ávila entende que “quando os atos praticados não tiverem sido concluídos de acordo com a previsão legal, a manutenção das situações passadas depende da protetividade da confiança (...).”¹⁶¹ E não poderia ser diferente. Por questões de equidade, uma situação que começou quando da validade da legislação passada, desenvolveu-se e aperfeiçoou-se quase totalmente antes do início de norma modificadora, não pode ter o mesmo tratamento dado àquela que somente veio a iniciar-se ao advento da nova lei.

Nesse sentido, a posição demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado em certa medida inflexível: a Corte não reconhece a retroatividade de normas que alterem as consequências de circunstâncias nas quais falem requisitos de atos ou fatos de acordo com a legislação vigente do momento da prática do ato ou ocorrência do fato. Dessa forma, afigura-se um *deficit* na proteção da confiança, que não tem sido considerado pela

¹⁵⁹ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Anterioridade e irretroatividade no campo tributário*, RDDT 56, p. 125, São Paulo, 2001.

¹⁶⁰ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 371/373.

¹⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...* p.449.

Corte quando se trata de demandas originadas de alterações em regime jurídico, ao qual é uma constante o pensamento de inexistir direito adquirido a regime jurídico.

Ou seja, o STF não tem considerado, nessas hipóteses, a quebra da confiança ocasionada por mudanças normativas que incidem sobre relações jurídicas iniciadas no passado. Ilustra tal assertiva, o entendimento consolidado de que o tempo para computar a aposentadoria se rege no momento da concessão do benefício¹⁶². Isso significa dizer que se a lei muda de forma brusca e drástica o tempo necessário para a concessão da aposentadoria, por exemplo, de 30 para 45 anos de efetivo exercício e a particular conta com 29 anos quando da inovação legislativa, tal período será regido pela nova norma, diante do entendimento da Corte e da vigência imediata da lei, a qual incide sobre os *facta pendentia*, nas relações institucionais.

Oportuno mencionar, nessa linha, a decisão do STF no julgamento do Mandado de Segurança 26.646-DF¹⁶³, em que foi requerido que o tempo de serviço público fosse regulado pela lei vigente à época da prestação do serviço, no caso a Emenda Constitucional 20/98, cujo § 3º do artigo 8ª previa o acréscimo de 17% na contagem de tempo de serviço exercido até sua publicação, para determinada categoria. Entretanto, a emenda Constitucional 41/2003 revogou tal disposição. Os Impetrantes requereram, então, que fosse computado o acréscimo de dezessete por cento no tempo do serviço prestado no *período de vigência* da Emenda 20/98.

A ordem foi denegada, ao argumento de que “é o momento em que preenchidos os requisitos para a aposentadoria que define a legislação que será aplicada ao caso, não cabendo falar-se em direito adquirido a regime jurídico anterior ao tempo em que preenchidos tais requisitos.”. Vê-se do teor da decisão que a principal justificativa a embasá-la é a jurisprudência reiterada da Corte. Ademais, não se enfrentou a questão da proteção da confiança legítima, vez que em uma parcela do tempo exercido, os requerentes realmente acreditaram que incidiria o adicional do tempo de serviço, nos termos previstos pela legislação vigente à época.

¹⁶² Diversos Julgados do STF podem ser colacionados nesse sentido:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 3.104, Relatora: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 9/11/2007; Acórdão no RE 671.628-AgR, Relator: FUX, Luiz, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 16/5/2012; Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 744.672, Relator: TOFFOLI, Dias, publica no Diário de Justiça Eletrônico de 3/9/2013.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança 26646-DF, Relator: FUX, Luiz Diário da Justiça Eletrônico, 29 de maio de 2015.

Tal decisão da Corte Constitucional interessa ao objeto do presente estudo, por refletir orientação geral da cúpula do Judiciário, no sentido de considerar inviável ao particular requerer direitos em vista de derrogação de regimes jurídicos. Nesse caso em particular, terminou por conferir-se efeito retroativo à Emenda Constitucional 41/03, que passou a regular os fatos anteriores à sua vigência consistentes no tempo de serviço considerado para contagem de aposentadoria. Embora os impetrantes não pudessem pretender a manutenção para o futuro da Emenda 20/98, afigura-se consentâneo com a proteção da confiança que o tempo de serviço prestado sob a legislação anterior fosse por ela regulada em todos os sentidos, inclusive com o mencionado acréscimo previsto pelo § 3º do artigo 8º.

A decisão do STF neste caso, embora clássica no sentido de permitir que a disposição nova regule os fatos e comportamentos em curso, ou seja, não totalmente consolidados segundo a normatização anterior, os quais são regulados pela nova norma, vai de encontro à moderna concepção da proteção da confiança, no sentido de assegurar ao cidadão a certeza, previsibilidade e calculabilidade dos seus atos frente ao direito.

Tais alterações de regimes são comuns no que toca a regras previdenciárias. A esse respeito, calha trazer à colação o magistério de Adércio Leite:

Tem-se entendido que até o instante em que o trabalhador não reunir todos os requisitos exigidos para a aposentação, ele goza apenas de mera expectativa de direito. Que falte um mês para completar seu tempo de serviço ou de contribuição, viverá de esperança, não de proventos. Há incidência imediata de nova disciplina previdenciária, sem capacidade de retroagir no tempo, mas capaz de impedir uma aposentadoria que, antes, seria em breve. Agora, um talvez indefinido. O rigor dessa tese realça como uma fórmula dogmática de direito intertemporal pode trazer injustiça concreta. Princípios funcionais como o da eficiência não sustentam a derrogação, na hipótese, do princípio da confiança. Há em jogo uma fideiússa ínsita à validade de um contrato muito mais importante do que a quase totalidade dos contratos, porque é uma espécie de acordo entre gerações. Que consideração a atual geração teve com a passada para garantir que no futuro se possa contar com a mesma ou pior consideração? Quem pode acreditar no futuro e numa velhice digna, princípio igualmente constitucional, se as regras do jogo mudam com o jogo e constantemente? (...) O que está em jogo é muito mais do que vínculos previdenciários; é o próprio sentimento ou patrimônio constitucional, base de toda a arquitetura social e política, base de todo o futuro de parceria comunitária.¹⁶⁴

¹⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 341.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello opina que “fatos pretéritos, mas que se encartam em situações ainda em curso, podem e devem ser tratados de maneira a se lhes reconhecer a significação jurídica que tiveram em face da regra precedente, sem com isto afrontar-se a regra nova ou negar-lhe imediata vigência”¹⁶⁵. Ou seja, deveria ser obedecida uma proporcionalidade do tempo já transcorrido, necessário ao exercício do direito, em relação ao tempo necessário frente à nova norma. No exemplo dado, o tempo já transcorrido antes da entrada em vigor da Emenda 41/03 poderia ser contabilizado com o percentual adicional previsto por ela, relativa ao tempo em que teve eficácia, para que os interessados contassem com o benefício proporcional da regra.

Em consonância com esse entendimento, manifestou-se Limongi França¹⁶⁶, que “Se existe prazo em andamento quando da promulgação da lei nova, é válido o tempo já decorrido de acordo com a lei antiga. Entretanto, se a lei nova encurta o prazo, deve estabelecer-se uma proporção entre o lapso desta e o do antigo diploma.”. Tal noção parece ir ao encontro dos ideais da segurança jurídica, no sentido de que o cidadão tenha ciência de como atuar perante as normas do direito vigente à época da prática do ato ou do acontecimento do fato, sem ser surpreendido por eventual inovação do Estado, que termine por desacreditar o Direito e a estabilidade que lhe deveria ser inerente.

Entretanto, afigura-se uma tendência do Judiciário que, de forma geral, não considera o princípio da proteção da confiança legítima dos particulares diante de alterações normativas, aplicando de forma quase automática o axioma da inexistência de direito adquirido a regime jurídico a amparar-lhes a pretensão, como se não restasse qualquer outro argumento passível de ser ponderado com o poder estatal de inovar na ordem legislativa.

Com efeito, se ao interessado não foi dado calcular as consequências jurídicas dos seus atos, ante uma normatização vigente e eficaz à época dos fatos e se é surpreendido por alterações legislativas súbitas, inegável que a confiança legítima dos particulares restará lesionada. Ocasiona-se um estado de “desconfiança” dos cidadãos perante os atos estatais com efeitos deletérios para as relações destes com o Estado.

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Direito adquirido proporcional. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 36, 2001, p. 18.

¹⁶⁶ FRANÇA, Limongi. A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido..., p.69.

Para Norberto Bobbio¹⁶⁷, a certeza do ordenamento jurídico é vista como:

a determinação, de uma vez para sempre, dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um certo tipo de ato ou fato, de modo que o cidadão esteja apto a saber, com antecipação, as consequências da própria ação e de regular-se, consabidamente, de conformidade com as normas estabelecidas.

Constata-se, então, que não raro as modificações normativas, em diversas ocasiões, interferem em relações subjetivas já em curso de desenvolvimento sob o normativo revogado. Tal aspecto foi objeto de preocupação de Carlos Maximiliano¹⁶⁸, que se manifestou no sentido da inexistência de direito adquirido quanto a instituições ou institutos jurídicos, aplicando-se a eles, imediatamente tanto a lei abolutiva quanto a que muda a sua essência. No entanto, o doutrinador ressaltou que, às vezes, tendo em conta que os institutos atingidos pela nova regra envolvam certas vantagens patrimoniais, por equidade, o novo diploma deveria ressalvar ou indenizar.

Vê-se que embora reconheça que não se possa alegar direito adquirido como proteção da retroatividade em relação aos fatos pendentes, Maximiliano ressalva a possibilidade de o próprio legislador estabelecer compensações por eventuais perdas subjetivas de particulares diante das modificações. Tal colocação se alinha à recomendação de Savigny¹⁶⁹, para quem, nessas hipóteses, o problema seria de política legislativa, cabendo ao legislador estabelecer formas de compensação. Para ele, “A política e a economia política estarão plenamente satisfeitas, se a liquidação desses direitos se efetivasse pela via da reparação, sem privilegiar uma parte à custa de outra”.

Então, ao que parece, quando o próprio legislador não estabelece formas de preservação da confiança legítima dos cidadãos perante modificações legislativas, tais como normas de transições, compensações por perdas, dentre outras, o indivíduo se vê sem meios de reclamar os prejuízos advindos da desconsideração de suas legítimas expectativas. Assim, o que se defende é que a proteção da confiança constitua, também, um limite ao legislador, caso seja comprovado em circunstâncias concretas que determinada alteração legislativa de fato lesionou a confiança legítima de algum interessado.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Estudos para uma Teoria Geral do Direito. Torino, 1970, p. 26.

¹⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal. Op. cit., p. 62.

¹⁶⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Traité de Droit Romain, vol.8. Guenox, Charles ed. 1855, p. 526.

O princípio da proteção da confiança legítima ostenta uma aplicação mais ampla que o princípio da irretroatividade e o instituto do direito adquirido. Pode ser utilizado como argumento para invalidar ou impor responsabilidade estatal por normas validamente retroativas. Nesse diapasão, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão vem relativizando a distinção entre retroatividade autêntica e imprópria, esta última não vedada no ordenamento brasileiro, interpretando ambas as formas de retroatividade como derrogações do princípio geral do Estado de Direito consistente na proibição de retroatividade.¹⁷⁰

O que se observa, no entanto, é que quando o próprio legislador não estabelece formas de proteção às legítimas expectativas ou à proteção da confiança, há uma defesa, por dizer, “fraca” da jurisprudência brasileira no que toca a tutelar esses interesses jurídicos. Dessa forma, verifica-se uma insuficiência dos instrumentais anti-retroação constituídos pelo ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido como proteção da confiança legítima, que demandam um exame no caso concreto, a fim de aferir lesão à proteção da confiança dos particulares.

2.4 Conclusões Parciais

No que toca à retroatividade normativa, o nosso sistema jurídico-constitucional, embora se diga que a regra geral é a irretroatividade, no dizer do ex-ministro Moreira Alves, na verdade consagra a retroatividade, visto que, afora as hipóteses constitucionais do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, além de outras previstas constitucionalmente, não veda a retroatividade da lei.

Ademais, quando o sistema jurídico confere à norma, via de regra, o efeito imediato, isso significa que relações e condutas iniciadas quando da vigência da norma revogada, mas cujos efeitos somente venham a ser produzidos quando da entrada em vigor da lei nova, serão por estas últimas regidas.

Nesse sentido, diversas demandas oriundas das derrogações legais, têm sido decididas com base no entendimento consolidado de que “não há direito adquirido a regime jurídico”, posição que se espalha com diversas consequências nefastas à confiança que deve permear a relação do Estado com o cidadão, mormente quando se considera que a

¹⁷⁰RUBIALEZ, Iñigo Sanz. El principio de Confianza legítima (...) p. 108.

configuração moderna desta relação não é mais regida predominantemente pela subordinação, mas sim pela colaboração entre Estado e Sociedade.

Uma das questões problemáticas relativas à aplicação indiscriminada desse entendimento é a dificuldade conceitual do próprio instituto do direito adquirido, visto que perguntas permanecem sem solução no tocante ao exato momento em que um direito passa a integrar a esfera de proteção do cidadão, a despeito de vários brilhantes estudiosos terem se debruçado sobre o tema.

Sob este entendimento cristalizado, inexistente discussão, o que faz com que sejam deixados de lado outros argumentos relevantes que poderiam ser trazidos a lume nesta espécie de discussão. Daí a importância de pensar-se a segurança jurídica na sua acepção subjetivada como uma forma de proteger o cidadão de alterações legislativas com as quais não poderia razoavelmente contar à época de suas condutas.

3 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA – LIMITE AO ESTADO LEGISLADOR

3.1 Direitos em vias de aquisição – “meras” expectativas?

Conforme exposto nos capítulos anteriores, o princípio da segurança jurídica entendido na sua forma subjetivada, para abarcar a proteção da confiança legítima, teve seu nascedouro marcado por um direcionamento ao Estado-administração, configurando um limite para revogação ou anulamento de atos administrativos eivados de algum vício de legalidade.

Veja que a confiança legítima a ser protegida diante do ato de natureza administrativa se reveste de concretude, por se referir a um interesse de um indivíduo acerca de um bem da vida determinado que possa ser atingido pelo desfazimento do ato, afigura-se uma relativa facilidade na aferição da confiança, ao fazer-se um confronto dos elementos aceitos pela jurisprudência e elencados pela doutrina como capazes de fazerem nascer a confiança legítima, passível de ser protegida pelo sistema jurídico. Nessa linha, o ato administrativo benéfico ao cidadão constitui a base da confiança do indivíduo que exerce de fato esta confiança, a qual vem a ser frustrada por um ato estatal posterior em sentido contrário.

