



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

DANILO MOURA LACERDA

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO LIMITE À
ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

**MACEIÓ
2018**

DANILO MOURA LACERDA

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO LIMITE À
ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa
Carvalho

**Maceió
2018**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

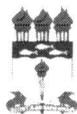
L131p Lacerda, Danilo Moura.
O princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos Administrativos / Danilo Moura Lacerda. – 2018.
138 f.

Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2018.

Bibliografia. f. 130-138.

1. Constitucionalização. 2. Cidadania – Proteção – Legislação. 3. Segurança jurídica. 4. Atos administrativos - Anulação. 5. Legitimidade (Direito). I. Título.

CDU: 342.9(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



DANILO MOURA LACERDA

“O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO LIMITE À ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. FÁBIO LINS DE LESSA CARVALHO

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: Aprovado (nota: 10)
com distinção Assinatura:

Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes (UFAL)

Julgamento: APROVADO (NOTA: 10)
com distinção Assinatura:

Prof. Dr. Prof. Dr. Basile Georges Campos Christopoulos (convidado externo UFRB)

Julgamento: APROVADO (NOTA: 10)
com distinção Assinatura:

Maceió, 17 de maio de 2018.

Prof. Dr. George Sarmento
FDA/UFAL
george_sarmento@hotmail.com
+55(82) 9314-1414

Para Marianna, Valentina, Daniel e Matheus.

AGRADECIMENTOS

Durante todo o curso de mestrado, iniciado em 2016, recebi o apoio incondicional da minha querida esposa, Marianna. Foram momentos muito desafiadores e que só puderam ser superados com muito amor, carinho, compreensão e paciência. Também agradeço muito aos meus filhos, Valentina, Daniel e Matheus, e peço desculpas pela presença ausente. Foram intermináveis noites, finais de semana, férias e feriados em que o papai não podia ficar com vocês porque estava estudando. Com o coração apertado, os estudos prosseguiram, na certeza de que um sonho estava sendo realizado.

Nos primeiros dias de aula percebi que estava acompanhado de colegas brilhantes, amigos solícitos, aos quais tenho muito a agradecer. O elevado nível dos debates em sala de aula e da produção científica me instigou a superar os meus limites.

Não poderia deixar de explicitar um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Fábio Lins, que com humildade, paciência e atenção, guiou-me por este tortuoso e ao mesmo tempo gratificante caminho, apresentando-me novos horizontes. Com certeza, ao final, posso dizer que ganhei um amigo.

Estendo estes agradecimentos ao corpo docente do programa de mestrado da faculdade de direito da UFAL. Tive a honra de ter como professores: Adrualdo Catão, Graça Gurgel, Elaine Pimentel, Alberto Jorge e, especialmente, o Professor Andreas Krell, que nos apresentou com grande propriedade o instigante mundo da hermenêutica, que serviu como alicerce para a construção deste trabalho; ao Professor Marcos Ehrhardt Jr., pela atenção e ajuda na publicação dos nossos artigos; ao Professor George Sarmiento, pelas palavras de incentivo; e ao Professor Filipe Lôbo, pelas preciosas observações realizadas na banca de qualificação, que com certeza contribuíram muito para a melhoria desta dissertação.

Por fim, agradeço aos meus pais, Danúbio e Claudinete, que sempre estiveram ao meu lado; e acima de tudo, a Deus, Causa Primeira de todas as coisas.

RESUMO

A insegurança jurídica é uma realidade presente no cotidiano dos indivíduos, tanto nas suas relações privadas como nas relações jurídico-administrativas. O presente estudo busca contribuir para a redução dos efeitos prejudiciais desta insegurança sobre os direitos dos cidadãos, analisando a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima (aspecto subjetivo da segurança jurídica) como limite à anulação dos atos administrativos. O problema que se pretende investigar intenta responder à seguinte pergunta: é possível que um ato administrativo nulo possa ter seus efeitos mantidos ou pelo menos modulados, visando a garantir a confiança depositada nas condutas administrativas? Para tanto, esta dissertação fará uma análise dos efeitos do movimento de constitucionalização sobre o Direito Administrativo, mediante a releitura de alguns institutos do regime jurídico-administrativo. Também será realizada uma investigação sobre o desenvolvimento do princípio da proteção à confiança legítima em outros sistemas jurídicos e sua aplicação no Brasil. Por fim, serão apresentados os pressupostos e requisitos para que este princípio possa operar como um limite à anulação dos atos administrativos e os seus efeitos.