Por conta da necessidade de a confiança legítima ser estimada no caso em concreto, ao contrário da proteção da confiança em sentido objetivo – relativa à estabilidade do ordenamento jurídico em abstrato -, há vozes doutrinárias¹⁷¹ que não admitem que a lei, que se reveste de abstração, possa gerar tal confiança digna de ser protegida pelo Direito. No território nacional, tal pensamento encontra ressonância na máxima de que “não há direito adquirido a regime jurídico”, como exposto nos capítulos precedentes, mediante o qual se tem ignorado a possibilidade de serem considerados outros argumentos capazes de oferecer

¹⁷¹ Nesse sentido, CALMES, Sylvia. Du principe de Protection... p. 317: “Cidadãos cujos direitos não foram adquiridos não tem, em regra geral, nenhuma razão para contar com a duração de uma regulamentação, e não podem pretender, sob a base do princípio da proteção da confiança, um direito a um tratamento de exceção ilimitado no tempo; uma verdadeira vinculação para o futuro equivaleria, com efeito, a uma petrificação inadmissível da legislação. Assim, em razão de sua validade geral, as leis – como os regulamentos (...) – não comportam o compromisso de imutabilidade para o futuro.”

guarita aos cidadãos quando prejudicados por alterações legislativas que desatendam ao preceito constitucional da segurança jurídica na sua forma subjetiva.

Entretanto, pretende-se demonstrar que, embora de forma distinta das manifestações estatais na seara administrativa, as alterações legislativas são capazes de atingir consideravelmente, de forma negativa, a confiança dos particulares na atuação do Poder Público, demandado uma tutela do sistema jurídico, vez que não há como minimizar a importância da preservação da confiança para a ordem jurídica e, via de consequência, para a paz social.

Inegável que a confiança constitui pressuposto indispensável às relações tanto entre os particulares quanto entre estes e o Estado. Vislumbra-se, nesse sentido, que o princípio da proteção da confiança vincula e limita a atuação dos três Poderes - Executivo Judiciário e Legislativo. Para Shuenquener, por se tratar de princípio constitucional, a proteção da confiança se espalha por “todos os tipos de manifestação estatal” e que “cada um, à sua maneira, todos os poderes de uma república devem respeitar a confiança do particular”.¹⁷²

Embora tenha maior liberdade de atuação que o Administrador, cuja atividade só se dá nos termos predeterminados em lei anterior, tal não significa que o legislador possa utilizar sua prerrogativa de inovar o ordenamento jurídico livremente, sem considerar limites estabelecidos pelo texto constitucional, que servem de balizas também à atividade legislativa. Nessa linha, entende-se que o Constituinte previu limites à atuação do legislativo, dentre eles, o princípio da proteção da confiança legítima.

Importante ressaltar, ademais, circunstância citadas pela Professora Odete Medauar, em decorrência das quais se dá o tom da necessidade de assegurar-se a proteção da confiança dos particulares ante a atividade típica do Poder Legislativo: a insegurança jurídica provocada por uma persistente inflação legislativa, e, no caso brasileiro, o uso excessivo das medidas provisórias; a indeterminação dos termos da lei; a obscuridade na redação dos dispositivos; alterações repentinas das normas legais, ademais das constantes alterações em direitos de servidores públicos por meio de Emendas Constitucionais.¹⁷³

¹⁷² SHUENQUENER, Valter. Op. Cit. p. 165-166.

¹⁷³ MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima..., p. 118/119.

Vê-se que embora a lei seja considerada um dos principais instrumentos de segurança jurídica, por afigurar-se como a expressão formal dos anseios da sociedade na dicção dos seus representantes, a época atual presencia a possibilidade de que tal objetivo seja desvirtuado para acarretar ainda mais insegurança aos cidadãos, diante do ritmo vertiginoso de mudanças que contagia a atividade legislativa de nosso tempo¹⁷⁴. Tal estado de coisas justifica a necessidade de conferir-se maior ênfase à segurança jurídica, como uma forma de o cidadão resguardar-se do excesso de leis.

Tais circunstâncias passíveis de erodir a confiança dos indivíduos em relação ao ente estatal, somadas à já mencionada evolução das relações cidadão-estado de um estágio de subordinação para outro de colaboração, reclamam do Direito novas formas de proteger as expectativas legítimas, vez que se afigura indubitável a insuficiência dos instrumentais tradicionais empregados para esse fim.

Como dito por Shuenquener¹⁷⁵, o princípio da proteção da confiança legítima, sendo de estrutura constitucional, obriga a "todos os tipos de manifestação do poder" diante da existência de situações que não são abarcadas pelos meios objetivos de proteção do particular perante alterações ou derrogações de regimes jurídicos, bem como das dificuldades que se apresentam na definição conceitual do instituto do direito adquirido¹⁷⁶. Afigura-se a necessidade de desenvolvimento de meios outros de proteção dos cidadãos diante da inovação legislativa do Estado.

Nessa linha, a despeito do entendimento corrente no sentido de ser o direito adquirido a forma adequada para proteção dos particulares contra mudanças legislativas, vislumbra-se a insuficiência do instituto para proteger diversas situações em que se verifica a

¹⁷⁴ Com efeito, a hiper-produção legislativa é uma realidade comprovada. As Emendas Constitucionais já totalizam 90 (noventa), desde a promulgação da Carta de 1988, além das 06 (seis) emendas constitucionais de revisão (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm). Informe do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação - IBPT, publicado em 05 de outubro de 2015 (<https://www.ibpt.com.br/noticia/2272/Mais-de-700-normas-sao-editadas-diariamente-no-Brasil-desde-a-constituicao-de-88>), informa que desde 1988 até a data da publicação do estudo, editou-se mais de 5,2 milhões de normas, representando cerca de 764 regras por dia útil, entre leis, medidas provisórias, instruções normativas, emendas constitucionais, decretos, portarias, instruções normativas, atos declaratórios, dentre outros. Em se tratando de normas federais, foram editadas 161.582 normas desde a promulgação da Constituição Federal, o que representa cerca de 16,39 normas federais por dia ou 23,55 normas federais por dia útil.

¹⁷⁵ SHUENQUENER, VALTER. Op. Cit. p.47

¹⁷⁶ ROUBIER, Paul. Le Droit Transitoire. 2 edição. Paris: Dalloz, 1960. p.171. :"(...) Pode-se virar e desvirar esse conceito, segundo o qual os direitos adquiridos devem ser respeitados pelo legislador e daí não se tirará nada. Trata-se simplesmente de uma expressão: pois sob esse termo de direitos adquiridos se compreendem justamente os direitos que devem ser respeitados pelo legislador: trata-se de idem por idem!"

quebra da confiança legítima dos particulares. Nesse diapasão, manifestou-se o Min. Gilmar Mendes por ocasião do voto proferido na ADIn 3107¹⁷⁷ - da contribuição dos inativos, nos termos que a seguir se transcreve:

É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma ideia menos precisa e, por isso mesmo mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito.

Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des Vertrauens*). A ideia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico.

Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.

Vê-se que, diante da aptidão que mudanças radicais ou derrogações de regimes jurídicos usualmente ostentam para provocar abalo na confiança dos particulares, um dos meios eficazes para que tal não ocorra é o estabelecimento de cláusulas de transição. Isso porque, a despeito da impossibilidade de invocar-se direito adquirido a manutenção de situações jurídicas, não é dado ao legislador ignorar, agir com descaso, diante de situações constituídas, em muitos casos, por lapso temporal passível de provocar abalo na confiança dos cidadãos com seu abrupto desfazimento.

A teoria subjetiva do direito adquirido, adotada no Brasil¹⁷⁸, segundo a qual somente se reputa adquirido o direito para o qual já estavam preenchidas, em sua totalidade, as condições exigidas legalmente quando da entrada em vigor de nova norma, levada aos seus extremos, faz com que seja dado o mesmo tratamento tanto a situações em que o interessado

¹⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105. Relator: GRACIE, Ellen. Publicado no Diário de Justiça de Justiça de 18 de fevereiro de 2005.

¹⁷⁸ TEIXEIRA, Anderson. O Direito Adquirido e o Direito Intertemporal a Partir do Debate entre Roubier e Gabba. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 816, 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/62-artigos-ago-2008/5927-o-direito-adquirido-e-o-direito-intertemporal-a-partir-do-debate-entre-roubier-e-gabba>. Acesso em 14.11.2015, pp. 135-160. Nesse sentido, vale ressaltar que tanto a teoria subjetivista de Gabba quanto a objetivista de Roubier tiveram influência no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 manifestamente subjetivista, a LICC de 1942 seguido a trilha objetivista de Roubier, para, novamente, a vertente subjetivista se fazer notar com a edição da lei 3238 de 1957.

não chegou a adentrar em qualquer esfera fática de preenchimento das condições exigidas para adquirir o direito quanto a circunstâncias nas quais o interessado se encontra muito próximo de ser titular do direito.

A dicotomia direito adquirido-mera expectativa induz a simplificações que, em diversas ocasiões, não guardam correspondência com as complexidades das situações reais que se apresentam. Em muitos casos, verifica-se a necessidade de conferir proteção a diferentes etapas que compõem a aquisição de um direito. Nesse sentido, fala-se de duas fases que são distintas: a figura do direito expectado e da expectativa de direito. Para Limongi França, há que distinguir aquisição simples da aquisição complexa, sendo que, na primeira forma, direitos são auferidos em consequência de um elemento único – lei ou fato jurídico, ao passo que os direitos de aquisição complexa são vinculados à perfeição de elementos que são incorporados de modo sucessivo, por partes, ao patrimônio do titular.¹⁷⁹

Coerente com sua linha de pensamento, França entende que no caso de direitos de aquisição gradativa por decurso de tempo, exemplificando o caso do direito à aposentadoria, no caso de alterações supervenientes, deve-se aplicar a lei nova de forma imediata, porém resguardando o lapso já constituído, ao argumento de que “não se pode negar certa patrimonialidade relativa ao decurso de prazo, ainda que incompleta”.¹⁸⁰

Nessa mesma linha, entende Vilhena que a incorporação de direitos ao patrimônio jurídico de alguém pode ter “gradativa escalada de apresamento e fixação”, motivo pelo qual advoga que não existe um só tipo de expectativa de direito.¹⁸¹ Vê-se que, para essa corrente de pensamento, configura-se a necessidade de proteção de situações em curso de constituição, havendo que se consagrar uma dose de proteção aos direitos expectados, tendo em conta seu potencial patrimonial. Critica, dessa forma, a visão da doutrina tradicional que “esmaece toda a sua virtualidade eficaz na figura da simples expectativa e daí salta, como a um pólo oposto, para os chamados direitos adquiridos”¹⁸²

Segundo esta linha de raciocínio, constitui um equívoco tratar de forma idêntica diversas etapas de aquisição de direitos, vez que se verificam distintos graus na intensidade da

¹⁷⁹ FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido... p. 245-6.

¹⁸⁰ Idem, *Ibidem*.

¹⁸¹ VILHENA, P. E. R. Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.11-12

¹⁸² _____. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. Revista de Informação Legislativa, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan.-mar. 1971. p. 15.

espera ou da expectativa do direito. Dessa forma, o indivíduo calcaria diversos “degraus” que o levariam à condição de titular de todo o direito, havendo que se valorar, em algumas hipóteses, cada degrau de forma proporcional.

Assim, a *mera* expectativa, constitui a espera por um direito desprovido de intercalação de nenhum direito expectativo ou formativo, que representaria grau zero de incorporação do direito. Em outra mão, se entre o direito subjetivo a adquirir e o direito a ser adquirido há o exercício de uma pretensão, de uma ação do titular ou a ocorrência de algum fato, há já uma pretensão a ser tutela pelo direito.

Segundo essa conceituação, a expectativa de direito se dá nos casos em que ainda não se iniciou nenhuma etapa do suporte fático da regra que atribui o direito: “a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há”¹⁸³. Para Vilhena, difere-se a “mera” expectativa do direito e o direito expectado, o qual constitui expectativas acrescidas de determinado grau de segurança, inseridas em uma cadeia de relação jurídicas, sobretudo continuativas. De acordo com este pensamento, quem tem o direito expectado tem também a pretensão à consecução do direito pleno, motivo pelo qual já detém mecanismos de proteção desta pretensão.

De forma idêntica, Rafael Valim adverte que ao contrário dos países cêntricos¹⁸⁴, a doutrina nacional tem tratado o tema da segurança jurídica sob enfoque parcial e assimétrico, abordando-se aspectos particulares da segurança jurídica, ou mesmo “reduz-se este princípio aos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, sem tentativas de reconhecimento da dimensão total que o aludido princípio assume na ordem jurídica nacional”¹⁸⁵.

Não há como negar-se que, em se tratando de mudanças de regime jurídico, não é incomum ocorrerem verdadeiras lesões aos direitos individuais dos cidadãos, sem a ocorrência de cláusulas de transição ou de compensação. Isso porque determinados direitos em ciclo de formação despertam expectativas, a depender do quanto os interessados já

¹⁸³ VILHENA, P E. R. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. Revista de Informação Legislativa, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan.-mar. 1971. p.16.

¹⁸⁴ VALIM, Rafael. O princípio da Segurança Jurídica... p.16. (nota de rodapé) Relatórios do Conselho de Estado Francês de 1991 e 2006; Relatório do Conselho de Estado Espanhol de 1992; Relatório da Better Regulation Commission, de 2006, no Reino Unido; Relatórios da OCDE (Organização para a cooperação e Desenvolvimento Econômico.)

¹⁸⁵ Idem, p. 18.

despenderam de esforços na escalada em direção àqueles direitos. Nesse sentido, as expectativas despertadas pelos direitos em vias de aquisição, a depender da intensidade, da proximidade do titular da pretensão com o efetivo alcance do direito, devem ser protegidas por motivos idênticos aos que dão suporte ao direito adquirido: “a *fides* que se deve depositar nas leis vigentes; a importância da estabilidade das relações existentes; e a impossibilidade lógica da aplicação de um princípio contrário.”¹⁸⁶

A despeito de seu entendimento ser no sentido da irrelevância jurídica das expectativas de direitos, Limongi França chegou a admitir em casos muito específicos que certas expectativas eram dignas de proteção.¹⁸⁷ Segundo o pensamento do doutrinador, muito embora alterações institucionais sejam possíveis, ainda que revoguem disposições benéficas a particulares, a nova regra deve assegurar outra regra que garanta ao menos a aquisição proporcional do direito que foi objeto de revogação. O direito adquirido, apesar de sua inegável importância, constitui apenas uma das várias formas externas de proteção da confiança legítima, não esgota as possibilidades de proteção de expectativas.

Com efeito, regimes jurídicos vigentes tem – como deve ter - o condão de despertar nos cidadãos a confiança na sua validade e em certa duração de vigência. Como afirma Patrícia Baptista Ferreira, o princípio da proteção da confiança, embora originado como limite à revogação de atos administrativos, evoluiu para abarcar, também, as *promessas da Administração*.¹⁸⁸

Afigura-se evidente que o Estado, ao realizar suas atividades cria expectativas nos cidadãos que, embora não se enquadrem como direitos adquiridos, nem por isso deixam de merecer proteção. Segundo Maffini, o tradicional pensamento segundo o qual se protegem os direitos adquiridos e não as expectativas de direitos não pode mais ser encarado como verdade absoluta e incontestável, visto que a ordem constitucional atual deve proteger juridicamente algumas pretensões expectadas.¹⁸⁹

Não são poucos os doutrinadores que reclamam a possibilidade de proteger-se não apenas o direito adquirido, mas também as *expectativas de direitos*, desde que se vislumbre

¹⁸⁶ FRANÇA, Limongi. A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido..., p. 69.

¹⁸⁷ Idem, Ibidem, p. 504.

¹⁸⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima... p.86.

¹⁸⁹ MAFFINI, Rafael da Cás. Princípio Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor. Porto Alegre: 2005. p.17.

uma desconsideração de tal monta a ferir a proteção da confiança legítima. Nessa linha de pensamento, manifesta-se Rubiales:

Mesmo do ponto de vista subjetivo, a confiança legítima não se refere, em princípio, aos direitos adquiridos, embora pudessem ficar protegidos por aquela; vai além daqueles (incluindo-os na sua tutela), vez que pode alcançar as meras ‘expectativas jurídicas’ na estabilidade de uma determinada normativa, conforme reconheceu, oportunamente, o Tribunal de Luxemburgo: ‘nas esferas jurídicas onde uma instituição tenha feito surgir expectativas fundadas a qualquer operador econômico, este tem a possibilidade de invocar o princípio da proteção da confiança legítima’. Em suma, enquanto os direitos adquiridos são ‘intangíveis’ (e, claro, podem suscitar a confiança de seus titulares), a confiança legítima atinge também os direitos ‘em vias de constituição’ ainda ‘não adquiridos’, podendo entender - como tem feito alguns autores no âmbito anglo-saxão- essas expectativas legítimas como interesses (que não foram caracterizados tradicionalmente como direitos), ou como uma espécie de direito de propriedade fortemente limitado pelo interesse público.¹⁹⁰

Dessa forma, há que se considerar a relevância dos argumentos que apoiam que se proteja não apenas o direito adquirido, mas também as expectativas de direitos, desde que ocorra uma lesão que interfira na confiança do indivíduo. Cabe ao ente estatal cumprir suas promessas, essas externadas também por meio de regimes jurídicos, os quais despertam nos particulares, via de regra, expectativas futuras e os levam a planejar suas ações com base nelas.

Diante da insuficiência dos meios tradicionais de limitação à atividade legislativa - direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada - como instrumentos de proteção à retroatividade normativa, Shuenquener afirma que “isso faz com que a doutrina alemã

¹⁹⁰ RUBIALES, Iñigo Sanz. El Principio de Confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. Disponível em: <www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_007_091.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2015. p. 129. Original: Aun desde una óptica subjetiva, la confianza legítima no hace referencia, en principio, a los derechos adquiridos, aunque podrían quedar protegidos por aquélla; va más allá de aquéllos (incluyéndolos en su tutela), en cuanto puede alcanzar a las meras ‘expectativas jurídicas’ de los particulares en la estabilidad de una determinada normativa, tal y como lo reconoció, en su momento, el Tribunal de Luxemburgo: ‘cualquier operador económico al que una Institución haya hecho concebir esperanzas fundadas tiene la posibilidad de invocar el principio de protección de la confianza legítima’ En definitiva, mientras los derechos adquiridos son ‘intangibles’ (y, por supuesto, pueden legítimamente suscitar la confianza de sus titulares), la confianaza legítima alcanza también a los derechos “en vias de constitución”, todavía ‘no adquiridos’, pudiendo entender – como han hecho algunos autores en el ámbito anglosajón – estas expectativas legítimas como intereses (que como tales no han sido caracterizados tradicionalmente como derechos), o como una especie de derecho de propiedad fuertemente limitado por el interés público.

enxergue, inclusive, o princípio da proteção da confiança como algo mais amplo, como um gênero (Obergbergriff), do qual o instituto do direito adquirido seria parte (Teilbegriff).”¹⁹¹

Cabe ressaltar, no entanto, que direitos que já cumpriram seu ciclo de formação, os quais se classificam como direitos adquiridos, merecem uma tutela mais evidente que a expectativa que um particular tenha na continuidade de uma situação regulada por dado regime jurídico posteriormente revogado. O que não exclui a apuração do caso concreto, no que toca à confiança legítima, a qual, acaso configurada, deve ser digna de proteção.

Importante assinalar que, sendo a confiança legítima apenas apurável na análise do caso em concreto, faz-se necessária uma gradação caso a caso, a fim de ponderar este valor com outros bens constitucionais em jogo¹⁹². Ainda que diante de uma gradação, é relevante para o direito proteger justas expectativas, muito embora de forma menos contundente que aquela dispensada ao direito adquirido.

Observa-se, entretanto, na jurisprudência dos tribunais brasileiros que prevalece a tradicional dicotomia entre direito adquirido e mera expectativa de direito, o que faz com que se perenize uma igualdade de tratamento entre remotas expectativas futuras e situações praticamente consumadas por inteiro, vale dizer, quase idênticas a direitos adquiridos.¹⁹³

Embora descabido falar de um direito adquirido a imutabilidade de regime jurídico, tal não há que sempre levar à conclusão de liberdade ao legislador para desprezar expectativas legítimas de forma abrupta. Neste sentido, Valim assevera que, a despeito de sua evidente importância, o direito adquirido não tem o condão de obstaculizar alterações no direito positivo.¹⁹⁴ Em outra mão, combatem-se inovações legislativas que se afigurem desleais, traumáticas, inopinadas, o que se faz por meios preventivos e repressivos.

Segundo Limongi França, a diferença entre direito adquirido e mera expectativa de direito “está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, configurado por completo”¹⁹⁵, ao passo que Barroso considera a expectativa de direito como de uma situação

¹⁹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança... p.79.

¹⁹² ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica... p.60

¹⁹³ Idem, Ibidem, p. 81.

¹⁹⁴ VALIM, Rafael. O princípio da Segurança Jurídica... p.124.

¹⁹⁵ FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido..., p. 443/445.

em que “o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria”.¹⁹⁶

Interessante observar que Limongi França entende que, quanto aos *facta pendencia*, há necessidade de separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não poderia ser atingida sem retroatividade, e as partes posteriores, no tocante às quais o novo regramento terá efeito imediato.¹⁹⁷ Tal ideia parece consagrar com mais efetividade uma proteção à confiança legítima dos cidadãos, no sentido de suas condutas serem regradadas e terem consequências jurídicas da lei vigente à época da conduta.

No mesmo sentido, Maximiliano manifesta-se no sentido de que o entendimento básico que serve de parâmetro à aplicação de leis no tempo, que aceita exceções apesar de ser universal, é o de que a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as consequências dos mesmos, ainda que se produzam sob o império do direito atual.¹⁹⁸

Tais ideias demonstram que persiste um espaço de indefinição e de construção da noção e contornos do direito adquirido, o que se presta a justificar a crítica que se faz à utilização da separação simplista entre direito adquirido e expectativa de direito como a principal solução para os casos difíceis que envolvem a proteção da confiança. Conforme bem assentou Barroso, “a ideia de direito adquirido, que desde sempre conviveu com enormes complexidades conceituais, tornou-se uma obscuridade nos dias que correm.”¹⁹⁹

Dessa forma, não obstante o entendimento segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico, a expectativa de direito deve ser mensurada no caso concreto e, a depender do grau de expectativa que o particular nela depositou, em nome do princípio da proteção da confiança, o Estado deve proteger também essa expectativa.

Ademais, quando o Estado eleva como valor constitucional a segurança jurídica, na verdade o que pretende é a tutela não apenas de direitos adquiridos, mas da confiança. Segundo Odete Medauar, a proteção da confiança oferece uma proteção “mais ampla que a

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional... p.45.

¹⁹⁷ FRANÇA, R. Limongi. Idem, p. 225.

¹⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal ou Retroatividade das Leis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 10.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional... p. 53.

preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir.”²⁰⁰

Assim, antes mesmo da incorporação definitiva do direito ao patrimônio do particular, sua confiança legítima depositada deve ser digna de alguma proteção, a despeito do entendimento ainda disseminado no Brasil de que o direito em vias de aquisição não merece qualquer tutela do sistema jurídico, por tratar-se de “mera” possibilidade não concretizada.²⁰¹

3.2 A norma inovadora e a proteção da confiança no cenário Jurídico Brasileiro

Falou-se nos itens precedentes acerca da possibilidade do reconhecimento pelo Judiciário de lesão à segurança jurídica no seu duplice aspecto – objetivo e subjetivo, em decorrência de atos estatais de natureza legislativa. Como antes assinalado, o princípio da proteção da confiança nasceu como um limite ao Estado para desfazer atos administrativos com defeitos que acarretaram nos seus beneficiários uma justa expectativa na sua definitividade. Foram mencionados também os vários instrumentos jurisprudenciais e até mesmo normativos colocados à disposição dos administrados para protegê-los do desfazimento de atos administrativos que os beneficiem.²⁰²

No que toca a atos judiciais, há também importantes movimentos para proteger as legítimas expectativas dos jurisdicionados. Nessa trilha, cite-se a possibilidade de modulação das mudanças de paradigmas em jurisprudências já consolidadas, as denominadas “viradas jurisprudenciais”²⁰³.

De forma distinta, em contraposição ao poder de legislar do Estado ante a proteção da confiança, tal possibilidade está bem menos assentada na doutrina e na jurisprudência pátria, quando se compara com a proteção em relação a atos administrativos e

²⁰⁰ MEDAUAR, Odete; ÁVILA, Humberto (Org.). Segurança Jurídica e Confiança Legítima... p. 117.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado... p. 148.

²⁰² Nesse sentido, o artigo 54, da Lei 9.784/99, é um ponto de inflexão, por suplantar o entendimento clássico, segundo o qual os atos inquinados de nulidades deveriam ser desfeitos, com eficácia *ex tunc* pela Administração.

²⁰³ Na seara administrativa, a Lei 9784/99 proíbe que nova interpretação, que acaso venha a ser adotada pela Administração, possa retroagir em prejuízo do administrado (art. 2º, XIII5). Tal proibição também consta do Código Tributário Nacional (art. 1466)

judiciais, conquanto venha sendo objeto de estudos e de concretização nos diversos sistemas jurídicos, mormente na justiça de países europeus, como será adiante desenvolvido.

Cabe ressaltar, entretanto, que a proteção da confiança do cidadão diante de leis se faz mais complexa por diversas razões. De modo geral, não há motivos para que o particular reclame do Estado uma proteção à confiança diante de atos legislativos destinados a reger apenas situações futuras. Espera-se que lei se adeque à dinamicidade das necessidades sociais, que mude para reger as mudanças da realidade, não sendo dado ao particular pretender ou expectar a permanência das disposições normativas. Há também que se considerar o interesse coletivo na mudança legislativa, o qual, a princípio, é superior ao interesse privado do particular, acaso afetado pela alteração da norma.

Diante da relevância de tais argumentos, afigura-se solidificado na jurisprudência brasileira o entendimento segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico. Ou seja, não é dado ao particular alegar que a inovação legislativa não lhe pode atingir, por ter sua relação jurídica se iniciado sob a égide do diploma revogado. Além do aspecto da inexistência do direito adquirido à continuidade de dado regramento, há a questão dos direitos em vias de aquisição – ou expectativas de direitos, às quais, via de regra, são também desconsideradas pelo sistema jurídico, ao argumento de se tratar de “meras” expectativas de direitos.

Em outra mão, conforme como já visto, as leis, de forma geral, têm o denominado efeito imediato²⁰⁴, o que significa que podem regular tanto fatos e relações jurídicas futuras quanto aqueles iniciados sob o diploma normativo anterior, ainda não concluídos. Neste último caso, há quem entenda que tais normativos ostentam natureza retroativa quando atingem relações ou fatos em curso, isto é, são iniciados sob a vigência da lei revogada por outra inovadora antes de findo o seu curso de formação.

Conforme antes ressaltado, a retroatividade é altamente danosa à previsibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. Assim, quando há a alteração da regulação normativa de situações já em andamento, pode ocorrer verdadeira contrariedade ao princípio da proteção da confiança legítima dos particulares. Observa-se, nessas hipóteses, embora mitigada, uma espécie de retroatividade na lei que é aplicada às relações jurídicas iniciadas antes do seu advento, embora ainda não concluídas.

²⁰⁴ Nesse sentido, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal prevê que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”. Já o art. 6º, da Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro reza que: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Diante dessa possibilidade, o ideal é que as normas regulassem apenas situações futuras. Mas, conquanto se considere que normas retroativas tenham efeitos deletérios sobre a confiança que o direito deve propiciar aos cidadãos, em algumas circunstâncias, por questões de política legislativa e para o fim de adaptar as normas à evolução social, em certas ocasiões a lei retroage e alcança situações que se iniciaram no passado.

Além do problema relativo à proteção dos direitos em vias de aquisição, afigura-se importante dispensar uma proteção mais efetiva diante da inovação legislativa em regime jurídico, a qual não se insere no âmbito do direito adquirido, mas tem o potencial de lesionar a proteção da confiança legítima que reclama do Estado uma postura de respeito às expectativas já consolidadas nos particulares. Ensina Adércio Leite, nesse sentido que:

O simples argumento de que o direito adquirido (incorporando o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) é o obstáculo para reformas que importem direta (por desfazimento constitucional) ou indiretamente (por retrocesso legislativo) restrição ou anulação de situações constituídas é insuficiente para dar conta dos problemas do direito constitucional intertemporal, porque o preço da esperança (da expectativa) ficaria sempre de fora de qualquer consideração de prejuízo (...).²⁰⁵

Então, não restam dúvidas de que se está diante da contraposição de dois valores albergados pela Carta Constitucional: o poder conferido ao Legislativo para inovar na ordem jurídica, estando tal poder limitado pela irretroatividade normativa apenas nas hipóteses elencadas pela própria Constituição; Em outra mão, a Constituição, mediante princípios explícitos e implícitos, elegeu a segurança jurídica e a proteção da confiança em valores a serem também protegidos pela ordem jurídica.

Diante dos dois valores de magnitude constitucional, faz-se necessário o estabelecimento de um regime que permita que as leis regulem a evolução social, mas ao mesmo tempo, confirmem algum grau de proteção ao particular eventualmente lesado em sua confiança pela mudança normativa. No dizer de Castillo Blanco:

o princípio da proteção da confiança serve como um instrumento de equilíbrio que torna possível a irretroatividade sem que esta, por sua vez, cause prejuízo aos interesses privados que puderem resultar afetados.²⁰⁶

²⁰⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de direito e direito adquirido... p. 341.

²⁰⁶ BLANCO, Federico Castillo. La protección de Confianza em el Derecho Administrativo..., p. 198.

Não há como se se negar que a alegação da proteção da confiança diante de atos de natureza legislativa é controversa, mormente diante da dinamicidade que, por natureza, se reveste a atividade legiferante. Nesse sentido, considera-se que os atos de caráter normativo apresentam uma base menos sólida para proteção da confiança que os atos de efeitos concretos, como costumam se apresentar os atos administrativos.²⁰⁷

No caso brasileiro, em se tratando de expectativas legítimas, em decorrência de normas de aplicação imediata, estas não são tuteladas, em geral, pelo Judiciário. Com exceção das relações de natureza contratual, às quais são postas a salvo da incidência imediata da lei, por se enquadrarem na noção de ato jurídico perfeito, admite o Supremo Tribunal Federal a incidência imediata da lei nova às situações em curso, mediante sua posição consolidada da inoponibilidade de direito adquirido a regime jurídico²⁰⁸.

Assim, diante da inovação legislativa, e fora das hipóteses constitucionais que protegem os particulares da incidência imediata da lei nova²⁰⁹, verifica-se uma resistência por parte do Judiciário no que toca à tutela dos interesses individuais do cidadão diante das inovações legislativas, “deixando-o por inteiro à mercê da inconstância do poder normativo, não lhe sendo permitido postular proteção alguma para sua expectativa, por mais legítima que essa pudesse ser.”²¹⁰

São numerosos os exemplos em que se nega a tutela da confiança legítima do particular ante a inovação legislativa. Ademais do entendimento generalizado que prega a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, podem ser destacados, à guisa de ilustração, sem nenhuma pretensão de esgotar os numerosos julgados que poderiam ser mencionados, algumas decisões importantes do Supremo Tribunal Federal, nas quais se demonstra que, em geral, não é considerada a proteção da confiança como limite ao poder de inovação do legislador.