Palavras-chave: Constitucionalização; Segurança Jurídica; Princípio da Proteção à Confiança Legítima; Atos Administrativos; Anulação.

ABSTRACT

Legal uncertainty is a reality in everyone's daily lives, both in their private dealings and in juridical-administrative relations. In light of this, the current study attempts to contribute to mitigate the negative effects such uncertainty has upon the rights of citizens by assessing the application of the principle of protection of legitimate expectations (subjective aspect of legal certainty) as a barrier to the nullification of administrative acts. The problem under examination will answer the following question: is it possible for the full effects of a repealed administrative procedure to stand or at least be tempered in order to secure the trust placed on administrative conduct? Hence, an analysis was carried out of the effects the constitutionalization movement has had on Administrative Law, starting with a review of some of the institutions of the administrative legal framework and followed by an investigation into the development of the principle of protection of legitimate expectations in other legal systems and its application in Brazil. Ultimately, the assumptions and requisites for this principle to work as an impediment to the nullification of administrative procedures and its effects are presented herein.

Key Word: Constitutionalization; Legal Certainty; Principle of the Protection of Legitimate Expectations; Administrative Acts; Nullification.

LISTA DE ABREVIATURAS

AGU – Advocacia-Geral da União

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CC – Código Civil

CCJ – Comissão de Constituição de Justiça

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPA – Código de Processo Administrativo Português

EC – Emenda Constitucional

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LPAC – Lei do Processo Administrativo Comum

LRJSP – Lei do Regime Jurídico do Setor Público

MS – Mandado de Segurança

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ/MT – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO	14
1.1 O Direito Administrativo como fruto do Estado Democrático de Direito: o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima.....	14
1.2 O Movimento de Constitucionalização do Direito Administrativo.....	18
1.3 A Releitura dos Elementos Caracterizadores do Regime Jurídico-Administrativo.....	22
1.3.1 Da legalidade à juridicidade como vinculação à lei e ao direito.....	25
1.3.1.1 A legalidade como subproduto da segurança jurídica e sua contradição com o princípio da proteção à confiança legítima.....	29
1.3.2 Indisponibilidade do interesse público.....	31
1.3.3 Interesses públicos supremos: análise crítica do dogma da supremacia do interesse público.....	32
1.4 A Ponderação como Instrumento Hermenêutico Adequado para a Aplicação do Direito Administrativo Constitucionalizado.....	39
1.4.1 Panorama das críticas a respeito da ponderação.....	46
2 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E SUAS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO	50
2.1 A Utilização do Princípio da Proteção à Confiança em Outros Países.....	50
2.1.1 Alemanha.....	51
2.1.2 Espanha.....	54
2.1.3 Portugal.....	57
2.2 Desenvolvimento do Princípio da Proteção à Confiança Legítima no Direito Brasileiro	60
2.3 Um Princípio Excepcional e Subsidiário.....	65
2.3.1 Direito adquirido.....	66
2.3.2 O princípio da moralidade administrativa.....	70
2.3.3 Proteção à confiança ou boa-fé?.....	71
2.4 Hipóteses de Aplicação do Princípio da Proteção à Confiança Legítima nas Relações Jurídico-Administrativas.....	76