²⁰⁷ CALMES, Sylvia. Du principe de Protection... p. 311.

²⁰⁸ Nesse sentido, vide nota 13, supra.

²⁰⁹ Oportuno ressaltar o entendimento do STF manifesto no julgamento da ADInMC 605-DF, Rel. Min. Celso de Mello: “O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao status libertatis da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao status subjectionis do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI)”

²¹⁰ Baptista, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança... p. 9.

Direito Tributário

O Direito Tributário, por sua conexão com a regulação das receitas públicas, constitui terreno fértil para que o estado-legislador promova alterações legais que, no afã de resolver problemas financeiros do Estado, em muitas ocasiões o fazem com desconsideração da legítima expectativa do cidadão na continuidade, ou ao menos na não-surpresa de dada regulação, a despeito de a Constituição ter expressamente consignado o princípio da irretroatividade tributária.

Nesse sentido, no Julgamento do RE 231.176 - SP²¹¹, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, o Supremo decidiu que o Imposto de Importação é cobrado com base na alíquota vigente no momento da entrada da mercadoria no país, muito embora possa ser distinta a alíquota prevista no momento da celebração dos contratos de compra e venda dos produtos.

Dessa forma, assentou-se não restar configurada qualquer retroatividade ou ofensa à boa-fé na cobrança dos tributos, mas mero exercício da faculdade previsto pelo artigo 153, § 1º, da Constituição²¹², de alterar as alíquotas do imposto de importação, a fim de adequá-lo aos objetivos da Política Cambial e do comércio exterior.

Entendeu a Corte, dessa forma, reformando o acórdão recorrido, inexistentes os pressupostos de configuração de lesão à boa-fé e lealdade, visto que os particulares estão sujeitos à “vissicitude do comércio exterior”. Nessa linha, o STF manifestou-se no sentido de que não restava qualquer ato estatal merecedor de reparo por parte do Judiciário. A questão da proteção da confiança não foi enfrentada na análise do julgado.

Em outra decisão, objeto de críticas por afigurar-se atentatória à proteção da confiança, a Corte reconsiderou a posição por ela anteriormente adotada em relação à Sumula 584, que a considerava inaplicável por ser ofensiva à irretroatividade. Com efeito, dispõe a súmula que “Ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 231.176, Relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 28 de maio de 1999.

²¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil:
“Art. 153 Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
I - importação de produtos estrangeiros;
(...)”

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração.”²¹³. O conteúdo do enunciado impossibilitava ao contribuinte prever qual seria o imposto devido sobre seus rendimentos, visto que vigeria lei do exercício posterior àquele em que foi efetivamente auferida a renda.

Ocorre que o Supremo veio a mudar sua posição posteriormente, para considerar o Enunciado aplicável, concorrendo para a criação de um ambiente de insegurança jurídica. Acerca do ressurgimento da Súmula, criticou-se a posição do Supremo, visto que já se considerava encerrada a polêmica e pacificada a posição de que a lei ser aplicável ao Imposto de renda seria aquela em vigor no primeiro dia do ano-base e não a em vigor do primeiro dia do ano da declaração, visto que para Derzi,

Nada mais anacrônico, em um mundo globalizado, esforçado em atrair investimentos, em um contexto em que a segurança jurídica é fator decisivo de concorrência, do que ressuscitar a velha e superada Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal²¹⁴.

Em outro julgado paradigmático, em que também não se enfrentou a questão da proteção da confiança legítima, o Supremo decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 566.032-0²¹⁵, pela constitucionalidade da Emenda Constitucional de nº 42 de 2003, no que tange à inserção do art. 90 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que manteve, a despeito de expressa disposição legal anterior em sentido contrário, a alíquota da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, em 0,38 % no exercício de 2004.

A CPMF em causa foi criada mediante a Emenda Constitucional 12/96, que incluiu o art. 74 do ADCT, sendo que a duração prevista para a contribuição era o máximo de dois anos. Sucederam-se distintas prorrogações do prazo de duração da contribuição – Emenda Constitucional 21/99, Emenda Constitucional nº 31/00 e a Emenda Constitucional nº

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 584. Acessível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=584.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

²¹⁴ DERZI, Misabel A. Machado. Mutações Jurisprudenciais, em face da Proteção da Confiança e do Interesse Público no planejamento da receita e da despesa do Estado. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960417174218181901.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2015.

²¹⁵ BRASIL. Supremo, Acórdão no Recurso Extraordinário de nº 566.032-0, Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, Publicado no Diário de Justiça de 23 de outubro de 2009.

37/02, sendo que esta última Emenda acrescentou o art. 84 ao ADCT, o qual, além de prorrogar a cobrança da contribuição dispunha sobre a diminuição da alíquota para 0,08% no exercício financeiro de 2004.

Entretanto, em dezembro de 2003, promulgou-se a EC nº 42, que, prorrogou a CPMF até 31.12.2007, bem como *determinou a manutenção* da alíquota em 0,38%. Tal mudança, levada a efeito às vésperas do final do exercício financeiro, foi objeto de questionamento por considerar-se que feria a anterioridade nonagesimal do art. 150, II, c, da Constituição. Isso porque contrariava a expectativa já depositada pelo contribuinte, decorrente da regulação anterior, que previa a diminuição da alíquota do tributo.

A despeito das expectativas que a regulação anterior suscitou, ficou assentado pela maioria da composição da Corte que “a revogação do artigo que estipulava diminuição de alíquota da CPMF, mantendo-se o mesmo índice que vinha sendo pago pelo contribuinte, *não* pode ser equiparada à majoração de tributo”, motivo pelo qual se entendeu que não havia lesão à anterioridade nonagesimal, visto que a norma questionada não instituiu ou modificava “alíquota diferente da que o contribuinte vinha pagando.”²¹⁶

Além da alegada desobediência à anterioridade nonagesimal, levantou-se a questão sob o ângulo da expectativa do contribuinte na diminuição de alíquota, mas, novamente, utilizou-se o argumento da impossibilidade de configurar-se direito adquirido a regime jurídico. Entendeu-se, ainda, que não se configurava violação à segurança jurídica, vez que o contribuinte, “há muito tempo, já experimentava a incidência da alíquota de 0,38% e, pois, não sofreu ruptura com a manutenção da alíquota de 0,38% durante o ano de 2004.”²¹⁷

Importante ressaltar que o entendimento do voto vencedor contou com a divergência manifestada pelo Ministro Carlos Britto, que entendeu que a emenda constitucional que manteve a alíquota, a qual irrompeu no último dia antes da diminuição dela - 31 de dezembro de 2003 - “causou surpresa aos contribuintes; feriu, portanto, o princípio da não surpresa; o princípio da anterioridade nonagesimal resultou também violado.”. A divergência foi manifesta também pelo voto do Ministro Marco Aurélio, que asseverou que a revogação do benefício da diminuição da alíquota se deu “no apagar das luzes de 2003”, visto

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário de nº 566.032-0, Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, Publicado no Diário de Justiça de 23 de outubro de 2009.

²¹⁷BRASIL. Supremo, Acórdão no Recurso Extraordinário de nº 566.032-0, Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, Publicado no Diário de Justiça de 23 de outubro de 2009.

que, segundo os termos do seu voto, “exatamente no dia 31 de dezembro desse ano, veio à baila a publicação da Emenda Constitucional nº 42.”

Regime Jurídico de Servidor Público

Por se tratar de terreno propício a alterações que modificam situação jurídica que importam em retirada ou diminuição de benefícios, as alterações em regimes jurídicos de servidores públicos são objetos de constantes questionamentos perante o Judiciário. Por deterem vínculo de natureza estatutária, e não contratual, entende-se que as condições de trabalho são fixadas unilateralmente pelo Estado, mediante o instrumental normativo, e somente por lei podem ser modificadas, sem que o funcionário possa arguir direito adquirido à permanência das condições existentes à época do seu ingresso na vida funcional.

Anote-se que gerou muita polêmica a alteração constitucional que incluiu a contribuição de inativos para manutenção da previdência. Além do voto da Relatora, Ministra Ellen Grace, dos Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello²¹⁸, diversos doutrinadores se insurgiram contra o resultado do julgamento da ADIn 3105, dentre outros argumentos, por entenderem que, muito embora não pudesse ser alegada a existência de direito adquirido, a decisão se deu com flagrante desconsideração pela confiança legítima dos envolvidos²¹⁹.

Outra questão recorrente no que toca a regime jurídico de servidor público é a garantia da irredutibilidade remuneratória, a qual, segundo posição consolidada do Supremo protege para que não ocorra decesso remuneratório, ainda que haja alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais.²²⁰

²¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105, Relatora: GRACIE, Ellen, Publicado no Diário de Justiça de 18 de fevereiro de 2005.

²¹⁹Nesse sentido: SILVA, Caroline Medeiros e. Vícios da EC 41/2003. Inconstitucionalidade da contribuição de inativos. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 54, p. 62-75, 2006. p. 69; FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A Reforma Previdenciária trazida pela EC 41, de 19.12.2003: a contribuição dos inativos e pensionistas e os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, nº 55, 2006. p. 31.; NETO, Diogo de Figueiredo. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 41/2003) Texto da Emenda, Pareceres e ADIns). Rio de Janeiro: 2004. p. 146-8; MACHADO FILHO, Sebastião. Da Inconstitucionalidade da Contribuição dos Aposentados: A Questão da Previdência Pública. Brasília: Brasília Jurídica, 2004;

²²⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 191.476, Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no Diário de Justiça de de 30.06.2006; Recurso Extraordinário 226.462, Relator: PERTENCE, Sepúlveda, publicado no Diário de Justiça de 25.01.2002; Mandado de Segurança 24.875, Relator: PERTENCE, Sepúlveda, publicado no Diário de Justiça de 6.10.2006; Recurso Extraordinário 298.695, Relator: PERTENCE, Sepúlveda, Diário de Justiça de 24.10.2003; Recurso Extraordinário 298.694, Relator: PERTENCE, Sepúlveda, publicado no Diário de Justiça de 23.10.2004.

A despeito de ser assegurada a garantia da irredutibilidade remuneratória, esta tem sido concretizada apenas no que toca ao valor nominal. Nesse sentido, o entendimento do STF acerca da garantia é de que abarca apenas a manutenção de valores nominais, e não de um valor real de estipêndios. Em consonância com tal pensamento, o Ministro Ilmar Galvão, manifestou-se que

não há falar-se, no caso, em violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, já que não tem ele por escopo assegurar o valor real dos estipêndios, não havendo espaço, portanto, para se falar em vencimentos reduzidos, mas simplesmente em expectativa de correção não verificada, coisa diversa.²²¹

Tal orientação evidencia que, a cláusula constitucional da irredutibilidade remuneratória, na forma como vem sendo aplicada em entendimento consolidado da Corte, não protege os interessados do decesso remuneratório, a qual se daria no valor real. Afigura-se, dessa forma, uma espécie de mero simbolismo na manutenção dos valores. Tal orientação demonstra mais um dos problemas originados da aplicação radical do entendimento da inoponibilidade de direito adquirido a regime jurídico.

Tal ponto problemático relaciona-se intimamente a outro, também sedimentado, que permite mudanças na composição remuneratórias, sendo que tais valores são congelados a título de vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI)²²². Nessa linha uma das consequências do entendimento de que “não há direito adquirido a regime jurídico” é a negativa do direito ao servidor público à manutenção de critérios de remuneração, desde que não haja “redução nominal” de estipêndios.

Entretanto, o critério de composição da remuneração, em alguns casos, configura relevante fator de suporte à escolha de determinada pessoa por algumas carreiras²²³. Haveria que se possibilitar, dessa forma, que casos concretos de mudanças em composições de

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 201026/D. Relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 06 de setembro de 1996.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo de Instrumento 720.887. Relator: ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. Publicado no Diário de Justiça de 06 de setembro de 1996; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 414.224-4, Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no Diário de Justiça de 09 de novembro de 2010.

²²³ A título de exemplo, cite-se a GAF (Gratificação de Atividade Fiscal), que compõe a remuneração, importando parte variável na remuneração de auditores-fiscais em alguns Estados da Federação e que importa em parte relevante da remuneração. Disponível em: <http://www.sindifisconacional.org.br/images/estudos/GTParcelaExtra/EstudoRemuneracaoEstaduais.pdf>. Acesso em 11.12.2015.

remuneração pudessem ser analisados, a fim de aferir-se eventual desconsideração da confiança legítima dos seus destinatários. Tal possibilidade é negada de antemão, tendo em conta a jurisprudência do Supremo, que decorre, em última análise, da inoponibilidade de direito adquirido a regime jurídico.

Com efeito, o Supremo decidiu, com repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 563.965²²⁴, que não há o direito à manutenção de determinada forma de cálculo da remuneração de servidores públicos, com os votos contrários dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, repisando, sem maiores delongas, que se tratava de jurisprudência consolidada da Corte da inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Há que se ter em conta que, em algumas circunstâncias, a forma de composição do cálculo²²⁵ consitui o fator que permite a manutenção de um determinado padrão remuneratório ao interessado, que não conta com qualquer proteção diante dessa linha de raciocínio. Há que se considerar ainda que, em muitas ocasiões, transcorreu todo um lapso temporal para que fosse alcançado determinado fator componente da remuneração, caso típico dos adicionais por tempo de serviço, que foram extintos em algumas carreiras, tendo o Supremo Tribunal Federal assentado que supressão de tais adicionais – a simbólica vantagem de natureza pessoal - não viola o direito adquirido ou o princípio constitucional da isonomia.²²⁶

Há críticas, no sentido de que a extinção dos adicionais por tempo de serviço, vantagem de caráter tipicamente pessoal, acarreta lesão ao princípio da isonomia, por ter igualado servidores recém-ingressos na carreira com outros que já contavam com 15 ou 20 anos de serviço público. Tão relevante é o tempo de serviço como critério de qualificação do agente público, bem como fator de estímulo à carreira, que tramita Proposta de Emenda à Constituição²²⁷, já aprovada em primeiro turno no Senado Federal, para reintroduzi-lo no caso de algumas carreiras típicas de Estado.

Vê-se que embora não se possa alegar um direito subjetivo do cidadão à imutabilidade da legislação que rege suas profissões, há que ter em consideração as expectativas legítimas de que fossem mantidos benefícios remuneratórios já conquistados.

²²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 563.965. Relator: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Publicado no Diário de Justiça de 20 de março de 2009.

²²⁵ Nesse, sentido, vide nota 15.

²²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança 24.875. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no Diário de Justiça de 22 de março de 2006.

²²⁷ PEC 63/2013, Pronta pra voltação em Plenário no Senado Federal. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115294>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

Ademais, como se tratava de um benefício definitivamente incorporado ao patrimônio desses indivíduos, parece que se trata de verdadeiro direito adquirido no interior de dado regime jurídico, totalmente desconsiderado pelo Estado quando de sua revogação, em contrariedade à disposição constitucional que o protege.

Expurgos Inflacionários e Proteção da Confiança Legítima

Outra questão decidida pelo Supremo na qual não se considerou a questão de eventual lesão ao princípio da confiança legítima a ser protegida, mas apenas analisou-se o tema sob o ângulo da existência ou não do direito adquirido foi o caso dos expurgos inflacionários nas contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Questionou-se se os empregados titulares das contas, conquanto não postulassem a manutenção dos índices enquanto perdurassem suas relações com o Fundo, detinham direito adquirido aos índices previstos pelas leis vigentes quando da entrada em vigor dos atos normativos que promoveram os mencionados expurgos. A questão central, então, era se restava configurado o direito à correção monetária já aperfeiçoada quando da entrada em vigor da lei nova, ainda que o valor relativo à correção monetária ainda não tivesse sido creditado na conta.

Quanto ao assunto, o Min. Luís Roberto Barroso se manifestou no sentido de que o fato que fazia nascer o direito à correção monetária era a “permanência contínua dos valores em conta durante determinado período, de modo que o gestor ou administrador da conta possa aplicar esses recursos e obter com ele não apenas a manutenção do capital (correção monetária), mas também a sua remuneração (juros)”. Externou entendimento ainda, no sentido de que o período aquisitivo da correção monetária poderia ser mensal ou trimestral, a depender do instante considerado, sendo o primeiro dia o período aquisitivo subsequente o momento em que o fato aquisitivo se aperfeiçoava.²²⁸

²²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.64.

O tema foi objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 226.855-7²²⁹, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, tendo sido alegado pelos autores que a Caixa Econômica Federal, ao dar aplicação imediata aos novos índices de correção monetários previstos pelos planos Bresser e Collor, desconsiderou os princípios da supremacia da constituição, da irretroatividade da lei, da propriedade privada e da isonomia. Interessa ao objeto do estudo, por relacionar-se intimamente com o princípio da proteção da confiança, a análise da irretroatividade da lei, supostamente lesionada pela aplicação imediata dos novos índices.

Neste sentido, constata-se que o argumento em que se baseou o STF, nos termos do voto do relator, foi o de que, por se tratar de crédito em contas que obedeciam, em geral a um prazo trimestral, nem todos os seus elementos constitutivos estavam aperfeiçoados, estando o direito em “vias de aquisição”.

Dessa forma, o norte argumentativo para a negativa do direito aos índices existentes antes da entrada em vigor dos planos econômicos se deu principalmente em torno de tratar-se de direito “em curso de formação”, bem como a impossibilidade de que os autores alegassem direito adquirido, por se tratar de relação de natureza institucional. Dessa forma, o relator reproduziu o conhecido argumento de não existir direito adquirido a regime jurídico.

Dessa feita, a posição do Supremo mais uma vez se mostrou consentânea com a orientação já demonstrada em julgados anteriores, no sentido de ostentar o FGTS natureza institucional, de forma distinta das cadernetas de poupança – de natureza contratual, motivo pelo qual se assentou o entendimento de que não havia direito adquirido aos índices de correção que mandou observar.²³⁰

A inoponibilidade do direito adquirido a regime jurídico e os julgados do STF

Ante os exemplos mencionados, vê-se que, que a proteção da expectativa legítima não está consolidada pelo sistema jurídico brasileiro como um argumento relevante para limitar a inovação ou a retroação normativa. Com efeito, fatos ou condutas iniciados antes do advento da lei nova podem ser atingidos pelo novo diploma normativo, a menos que se

²²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança 226.855-7, Relator: ALVES, José Carlos Moreira, Publicado no Diário de Justiça de 12 de setembro de 2000.

²³⁰Idem, Ibidem.

enquadrem nas exceções constitucionais, conforme já explanado.²³¹ Agrava a situação o fato de, via de regra, o Judiciário não reconhecer e, sequer, chegar a analisar uma confiança digna de proteção ao particular lesado por frustração de suas legítimas expectativas em decorrências de atos estatais de natureza legislativa.

Como antes mencionado, o princípio da proteção da confiança teve sua gênese na Jurisprudência da Alemanha da década de 1950, para garantir a estabilização de atos administrativos nos quais se constatava posteriormente defeitos legais na sua constituição, vindo, posteriormente, evoluir para abarcar também algumas hipóteses de atos jurisdicionais e legislativos.

Dessa feita, o princípio da proteção da confiança legítima alcançou notável proeminência doutrinária e jurisprudencial naquele país europeu, vindo, por influência alemã, a espalhar-se em outros países do continente europeu, bem como dos julgados da Justiça Comunitária Europeia, sendo considerado hoje um princípio informador dos julgados do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Nessa linha, o estudo em tela não pode prescindir de analisar as soluções encontradas em termos de proteção da confiança legítima diante atos legislativos pelos sistemas jurídicos tanto de alguns países europeus individualmente quanto do sistema jurídico comunitário europeu, o que será feito no item que se segue, como forma de subsídio à interpretação do princípio no sistema jurídico brasileiro e possibilidades de seu incremento no tocante a atos derivados do poder legislativos.

²³¹ Quanto ao tema, Bandeira de Mello assevera que “(...) é recurso exegético recomendável indagar-se se a aplicação imediata do regramento superveniente causará conturbação de monta, abalo traumático das relações já constituídas. Em sendo afirmativa a conclusão, tratar-se-á de saber se na ordenação anterior existem elementos plausíveis indiciários do propósito de mantê-los, ainda que parcialmente, a bom recato, portanto defendido, mais ou menos amplamente, contra superveniências normativas (...). Com efeito, a comoção delas frustraria expectativas que, se nutridas por dilatado prazo ao abrigo das leis vigentes, tornariam particularmente traumáticos os agravamentos acaso trazidos por regras novas” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. In: Interesse Público, n. 38, 2006, p. 14).

3.3 Proteção da confiança diante de alteração legal – uma possibilidade concretizada na Jurisprudência Europeia

Embora ciente dos riscos que envolvem qualquer importação de entendimentos e métodos estrangeiros à realidade brasileira, visto que as nações apresentam consideráveis diferenças culturais, sociais e de ambiente jurídicos, afigura-se útil e até mesmo imprescindível ao desiderato do presente trabalho recorrer à forma como tem sido desenvolvida na jurisprudência europeia a delicada relação entre a proteção da confiança legítima dos cidadãos e a necessidade de evolução inerente aos atos legislativos.

Importante esclarecer de antemão, no entanto, que se afigura inviável abordar de forma exaustiva a jurisprudência europeia relativa ao tema, com a profundidade que ele desperta. Tal tarefa hercúlea seria mais apropriada em um estudo exclusivamente dedicado ao assunto. Desta forma, metodologicamente, o presente tópico pretende demonstrar, mediante análise de casos paradigmáticos, o fio condutor do pensamento dos juristas e operadores do direito europeu nesta seara, como forma de subsídio ao incremento do alcance do princípio no Brasil.

Como antes dito, o princípio da segurança jurídica e da proteção da Confiança teve origem na Alemanha com construção inicialmente pretoriana, tendo-se espreado pela Justiça Comunitária, a qual, diante da ausência de substrato normativo independente, buscou no direito dos países-membros o suporte para decidir casos concretos a ela submetidos. Patrícia Baptista afirma, nesse diapasão que “o direito comunitário resulta, assim, de uma soma das influências dos diversos direitos nacionais”²³²

Nessa linha, embora não haja dispositivo expresso do Tratado de Constituição da Comunidade Européia dispondo sobre o princípio da segurança jurídica, este se encontra consagrado pelas decisões tanto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), que constitui o principal responsável pela aplicação do princípio às decisões que envolvem os cidadãos dos seus Estados Membros - com maior intensidade a partir de 1960 - como pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Tal é o grau de desenvolvimento e aplicação

²³²BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima..., p.43.

do princípio, que a menção a ele já logrou ultrapassar mais de dez por cento de todas as decisões do Tribunal de Luxemburgo.²³³

Inicialmente aplicada como um limite ao desfazimento de atos administrativos eivados de ilegalidades, a proteção da confiança legítima vem sendo aplicada na jurisprudência da Comunidade Européia para fins de solucionar problemas relacionados com a aplicação da lei no tempo²³⁴. Por restar consagrado na jurisprudência comunitária Europeia, o princípio da proteção à confiança legítima vem sendo considerado como “um dos princípios fundamentais do sistema comunitário que tem sido chamado pela jurisprudência comunitária europeia, a despeito de suas origens se localizarem no ordenamento jurídico da República Federal Alemã”.²³⁵

Nesse sentido, a dinâmica da Comunidade Europeia se inclina a utilizar-se de institutos auridos das ordens jurídicas dos países que a compõem, sendo que, a partir da utilização pela jurisprudência comunitária, os países-membros são influenciados de forma circular a utilizar o instituto adaptado às suas realidades.²³⁶ Neste particular, faz-se necessário ressaltar que o princípio da proteção da confiança teve importante acolhida na Espanha²³⁷, Portugal e Itália, ao contrário da França, que considerou o princípio muito subjetivo ou desnecessário.²³⁸

No que toca a oponibilidade da proteção da confiança ao exercício do Poder Legiferante, Patrícia Baptista assevera que “de um modo geral, os tribunais constitucionais alemão, espanhol, italiano e português têm admitido a oposição do princípio da confiança ao legislador como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis”²³⁹, embora a própria doutrinadora alerte quanto à dificuldade adicional de aplicação concreta do princípio no que toca a atos legislativos, em comparação com atos administrativos.

²³³ SCHONBERG, Soren. *Legitimate expectations...*, p.27.

²³⁴ MAURER, Hartmut, *Elementos de Direito Administrativo Alemão...* p. 119 e ss.

²³⁵ HERRERA, Orlando Mejía. *El principio de la seguridad jurídica en la jurisprudencia comunitária europea: un punto de referencia para los tribunales latino-americanos*. Disponível em: <https://eulacfoundation.org/es/content/el-principio-general-de-la-seguridad-jur%C3%ADdica-en-la-jurisprudencia-comunitaria-europea-un>. Acesso em 03.10.2015. p.25. No original: “uno de los principios fundamentales del sistema comunitario que ha sido acuñado por la jurisprudencia comunitaria europea, aunque si bien sus orígenes se localizan en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania”

²³⁶ QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*. Coimbra: Almedina, 1999, p.19-20.

²³⁷ Na Espanha, o artigo 3º, nº 4/99 (Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) consagrou, textualmente, a proteção à confiança legítima.

²³⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima...* p. 46.

²³⁹ Idem, p.63

Nesse sentido, Sylvia Calmes, como voz crítica da aplicação da proteção da confiança entende que, fora do âmbito do direito adquirido, o cidadão não detém a prerrogativa de pleitear o que chama “regime de exceção”, pretendendo uma imutabilidade legislativa incompatível com a dinâmica própria do Poder Legislativo. No entender da doutrinadora, em razão da generalidade de que se revestem as leis, da mesma forma que os regulamentos, não comportam “o compromisso de imutabilidade para o futuro”.²⁴⁰

Não é demais ressaltar que, a despeito de doutrinadores europeus que creem ser o princípio da proteção da confiança extensível a atos legislativos²⁴¹, outros existem que atacam a aplicação do princípio, por entender que pode constituir um risco ao princípio democrático.²⁴²

A despeito dos questionamentos que provoca, a aplicação do princípio da proteção da confiança pelo Tribunal Constitucional Alemão, inicialmente pensado para proteger o particular frente ao ato administrativo, passou a ser admitida também como contraponto à retroatividade da lei, para em seguida ser aplicada, também, como uma proteção geral do cidadão frente ao Estado-legislador.²⁴³

Dessa forma, a proteção da confiança tem sido utilizada em situações em que não se possam alegar direitos adquiridos, mas se esteja diante de verdadeiros “interesses” também merecedores de tutela do sistema jurídico²⁴⁴, muitas vezes consubstanciados em direitos em vias de aquisição ou em situações de retroatividade normativa, com a ressalva de que, em se

²⁴⁰ CALMES, Sylvia. Du príncipe... p. 317.

²⁴¹ Nesse sentido, Luciano Alfonso assevera que “(...) Não é possível dissentir razoavelmente a extensão também ao Poder Legislativo da eficácia do princípio da confiança legítima (...). Dadas as características atuais da legislação se pode dizer inclusive dizer que tal extensão é uma exigência irrenunciável para a efetividade da ordem constitucional como tal, sem prejuízo de que não pareça necessária uma incorporação expressa do princípio como tal à norma fundamental”. PAREJO, Alfonso Luciano. Prólogo de CASTILLO BLANCO, Federico A. La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo. Ob. Cit. p. 20-1.

²⁴² LUENGO, Javier Garcia. El principio de protección de la confianza... p. 220-3. O autor manifesta-se no sentido de que a proteção da confiança legítima não se ajusta aos atos típicos do Poder Legislativo, dentre outros motivos pelo caráter de generalidade de que se revestem, bem como pelo caráter dinâmico inerente à função legislativa.

²⁴³ LUENGO, Javier Garcia. El Principio de la protección de la confianza em el Derecho Administrativo, 1.ed., Civitas, 2001.p. 220.

²⁴⁴ Nas palavras de, HERRERA, Orlando Mejía Herrera: ‘(...) Es decir que mientras el principio de protección de los derechos adquiridos protege ‘derechos subjetivos’ (que forman parte del patrimonio jurídico de las personas), el principio de protección de la confianza legítima protege ‘intereses legítimos’ (protección de una situación existente en la medida en que no sea un obstáculo para la salvaguardia del interés público).’ “El principio general de la seguridad jurídica em la jurisprudência comunitária europea: un punto de referencia para los tribunales latinoamericano.” p.24. in: Boletín Electrónico sobre Integración Reginal del CIPEI – Centro Universitario para Estudios de Integración. Disponível em: http://www.boletincipei.unanleon.edu.ni/documentos/boletin2/4_Orlando_Mejia.pdf, acesso em 01.06.2015.

tratando de retroatividade apenas aparente, o pensamento clássico é o de que a incidência imediata da norma inovadora não deve, via de regra ser afastada, pois “é essencialmente reduzida” a confiança que o cidadão pode ter na estabilidade para o futuro de uma lei que lhe beneficie.²⁴⁵

Entretanto, ante a impossibilidade de afirmar-se, em todas as hipóteses, que a incidência normativa imediata, que afeta situações iniciadas antes da norma inovadora, necessariamente lesione as expectativas legítimas dos particulares, a jurisprudência europeia tem utilizado outros critérios adicionais para verificar se efetivamente restam configuradas legítimas expectativas a serem tuteladas.

Nessa linha, parece haver uma tendência a analisar se a alteração normativa era necessária, bem como se não haveria outra solução menos gravosa ao interesse dos particulares. Com efeito, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal²⁴⁶ se manifestou no sentido de que a proibição de retroatividade normativa é extensiva às situações em que, embora não ocorra de fato uma aplicação retroativa, observam-se alterações normativas com as quais “os cidadãos não podiam, razoavelmente, contar.” Mencionando seus precedentes jurisprudenciais, bem como o princípio do Estado de Direito Democrático de sua Constituição (art. 2º), o Tribunal Português ressaltou, então, a importância de que os cidadãos tenham “um mínimo de certeza” nos seus direitos e expectativas, o que tornam inadequadas as mudanças arbitrárias, excessivamente onerosas e imprevistas.

Por se tratar a proteção da confiança legítima de valor que somente pode ser analisado em concreto, configura-se certa dificuldade do estabelecimento *a priori* de critérios para aferir se, em dado caso, deve prevalecer a confiança do cidadão diante da inovação legislativa ou se o interesse público na criação normativa deve preponderar. Nesse sentido, há que se assinalar que não existem por parte da Justiça Europeia parâmetros predeterminados para avaliar a ocorrência da desconsideração da confiança legítima por parte do Estado, passível de demandar a proteção judiciária²⁴⁷.

Uma das formas sugeridas para atender à proteção da confiança sem que tal importe em engessar o poder de inovação legislativa do Estado seria, pela chamada via

²⁴⁵ Idem, p. 79.

²⁴⁶ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 47.275/2003, Acórdão de 30/04/2003, Pleno da Seção do Contencioso Administrativo, Relator Jorge de Sousa. Por unanimidade, negar provimento. Disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/>. Acesso em 15 ago. 2015.

²⁴⁷ RUBIALES, Iñigo Sanz. El Principio de Confianza Legítima... p. 114.

“preventiva” – a observância pelo legislador da instituição de dispositivos transitórios diante das mudanças de regime jurídico, com exceção de que tais dispositivos transitórios sejam incompatíveis com o interesse público²⁴⁸.

Em outra mão, forma distinta de atender à proteção da confiança ante alterações legislativas se faz pela via “repressiva”, consistente na análise do abalo da confiança em decorrência de tais alterações, na qual se vai perquirir, em primeiro lugar, se há confiança legítima a ser tutelada; depois, se há interesse público na mudança legal que justifique deixar em segundo plano a proteção da confiança. Tal esquema de análise é utilizado pelo Tribunal das Comunidades Europeias e definido por Paolo Mengozzi²⁴⁹ da seguinte forma:

No que se refere ao princípio da proteção da confiança legítima, a jurisprudência comunitária tem conseguido aplicá-lo graças a um “two step analysis approach”, que comporta, de entrada e separadamente, a verificação da idoneidade de atos das instituições comunitárias e de práticas ou comunicados da mesma para gerar a legítima confiança dos particulares; E, sucessivamente, à verificação de que tenha havido desconsideração da proteção da confiança legítima, em virtude de atos das mesmas instituições, bem como de princípios por ela protegidos, simultaneamente.

Acaso a derrogação do regime seja justificada mediante o sopesamento do interesse público com a proteção da confiança legítima, alguns admitem falar-se em uma indenização aos titulares de direitos subjetivos lesionados pela mudança. Embora o sistema jurídico admita a derrogação por restar configurado um interesse maior da coletividade, a fim de que a proteção da confiança tenha certo prestígio da ordem jurídica, há que se indenizarem os particulares prejudicados.²⁵⁰

No que toca ao critério da retroatividade, a princípio, toda norma dotada de retroatividade autêntica seria imprevisível e viria em contra a proteção da confiança, visto que os sujeitos envolvidos ajustaram seu comportamento ao regramento vigente à época do ajuste.

²⁴⁸VALIM, Rafael. O princípio da Segurança Jurídica... p. 125.

²⁴⁹MENGOZZI, Paolo. *La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legitima: de un case by case of interests a um two step analysis approach*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales 3/5-6. Acessível em: <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/articulos/jurisprudencia-comunitaria-relativa-proteccion-confianza-legitima-case-by-case-balance-of-interests-two-step-analysis-approach>. Acesso em 10 de outubro de 2015. No original: Por cuanto se refiere ao principio da protección de la confianza legitima, en cambio, la jurisprudencia comunitaria ha llegado a aplicarlo gracias a un two step analysis approach que comporta, de entrada y separadamente, la verificación de la idoneidad de actos de las instituciones comunitarias y de prácticas o comunicaciones de las mismas para dar lugar a una confianza legitima de los particulares; y, sucesivamente, la verificación de que la posibilidad de la protección concreta del mismo sea excluida por obra de actos de las instituciones por razón de los valores y objetivos tutelados o perseguidos por éstos respectivamente”.

²⁵⁰RUBIALES, Iñigo Sanz. El principio de confianza legítima... p.37.

No caso de normas de aplicação imediata, ou, de retroatividade apenas aparente, torna-se mais complexa a análise da existência de confiança legítima a ser protegida.

Vê-se que, apesar das dificuldades que a aplicação do princípio da confiança legítima em relação a leis evoca, é possível perquirir-se em algumas hipóteses, se o legislador atuou de forma a desconsiderar a legítima confiança de indivíduos. Tal posição contrasta com a tese frequentemente repetida nos tribunais brasileiros, no sentido de que “não há direito adquirido a regime jurídico”, sem que seja enfrentada a questão da proteção da confiança legítima passível de ser frustrada pelo novo regramento.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça Europeu tem se mostrado inclinado a aceitar que são imprevisíveis e lesionam a confiança legítima medidas que impossibilitem ou fazem muito difícil a adaptação a suas previsões, ou provocam prejuízos imprevistos, por exemplo, comportamento das autoridade competentes, ou disposições com prazo de vigência predeterminados, sendo que, regra geral, observa-se a necessidade de análise das circunstâncias concretas para o fim de determinar caso a caso a observância de imprevisibilidade contrária à confiança legítima.

Nesse sentido, o caso *Commision contre Conseil*, de 5 de junho de 1973, considerado paradigmático da aplicação do princípio da confiança legítima pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, analisou lide relativa a uma decisão do Conselho das Comunidades Europeias de dezembro de 1972, cuja norma alterava um critério de remuneração de funcionários estabelecido por norma editada em 21 de março daquele mesmo ano. Nesse julgado, a Corte Europeia entendeu que a mudança normativa afetava as legítimas expectativas criadas pelos interessados, motivo pelo qual declarou a invalidade da norma.²⁵¹

Afigura-se que tal decisão manifesta entendimento frontalmente contrário ao já repisado argumento utilizado pela Justiça brasileira, no sentido de não existir direito adquirido a manutenção dos critérios de remuneração de dada categoria, impedindo, de antemão, qualquer análise do caso em concreto a respeito de possível lesão à proteção da confiança legítima dos interessados.

Já a decisão da Corte Europeia, conhecida como CNTA/Comisión, de 14 de maio de 1975, estabeleceu como requisitos essenciais para o juiz aferir a legitimidade da confiança lesionada pela alteração normativa a imprevisibilidade da norma e o sopesamento entre os

²⁵¹ RUBIALES, Iñigo Sanz. El principio de Confianza Legítima... p. 96.

interesses em jogo, que seriam o interesse particular lesionado pela alteração em contraposição ao interesse público comunitário.²⁵² No dizer de Baptista, a decisão do caso constituiu “o reconhecimento inequívoco do princípio da Proteção da Confiança Legítima como uma ‘norma superior’ do direito comunitário europeu.”²⁵³ Desde tal sentença, a proteção da confiança tem sido argumento para justificar indenizações por danos oriundos da atuação normativa de aplicação imediata ou retroativa da Comunidade Europeia.²⁵⁴

Nesse julgamento, a demandante requereu a condenação da Comunidade Europeia ao pagamento de indenização em decorrência de prejuízos alegadamente sofridos em decorrência da revogação de normativo (Regulamento 189/72) de montantes subvencionais relativos a produtos agrícolas, ao argumento de que a norma revogadora detinha efeitos retroativos e que não respeitava a confiança legítima dos interessados na manutenção das compensações.

Embora a revogação do incentivo tenha sido determinada para reger operações comerciais futuras, detinha efeitos imediatos, motivo pelo qual a demandante alegou que lesou a confiança legítima que ela tinha em sua manutenção, vez que solicitou a fixação antecipada dos auxílios e restituições à exportação, “obrigando-se assim definitivamente para com as autoridades a efectuar operações comerciais a que não podia renunciar, sob pena de perder a caução prestada.” Ou seja, confiando na estabilidade da norma, a demandante procedeu a providências baseadas nas consequências jurídicas estabelecidas à época de vigência da norma revogada.

Segundo o acórdão da decisão²⁵⁵, entendeu-se que, vez que o ato objeto da impugnação ostentava caráter normativo e continha medida de política econômica,

A responsabilidade da Comunidade pelo prejuízo que os particulares tenham sofrido por efeito deste acto só poderá resultar, tendo em conta o disposto no artigo 215.º, segundo parágrafo, do Tratado, de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma superior de direito que proteja os particulares.

(...)

²⁵² TJCE, 14 de mayo de 1975, CNTA/Comisión (74/74, Rec. 1975, p.533).

²⁵³ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança... p.90.

²⁵⁴ RUBIALES, Iñigo San. El Principio de Confianza Legítima... p.96.

²⁵⁵ Disponível em

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbad7b39bdde2f42778027fbbc8e1c9236.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMax50?text=&docid=88827&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=377318>. Acesso em 24 de setembro de 2015.

Assim, será gerador de responsabilidade da Comunidade, na ausência de interesse público peremptório em sentido contrário, o facto de a Comissão suprimir, com efeito imediato e sem aviso, a aplicação dos montantes compensatórios num sector determinado, sem tomar medidas transitórias que, pelo menos, permitam a um operador económico evitar a perda que lhe teria sido causada no cumprimento dos contratos de exportação cuja realidade e irrevocabilidade se provam pela fixação antecipada das restituições, quer ser indemnizado desse prejuízo.

Na ausência de um interesse público peremptório, a Comissão, uma vez que não fez acompanhar o Regulamento n.º 189/72 de medidas transitórias protectoras da confiança que o operador podia legitimamente ter na regulamentação comunitária, violou uma norma jurídica superior e gerou assim responsabilidade da Comunidade.

Vê-se que nesse importante precedente, a Corte Europeia deixou assentado que a norma de efeito imediato tem o potencial lesivo à confiança legítima dos interessados atingidos pela norma revogada, motivo pelo qual chegou a deferir indenização compensatória ao interessado que demonstrou, no caso concreto, que sofreu prejuízos decorrentes da revogação.

A seu turno, faz-se importante realçar o magistério de Jürgen Schwarze²⁵⁶, segundo o qual não basta a mera existência de uma norma para configurar-se uma base sólida para a proteção da confiança legítima, tendo em conta a liberdade ínsita à função legislativa para regular as condutas. Nessa linha, estatui que:

Uma base adequada para uma confiança sólida pode ser fornecida, de um lado, pelo fato de terem sido assumidas obrigações em relação ao Poder Público, ou, por outro lado pela linha de conduta adotada pelas autoridades e que tenha despertado expectativas específicas (...)

Ademais, que não é possível uma proteção da confiança diante de normas que se presumem provisórias²⁵⁷, bem como de legislação confusa e de legalidade duvidosa²⁵⁸. Ou seja, a confiança digna de proteção pressupõe que o particular deve contar com certa estabilidade no tempo da norma revogada. Tal previsibilidade, nos termos da Jurisprudência

²⁵⁶ SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. London, Sweet And Maxwell, 1992. p. 1134-5.

²⁵⁷ GARCÍA MACHO, Ricardo, *Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 56, 1987. p. 560.

²⁵⁸ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo...*, p. 78-9.

do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia é a que se esperaria de “um diligente e prudente homem de negócios.”²⁵⁹

Para o fim de restar configurada uma confiança digna de proteção em relação a um ato normativo, há que estar comprovado um prejuízo efetivo ao particular diante da norma inovadora, de forma a lhe provocar um abalo em suas expectativas diante da medida de impacto imprevisível.²⁶⁰

Nesse sentido, a Corte Constitucional Espanhola deferiu, em 5.3.1993, indenização a uma empresa pesqueira em decorrência da eliminação de um incentivo fiscal, que se deu em face da adesão da Espanha ao Tratado de Adesão à Comunidade Econômica Européia. Considerou-se o fato de a empresa ter procedido a investimentos vultosos levando em consideração as políticas de fomento do Estado, erradicadas de forma abrupta quando da adesão do país ao Tratado europeu.²⁶¹

Na decisão - STS 1.232/1993-, o Tribunal entendeu que conquanto não se pudesse falar em direito adquirido às isenções tributárias, o Governo havia desenvolvido ações de fomento para empresas pesqueiras que as levaram a fazer investimentos importantes. Nessa linha, entendeu a Corte que a interrupção inesperada do benefício importou em sacrifício excepcional aos particulares envolvidos, de forma a justificar uma indenização correspondente, a fim de que fosse consagrada nas relações entre os particulares e o Estado a segurança jurídica.

Por não ser possível estabelecer-se de forma apriorística quando deve prevalecer a confiança legítima do particular ou o interesse público na inovação legislativa, faz-se necessário uma ponderação dos valores envolvidos²⁶², a fim de se aferir, no caso concreto, se a proteção da confiança suplanta o interesse público na inovação legislativa ou se, ao contrário, a despeito de restar configurada a quebra da confiança legítima dos indivíduos, haja um interesse público de tal monta a exigir do Estado que atue mediante a substituição da regulamentação legislativa da matéria.

Nesse sentido, o *leading case* já mencionado, que originou a aplicação do princípio da proteção da confiança na jurisprudência alemã, procedeu à ponderação entre os

²⁵⁹ SCHWARZE, Jurgén. *European Administrative Law*. London, Sweet And Maxwell, 1992. p. 1141.

²⁶⁰ CASTILLO BLANCO, Federico. *La Protección de Confianza...* p. 185

²⁶¹ VALIM, Rafael. *O princípio da Segurança Jurídica...* p.60.

²⁶² V. SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law...*, p. 1143-4; GARCÍA LUENGO, Javier. *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 88, nota 104.

valores da segurança jurídica e da legalidade na manutenção da pensão concedida de forma irregular à viúva de Berlim, decidindo que, naquele caso concreto, havia mais motivos para prestigiar a segurança jurídica. Quanto aos fundamentos da decisão, esclareceu Hartmut Maurer²⁶³:

Ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade de atos administrativos beneficentes antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio de proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente. Como ambos os princípios requerem validade, mas também estão em conflito um com o outro, deve segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, ser ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse – ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo – é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, uma retratação limitada objetiva ou temporalmente.

A mesma necessidade de ponderação se mostra imprescindível quando se está diante de um caso concreto em que se discute se resta configurada confiança a ser protegida diante de alteração legislativa, e tal técnica tem sido utilizada tanto pelos tribunais de países europeus considerados de forma individualizada²⁶⁴ quanto pela jurisprudência comunitária da Europa²⁶⁵.

No sentido da imprescindibilidade da ponderação para aferir casos em que a proteção da confiança deve preponderar no caso concreto, Castillo Blanco, ao fazer análise da

²⁶³ MAURER, Hartmurt. Elementos de Direito Administrativo... p. 70-71.

²⁶⁴ A jurisprudência constitucional espanhola admite que: “o princípio da segurança jurídica não pode ser erigido em valor absoluto porque ocasionaria um congelamento do ordenamento jurídico existente, considerando-se que este, ao regular as relações de convivência humana, deve responder à realidade social de cada momento como instrumento de aperfeiçoamento e de progresso”. No original: “el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso”: STC 126/1987, de 16 de julio de 1987 («BOE» n.º 191, de 11 de agosto de 1987). Disponível em: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/33736/sentencia-tc-126-1987-de-16-de-julio-ce-retroactividad-de-la-ley-de-presupuestos-tasa>. Acesso em 14 de julho de 2015.

²⁶⁵ CHUECA SANCHO, A. G., «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», en Revista de Instituciones Europeas, n.º 3 (1983), 863-896, p. 878. TJCE, 22 de marzo de 1961, SNUPAT/Alta Autoridad (42/59 y 49/59, Rec. 1961, p. 99); edición especial española 1961-1963, p. 53. En consecuencia, se dice “(...) que o órgão judicial (comunitário) não busca a segurança jurídica a qualquer custo. Por isso, não atribui ao princípio um valor absoluto individualizado nem o aplicado desconectado dos interesses gerais. Se admitisse valor absoluto individualizado, isso fossilizaria situações, de forma a se chegar a limites insustentáveis”. No original: “(...) que el órgano judicial (comunitário) no busca la seguridad jurídica a cualquier costo. Por eso no atribuye al principio un valor absoluto individualizado ni lo aplica desconectado de los intereses generales. Si admitiese su valor absoluto individualizado, ello supondría fosilizar situaciones, con lo cual se llegaría hasta límites insostenibles”.

jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha asseverou que a confiança a ser protegida “(...) não pode ser justificada em motivos superiores aos que protegem.”²⁶⁶ Há que se fazer um sopesamento entre o interesse público e o ato particular, a fim de se aferir, se realmente se configura confiança a ser protegida pelo Estado.

Vê-se que para o Administrativista Espanhol é também imprescindível o uso de um juízo de ponderação e da razoabilidade na aplicação do princípio da proteção da confiança, bem como que tal confiança seja legítima, não se compreendendo no conceito a mera esperança psicológica do interessado. Nesse sentido, Castillo Blanco assevera que “(...) é preciso que concorra a necessária ‘racionalidade dos fatores nos quais se apóia esta’, para que a mesma tenha base objetiva”.²⁶⁷

Nesse sentido, Castillo Blanco cita o Julgamento pelo Tribunal Constitucional Espanhol na STC 234/2001, no qual se deixou consignado que

a necessária mudança legislativa tem que ser harmonizada com ‘razoáveis e fundadas expectativas das pessoas no ordenamento jurídico aplicável’, buscando neste caso a harmonia entre o princípio da livre configuração legislativa e a segurança jurídica, e procedendo, por vulnerar o princípio da confiança legítima – assim nominalmente designada pelo Tribunal – à derrogação de um preceito legal no âmbito tributário.²⁶⁸

Caso, após o exame do caso concreto, mediante o uso da ponderação com outros valores, afigure-se hipótese em que deva prevalecer a proteção da confiança legítima diante da nova norma, Patrícia Baptista²⁶⁹, a partir de estudo do direito comparado, aponta quatro consequências que poderão advir desta constatação:

- a) o estabelecimento de medidas transitórias ou de um período de *vacatio*; b) a observância do termo de vigência fixado para a norma revogada; c) a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; e d) a exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação,

²⁶⁶ BLANCO, Federico A. Castillo. El Principio Europeo de Confianza... p. 30. Disponível em: < <http://www.uimunicipalistas.org/centrodoc/php/verDocumento.php?Parametro=331&Opcion=4>>. Acesso em: 16.09.2015. Original: “(...)no puede quedar justificada en motivos superiores a los que se protegen”

²⁶⁷ BLANCO, Federico A. Castillo. El Principio Europeo de Confianza... p. 30. Disponível em: < <http://www.uimunicipalistas.org/centrodoc/php/verDocumento.php?Parametro=331&Opcion=4>>. Acesso em: 16.09.2015, p. 29/30. Original: “es preciso que concorra la necesaria ‘racionalidad de los factores en que se apoye ésta’ para que la misma tenga base objetiva”

²⁶⁸ CASTILLO BLANCO, Federico. El principio de seguridad jurídica: especial referencia...p.44/45. Original: “El necesario cambio legislativo ha de armonizarse con las “razonables y fundadas expectativas de éstos en el Ordenamiento Jurídico aplicable”, buscando en este caso la armonía entre el principio de libre configuraciones legislativa y la seguridad jurídica, y procediendo, por vulnerar el principio de confianza legítima – nominalmente así designado por el Tribunal -, a derogar un precepto legal en el ámbito tributario.”

²⁶⁹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança..., p. 16.

preservando-se a posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada.

Nesse diapasão, haveria uma espécie de “preferência” entre as medidas que deveriam ser tomadas ante a constatação de que a norma inovadora frustrou de forma injustificada a confiança do particular, nessa ordem: a previsão de normas de transição; a obrigação de respeitar o termo de vigência previsto para a norma; a outorga de uma indenização e, por fim, como última hipótese, a preservação da posição jurídica alcançada em virtude da norma revogada.²⁷⁰

No que toca a um regime de transição entre a norma revogada e a revogadora, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia decidiu, no caso Tomadini:

(...)19. Que a adoção do regulamento n.º 2604/77, sem que tenha sido previsto um regime transitório pelas trocas intracomunitárias, violaria o princípio da confiança legítima, tanto mais porque o regulamento n.º 2792/77, de 15 de dezembro de 1977, havia excepcionado as operações efetuadas sob a cobertura de um certificado (...), exceção que não se aplicaria senão às trocas entre países terceiros. 20. Considerando que, no marco de uma regulamentação econômica como aquela das organizações comuns dos mercados agrícolas, o princípio do respeito da confiança legítima proíbe às instituições comunitárias (...) modificar esta regulamentação sem combiná-la com medidas transitórias, salvo se um interesse público peremptório se opuser à adoção de tal medida.²⁷¹

Nessa mesma linha, Sylvia Calmes entende que

mesmo que as disposições adotadas em vista do futuro não justifiquem uma relação durável, elas podem ser levadas em conta ao menos com a previsão de um prazo apropriado de transição – que antecipe, assim, de forma abstrata, a ponderação de interesses.²⁷²

No que toca à necessidade de normas de transição, Lon Fuller²⁷³ adverte que

O mal de uma lei retrospectiva surge porque os homens podem ter agido com base na legislação anterior e, então, as ações adotadas podem ser

²⁷⁰ Calmes, Sylvia. Du Principe de Protection..., p. 472-3.

²⁷¹ Acórdão da Corte de 16 de maio de 1979. Angelo Tomadini Snc vs. Administração das Finanças do Estado Italiano. Requerimento de decisão prejudicial; Pretura di Trento – Itália. Quantias compensatórias financeiras. Caso 84/78 Decisão de 16/05/1979, Rec.1979, p.1801. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=es&jur=C,T,F&parties=tomadini> Acesso em 02 de novembro de 2015.

²⁷² Calmes, Sylvia. Du Principe de Protection... p. 451.

²⁷³ FULLER, Lon L. The Morality of Law..., p. 80-1:

frustradas ou se tornarem excessivamente onerosas pela alteração retroativa dos seus efeitos legais. Em algumas vezes, porém, uma ação adotada em razão da confiança na lei anterior pode ser desfeita, desde que haja um prévio aviso da mudança em vista e a alteração em si não se torne efetiva tão rapidamente que se deixe um período de tempo insuficiente para o ajuste às novas prescrições legais.

Diante da ausência de previsão de normas de transição e arguindo a parte prejudicada tal argumento perante o Judiciário, Patrícia Baptista assevera que não cabe ao juiz ele mesmo estipular as normas transitórias que seriam cabíveis, sob pena de invasão da função legislativa, restando, então ao julgador duas possibilidades, ou declara que as novas regras são ineficazes em relação ao requerente; ou poderá deferir-lhe uma indenização compensatória da confiança frustrada em dinheiro, desde que haja pedido subsidiário nesse sentido.²⁷⁴

A seu turno, quando as normas fixam um prazo de vigência para que o destinatário usufrua de algum benefício, ainda assim, há o entendimento tradicional segundo o qual o legislador não fica adstrito ao prazo anteriormente estabelecido.

No entanto, há quem entenda que existe uma obrigação geral de respeito aos termos fixados nas leis e regulamentos, de forma a favorecer a estabilidade das situações, bem como para evitar que se cometam abusos quanto à matéria.²⁷⁵ Nesse sentido, há que se ressaltar, em terras brasileiras, que tal entendimento embasou a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Mandado de Segurança 10.673-DF, que deferiu à impetrante o direito de fabricar sangria de acordo com as regras anteriores até o escoamento do prazo inicialmente fixado pelo Ministério da Agricultura, mediante a Instrução Normativa 5/2005.²⁷⁶

Caso não se vislumbre solução satisfatória mediante a instituição de medidas transitórias ou ante a determinação de que seja respeitado prazo anteriormente fixado, a solução para a lesão à confiança legítima poderá ser efetivada por meio de indenizações reparatórias. Tal foi a solução adotada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia no mencionado “caso CNTA”, que reconheceu direito do particular a indenização decorrente de alteração súbita da legislação pela primeira vez, tendo ficado assentado que “a proteção que se

²⁷⁴BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança...*, p. 14.

²⁷⁵CALMES, Sylvia. *Du Príncipe...* p. 550-1

²⁷⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Mandado de Segurança 10.673, Relatora CALMON, ÂNGELA, publicado no Diário de Justiça de 05 de dezembro de 2005.

pode reclamar por força da confiança legítima é meramente a de não sofrer perdas pela retirada das compensações”²⁷⁷

No mesmo sentido, cumpre assinalar que decisão da Corte Espanhola, de 16.5.2000, deferiu indenização em decorrência de uma alteração legislativa em normas relativa a plano urbanístico que “ao declarar certos terrenos insuscetíveis de edificação por motivações ambientais, impossibilitou a consumação, por uma empresa privada, de plano urbanístico já aprovado pela Comunidade Autônoma das Ilhas Baleares”.²⁷⁸

Tal julgado reveste-se de relevância em relação ao tema ora em estudo, vez que a Corte da Espanha deixou assentada a importância de diversos critérios, enunciados pelo Tribunal Superior de Justiça das Comunidades Europeias, que devem nortear a análise da existência efetiva de proteção da confiança a ser assegurada em situações de mudanças normativas: a observância do princípio da boa-fé nas relações entre o particular e o ente estatal; o necessário equilíbrio da segurança jurídica com a atuação estatal, em entrelaçamento com o princípio da proteção da confiança legítima.

O Tribunal Espanhol ressaltou, ainda, que a inobservância do princípio da proteção da confiança pode levar à anulação da norma, ou à responsabilização do Estado pela alteração, desde que seja feita abruptamente, desprovida de medidas transitórias suficientes para que os interessados possam adaptar-se à mudança, bem como sem as devidas medidas corretoras compensatórias.²⁷⁹

Faz-se importante o registro de que, ainda que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia se mostre mais liberal no tocante à possibilidade de proteção ao particular diante de mudanças legislativas que a jurisprudência brasileira, tanto a indenização como a preservação da posição do particular que se sente lesado pela norma inovadora são de raras ocorrências, visto que o Tribunal Europeu tem se mostrado também rígido no exame dos pressupostos que autorizam o reconhecimento da confiança legítima.²⁸⁰

²⁷⁷Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=es&jur=C,T,F&parties=CN TA.>, acesso em 29.08.2015.

²⁷⁸ VALIM, Rafael. O princípio da Segurança Jurídica... p. 61.

²⁷⁹ Idem, Ibidem. STS 3.30/2000.

²⁸⁰ SCHWARZE, Jürgen. European Administrative Law... p. 1137.

3.4 Conclusões Parciais

Diante do aumento da regulação normativa da sociedade pelo poder público, da “inflação legislativa” e da mudança da configuração da relação do estado com o cidadão, de um estágio de subordinação para um estágio de coordenação e colaboração, faz-se importante repensar a importância da confiança que deve permear todas as manifestações estatais, em quaisquer de seus poderes.

Dessa forma, não só o ato administrativo e o judicial são passíveis de ferir a legítima confiança dos cidadãos: as constantes mudanças em regimes jurídicos, quando efetivadas de forma abrupta e drástica, provocam um abalo na credibilidade do sistema jurídico, deixando os cidadãos à mercê da voracidade legislativa, impossibilitando-os de planejar suas vidas, vez que as consequências jurídicas dos seus atos podem mudar a qualquer momento, tendo em conta a eficácia imediata das leis, de forma geral.

No cenário jurídico brasileiro, o princípio da proteção da confiança tem sido objeto de argumentação de partes prejudicadas por mudanças de regulação normativa. Entretanto, apesar de o princípio ter alcançado alguma aceitação no que toca aos atos administrativos, em relação aos atos legislativos verifica-se resistência por parte do Judiciário, diante do entendimento solidificado de ser não ser possível opor-se direito adquirido a regime jurídico. Nesses casos, o princípio da proteção da confiança não tem sido considerado como possível limite à atuação do legislador.

No entanto, o que se pretendeu demonstrar foi que é possível e é desejável que haja uma reavaliação da possibilidade de que o princípio da proteção da confiança seja objeto de ponderação com outros valores constitucionais, a fim de que se possa aferir no caso concreto, se há confiança passível de proteção do sistema jurídico, que seja mais relevante do que o interesse público na norma inovadora.

Nesse diapasão, guardadas as devidas proporções, a Justiça Comunitária Europeia, bem como a Jurisprudência de alguns países europeus em particular, tem fornecido bons exemplos de julgados em que se demonstrou a importância de, em casos excepcionais, privilegiar-se a confiança legítima do cidadão diante de uma alteração normativa que lhe prejudique de forma anormal.

CONCLUSÕES

O estudo evidenciou que o ambiente jurisprudencial e teórico brasileiro ainda guarda reservas no que toca à proteção da confiança legítima, a despeito de julgados do Supremo Tribunal Federal que podem ser considerados como um ponto de inflexão em direção à concretude do princípio no Brasil.

Nesse sentido, não se pode deixar de ressaltar como verdadeira mudança de paradigma a decisão proferida pelo STF no Mandado de Segurança 22.357-0²⁸¹, que considerou válidas 366 (trezentos e sessenta e seis) admissões efetuadas pela Infraero, a partir de um juízo de ponderação entre o princípio da proteção da confiança e a exigência constitucional de concurso público, tendo-se privilegiado a confiança, ante as circunstâncias concretas relativas ao caso, tais como, a dúvida que existia, à época, no tocante à exigência de concurso para empresas públicas, o longo tempo em que já perduravam as contratações, bem como decisão anterior do Tribunal de Contas da União, que tinha considerado válidas ditas contratações.

A seu turno, a Lei 9784/99 é considerada um marco no que toca à concretização do princípio da proteção da confiança, não só pelo comando expresso, no sentido de que Administração deve pautar-se para proteger a segurança jurídica e a confiança dos cidadãos, como também pelo seu artigo 54, que prevê um prazo decadencial, a partir do qual o Estado fica impedido de rever atos seus eivados de vícios de legalidade que importem em benefícios a terceiros. No dizer de Couto e Silva, em tal dispositivo a ponderação entre proteção da confiança e legalidade foi estabelecida *a priori* pelo próprio legislador, baseada no aspecto temporal, bem como na boa-fé do beneficiário²⁸².

No entanto, embora se possa visualizar certo acolhimento por parte do sistema jurídico nacional no que toca à proteção da confiança em relação a atos administrativos,

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 22.357-0/DF*. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 04/06/2004.

²⁸² COUTO e SILVA, Almiro. *O Princípio da Segurança Jurídica...*, p. 21. “Como se trata de regra, ainda que inspirada num princípio constitucional, o da segurança jurídica, não há que se fazer qualquer ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, como anteriormente à edição dessa regra era necessário proceder. O legislador ordinário é que efetuou essa ponderação (...)”

quando se pensa em proteger expectativas legítimas em relação a alterações legislativas, nas ocasiões em que estas se fazem de forma brusca, drástica e despidas de disposições transitórias, afigura-se uma verdadeira lacuna da jurisprudência, a qual decide, em geral, as questões originadas de mudanças na lei com o argumento axiomático de que “não há direito adquirido a regime jurídico”.

Evidenciou-se que, de fato, o direito adquirido não é o instrumento hábil para tutelar expectativas dos cidadãos diante regramentos jurídicos. Entretanto, não se pode ignorar o fato de que alterações legislativas não raro ostentam potencial de comprometer a confiança que deve pautar a relação Estado-cidadão, quando impossibilitam ao particular planejar sua vida, ter ciência, de antemão do significado jurídico de sua conduta, bem como quando direitos em vias de aquisição que se encontram muito próximo do seu círculo aquisitivo são alterados de forma brusca.

Nesse sentido, o princípio da proteção da confiança pode suprir lacunas nas quais não possa ser configurado o direito adquirido, muito embora se possa visualizar um espaço em que os antecedentes teóricos da confiança de fato existem. A confiança, nessa toada, configura elemento-chave, essencial ao salutar desenvolvimento das relações do Estado com seus cidadãos.

Nessa linha, observa-se que da mesma forma que o desfazimento do ato administrativo viciado pode ferir a confiança nele depositada por seu beneficiário, a alteração normativa com vigência imediata da lei nova não raro afeta a confiança legítima dos cidadãos, quando levada a efeito de modo brusco, drástico e sem o necessário período de transição. No caso de retroatividade aparente, embora a norma seja destinada a vigor para o futuro, alcança situações em curso, iniciadas no passado, direitos em vias de aquisição, cujo ciclo de aquisição se iniciou em momento pretérito. Embora tais hipóteses não constituam direitos adquiridos, são passíveis de afetar a previsibilidade e a estabilidade que o direito deve atender, para que os cidadãos pautem suas condutas já sabendo de antemão as consequências jurídicas de seus atos.

Tendo em conta que o princípio da proteção da Confiança teve sua gênese em decisão judicial da Alemanha, com influência sobre outros países europeus e no Direito

Comunitário, o trabalho recorreu a estudos de casos da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, bem como de Portugal, Espanha e Itália.

Constantou-se que, nos países em que teve melhor desenvolvimento, a proteção da confiança legítima foi avaliada mediante uma ponderação com demais valores albergados pela ordem jurídico-constitucional, mormente o princípio democrático e a supremacia do interesse público sobre o individual na mudança legislativa. Procurou-se aferir alguns critérios a partir dos quais os tribunais estrangeiros se basearam para proteger a confiança dos particulares diante de alterações normativas.

Nessa linha, a partir de casos em que se reconheceu a necessidade de tutela da confiança por parte dos tribunais europeus, puderam ser aferidas algumas exigências para que tal se desse: a existência de uma base efetiva para a confiança consubstanciada por uma lei com aparência de estabilidade; a alteração normativa ser efetivada despida de disposições transitórias, bem como ser drástica, dificultando ao interessado adaptar-se à nova regulamentação; a comprovação de que, a partir da confiança gerada pela norma, o particular tenha incorrido em algum esforço específico, com excepcional prejuízo que justifique a tutela judicial em face da inovação legal; a necessidade de a confiança na norma legal ultrapassar a mera confiança psicológica na continuidade do regramento, requerendo-se a diligência que se espera do homem médio.

A partir do reconhecimento de restar configurada uma lesão ao princípio da proteção da confiança, passa-se ao seguinte passo, consistente em um juízo de ponderação, a fim de verificar-se qual valor deve prevalecer no caso concreto: se a confiança do particular ou o interesse do Estado na alteração normativa. Caso se conclua ser mais importante, na hipótese em concreto, proteger-se a confiança, a doutrina aponta as seguintes soluções possíveis: a) estabelecimento de um período de transição; b) o estabelecimento de uma indenização ao particular ou, c) de forma excepcional, considerar o cidadão excluído da incidência da nova norma.

Diante da orientação adotada pelos tribunais brasileiros, evidenciou-se a necessidade de considerar-se a proteção da confiança legítima diante de atos de natureza legislativa, de forma que as alterações em regimes jurídicos sejam analisadas não somente sob

o ângulo do direito adquirido, em geral inexistente nessas hipóteses, mas também à luz de legítimas expectativas geradas pela norma, bem como da previsibilidade que deve se revestir atos legislativos, de maneira que ao cidadão seja dado saber, à época da conduta, acerca das consequências jurídicas de seus atos.

Importante ressaltar, entretanto, que a proteção da confiança no tocante a atos normativos, embora defensável à luz da Constituição, por possibilitar uma ampliação da proteção do particular diante de eventuais excessos do legislador, não deve constituir uma espécie de panacéia, visto o caráter de generalidade e dinamismo próprios da atividade legiferante. Nessa linha, não é desejável uma aplicação retórica, indiscriminada e genérica do princípio da proteção da confiança em relação a atos de natureza legislativa, ao contrário, sua aplicação, dever ser excepcional, e cercada de cuidados e critérios, sem os quais poderia ser acusada de justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. Conferência proferida no dia 29 de novembro de 2.000 no Simpósio de Advocacia Pública, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal em Brasília DF.2000.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 3ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: SP. Malheiros Editores, 2014, p. 646.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. O direito adquirido e o direito administrativo. In: Interesse Público, n. 38, 2006
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A Tutela da Confiança Legítima como limite ao exercício do Poder Normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro de 2007. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 agos 2009.
- _____. Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.
- _____. Servidor público: direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos. In: Revista de direito administrativo, n. 221, p. 141-158, jul./set. 2000.
- BARBOSA, Rui. Parecer, *in* Trabalhos do Senado, v. I, Rio de Janeiro, 1902.
- BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Numero 90, Jul-Dez 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Revista de Direito do Estado, nº 2, abr/jun, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3 ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. A segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1966;000348651>. Acesso em 14.10.2015.
- BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o Direito Constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 89, n.323, jul./set. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição de 1988*: promulgada em 5 de outubro de 1988, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Estudos para uma Teoria Geral do Direito*. Torino, 1970.

BORGES, Souto Maior. *Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo*. RDT nº 63. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Mandado de Segurança 10.673*, Relatora CALMON, ÂNGELA, publicado no Diário de Justiça de 05 de dezembro de 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Cível Originária 79*. Relator: PELUSO, Antônio César, publicado no DJ de 03/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493/DF*. Relator: ALVES, José Carlos Moreira. Publicado no DJ de 25/06/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 605*. Relator: MELLO, Celso de. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 de março de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105*. Relator: GRACIE, Ellen. Publicado no Diário de Justiça de Justiça de 18 de fevereiro de 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Agravo de Instrumento AI 635394 / SP - SÃO PAULO*, Relatora: Min. Gracie, Ellen. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 29 de Junho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 22.357-0/DF*. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 04/06/2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.3530/DF*. Relator: MELLO, Marco Aurélio, publicado no DJ de 07/03/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança 26646-DF*, Relator: FUX, Luiz Diário da Justiça Eletrônico, 29 de maio de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 26.673/RN*. Relatora: ROCHA, Carmem Lúcia, publicado no DJ de 24/04/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 28.273*. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo, publicado no DJe de 21.02.2013

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 79.343/BA*. Relator: ABREU, Leitão. j. 31.05.1977

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 15530/BA*, rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, Publicado no Diário de Justiça de 30 de setembro de 1951.

.BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Acórdão no Recurso Extraordinário 219.075*, relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 29.10.1999;

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 393.314*, relator: GRAU, Eros, publicado no Diário de Justiça de 29.04.2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 608.482/RN*. Relator: ZAVASCKI, Teori, publicado no DJ de 04/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 226.855*, Relator: ALVES, José Carlos Moreira, publicado no Diário de Justiça de 12 de setembro de 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 563.965*. Relator: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Publicado no Diário de Justiça de 20 de março de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário 600.837-AgR*, relator: MELLO, Celso de. Publicado no Diário de Justiça de 03.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029/DF*. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 27/06/2012.

BRASIL. Supremo, *Acórdão no Recurso Extraordinário de nº 566.032-0*, Relator: MENDES, Gilmar Ferreira, Publicado no Diário de Justiça de 23 de outubro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029/DF*. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 27/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança nº 22.357-0/DF*. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 04/06/2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança 24.875*. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no Diário de Justiça de 22 de março de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial 460.157/PI*. Relator: MARQUES, Mauro Campbell, publicado no DJe de 26/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 493*. Relator: ALVES, José Carlos Moreira. Diário da Justiça Eletrônico, 04 de setembro de 1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança 226.855-7, Relator: ALVES, José Carlos Moreira, Publicado no Diário de Justiça de 12 de setembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 136.886/DF, rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, DJU de 30/09/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 231.176, Relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no Diário de Justiça de 28 de maio de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.683/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 13/03/1992

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 608.482/RN*. Relator: ZAVASCKI, Teori, publicado no DJ de 04/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99.522/PR, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 20/05/1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.683/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 13/03/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.213/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU de 23/04/1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário nº 608.482/RN*. Relator: ZAVASCKI, Teori, publicado no DJ de 04/12/2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao monocolor Legislativo/Executivo. In: Moraes, Alexandre. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

CALMES, Sylvia. Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Proteção da Confiança Legítima na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. Ano 2, Vol. 7, abr/2014. Coordenação Geral: Marçal Justen Filho.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASTILLO BLANCO, Federico. La protección de la confianza en el Derecho Administrativo. Madri, Marcial Pons, 1998.

CASTILLO BLANCO, Federico. El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. Disponível em: [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path\[\]=5578&path\[\]=5631](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path[]=5578&path[]=5631). Acesso em 27 de março de 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição, 1988, Forense Universitária, 2ª ed., 1990, I.

CHUECA SANCHO, A. G., «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», en Revista de Instituciones Europeas, n.º 3 (1983), 863-896, p. 878. TJCE, 22 de marzo de 1961, SNUPAT/Alta Autoridad (42/59 y 49/59, Rec. 1961, p. 99); edición especial española 1961-1963.

BLANCO, Federico A. Castillo. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su incorporación al Ordenamiento Jurídico Español.

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 nº 9.784/99). Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2003.

DELIBERADOR, Giuliano Savioli. Confiança Legítima: Anatomia de um direito fundamental e suas repercussões junto ao exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo em 2013.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretado. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DERZI, Misabel A. Machado. Mutações Jurisprudenciais, em face da Proteção da Confiança e do Interesse Público no planejamento da receita e da despesa do Estado. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960417174218181901.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2015.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Odim Brandão. Fato Consumado – História e Crítica de uma Orientação da Jurisprudência Federal. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido. 6ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANÇA, R. Limongi. Direito adquirido, Série Jurisprudência Brasileira, Vol. 83, Curitiba : Juruá, 1984.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Anterioridade e irretroatividade no campo tributário*, RDDT 56, p. 125, São Paulo, 2001.

FULLER, Lon Luvois. The Morality of law. Ed. Rev. New Harven: Yale University Press, 1969.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A Reforma Previdenciária trazida pela EC 41, de 19.12.2003: a contribuição dos inativos e pensionistas e os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, nº 55, 2006.

GARCÍA LUENGO, Javier. El Principio de la protección de la confianza em el Derecho Administrativo, 1.ed., Civitas, 2001.

GARCÍA MACHO, Ricardo, Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia. en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 56, 1987.

GENRO, Tarso. A relação da Administração Pública com a sociedade, in ANAIS do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Porto Alegre, 1998.

HERRERA, Orlando Mejía. El principio de la seguridad jurídica en la jurisprudência comunitária europea: un punto de referencia para los tribunales latino-americanos. Disponível em: <https://eulacfoundation.org/es/content/el-principio-general-de-la-seguridad-jur%C3%ADdica-en-la-jurisprudencia-comunitaria-europea-un>. Acesso em 03.10.2015.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Tese de doutorado: Direito Adquirido a Regime Jurídico: confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal da Bahia no ano de 2012.

LARENZ, Larenz. Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

LHUMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. v.1.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. O Neoconstitucionalismo e o Princípio da Proteção à Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Revista Constituição e Garantia de Direitos. V.4, n. 1, 2011. Disponível em <http://www.periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4345>. Acesso em 22.10.2015.

MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao discurso legitimador, Coimbra, 1983.

MACHADO FILHO, Sebastião. Da Inconstitucionalidade da Contribuição dos Aposentados: A Questão da Previdência Pública. Brasília: Brasília Jurídica, 2004;

MAFFINI, Rafael. Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Tese de Doutorado- Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.

MARTINS COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. 2002.

_____. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. Brasília: Revista CEJ, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal ou Retroatividade das Leis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: ÁVILA, Humberto. (Org.). Fundamentos do estado de direito : estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O direito adquirido e o direito administrativo*. In: *Interesse Público*, n. 38, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva: 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENGOZZI, Paolo. *La jurisprudência comunitária relativa a la protección de la confianza legítima: de un case by case of interests a um tewo step analysis approach*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales 3/5-6. Acessível em: <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/articulos/jurisprudencia-comunitaria-relativa-proteccion-confianza-legitima-case-by-case-balance-of-interests-two-step-analysis-approach>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Direito Adquirido. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-PAULO-MODESTO.pdf . Acesso em: 17.09.2015.

NETO, Diogo de Figueiredo. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 41/2003) Texto da Emenda, Pareceres e ADIns). Rio de Janeiro: 2004

NOLETO, Mauro Almeida. Memória Jurisprudencial – Ministro Eptácio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, disponível na internet: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Epitacio_Pessoa.pdf. Acesso em 15.04.2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 47.275/2003, Acórdão de 30/04/2003, Pleno da Seção do Contencioso Administrativo, Relator Jorge de Sousa. Por unanimidade, negar provimento. Disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/>. Acesso em 15 ago. 2015.

QUADROS, Fausto de. A nova dimensão do Direito Administrativo: O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária. Coimbra: Almedina, 1999.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo. Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. Revogação e Anulamento do ato administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

ROUBIER, Paul. Le droit transitorie, 2. Ed., Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

RUBIALEZ, Iñigo Sanz. El Principio de Confianza legítima, limitador del poder normativo comunitário. Revista de Derecho Comunitário Europeo. Año nº 4, nº 7, 2000, págs. 91-122,

Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=195296>, acesso em 27.07.2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em 29 de maio de 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de Droit Romain*, vol.8. Guenox, Charles ed. 1855.

SCHWARZE, Jurgen. *European Administrative Law*. London, Sweet And Maxwell, 1992.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil I*, Freitas Batos.

SILVA, Caroline Medeiros e. Vícios da EC 41/2003. Inconstitucionalidade da contribuição de inativos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 54, p. 62-75, 2006.

SCHONBERG, Soren. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Contribuição do Direito Comparado às fontes do Direito Brasileiro. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006.

TEIXEIRA, Anderson. O Direito Adquirido e o Direito Intertemporal a Partir do Debate entre Roubier e Gabba. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, nº 816, 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/62-artigos-ago-2008/5927-o-direito-adquirido-e-o-direito-intertemporal-a-partir-do-debate-entre-roubier-e-gabba>. Acesso em 14.11.2015.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VILHENA, P E. R. *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan.-mar. 1971.