2.4.1 Limite à revogação dos atos administrativos.....	77
2.4.2 Promessas, informações e práticas administrativas.....	80
2.4.3 Responsabilidade pré-negocial do Estado.....	81
2.4.4 Limite ao poder normativo da Administração Pública.....	83
3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO LIMITE À ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	88
3.1 Uma Análise Constitucionalizada da Anulação dos Atos Administrativos....	91
3.1.1 Distinções preliminares: princípio da proteção à confiança e convalidação.....	91
3.1.2 O princípio da proteção à confiança legítima e o dever de não invalidar....	92
3.1.3 O tratamento tópico das nulidades.....	94
3.2 Pressupostos para a Aplicação do Princípio da Proteção à Confiança Legítima Como Limite à Anulação Dos Atos Administrativos.....	96
3.2.1 Pressupostos fáticos.....	98
3.2.1.1 Base da confiança positiva e negativa.....	98
3.2.1.2 Legitimidade da confiança.....	102
3.2.1.2.1 Investimento na confiança.....	108
3.2.1.3 Frustração da confiança.....	110
3.2.2 Pressupostos Hermenêuticos.....	114
3.2.2.1 A não aplicação de outros institutos jurídicos que assegurem a estabilidade das relações jurídico-administrativas.....	114
3.2.2.1.1 Artigo 54 da Lei 9.784/99: a decadência do direito de anular os atos administrativos.....	114
3.2.2.2 Ponderação de interesses.....	119
3.2.2.2.1 Proteção à confiança legítima <i>versus</i> indisponibilidade e supremacia do interesse público.....	119
3.2.2.2.2 Artigo 53: a superação da determinação legal para a anulação dos atos administrativos ilegais.....	120
3.3 Efeitos.....	123
CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	130

INTRODUÇÃO

Em sua gênese, o Direito Administrativo tem uma inspiração garantista, que visa definir os limites da relação entre a Administração Pública e o cidadão. Também possui outra finalidade, que seria consequência da primeira, que é a de criar e organizar as estruturas estatais necessárias para o exercício da função administrativa.

Afirma-se que o Direito Administrativo é fruto do próprio Estado de Direito, consolidado após a Revolução Francesa, que sacramentou a queda do Antigo Regime e, conseqüentemente, do poder absoluto centralizado na figura do rei¹.

Destas duas finalidades, a garantista e a estrutural, percebeu-se que após a constituição do Estado de Direito, o campo de ação do Direito Administrativo passou a priorizar a organização das estruturas estatais e o exercício de suas funções, alienando-se da sua vocação precípua de garantia, com prevalência da autoridade sobre a liberdade².

É denunciada uma certa ilusão garantística da origem deste ramo do direito, que não teria surgido para proteger os cidadãos do exercício da autoridade estatal, senão para assegurar a continuidade dos poderes existentes no absolutismo, por meio de um regime jurídico-administrativo que prevê a existência de prerrogativas e institutos como a supremacia do interesse público sobre o particular³.

Apesar das críticas, nada mais natural do que uma evolução gradual destas estruturas seculares, não se transmudando um regime da noite para o dia e sendo paulatina a submissão do Poder Público à lei e à Constituição, que passa cada vez mais a ganhar importância dentro do sistema jurídico.

Com o incremento da densidade normativa das Constituições, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos passam a ser o foco que vai direcionar o Direito Administrativo. É este o rumo seguido no presente estudo, que pretende contribuir com o acerto de rota em direção à sua vocação de garantia das liberdades e direitos do indivíduo, especialmente no que se refere à segurança jurídica, que é uma das finalidades do próprio Estado de Direito.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 104-105.

³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 12-14.

O Direito Administrativo tem em sua gênese a necessidade de fomento desta segurança, que visa justamente tornar possível o tráfego social, assegurando a confiança nas relações entre os cidadãos e o Estado, atuando mais especificamente netas relações jurídico-administrativas o princípio da proteção à confiança legítima.

Entre as normas constitucionais, os princípios passam a ocupar posição de destaque, pois seriam as válvulas de entrada dos valores morais universais identificados nos direitos e garantias fundamentais. Estas normas permeiam todo o sistema jurídico e vinculam todos os ramos do direito, que tiveram de revisitar diversos de seus institutos.

Elementos basilares do Direito Administrativo passam ser a questionados quando observados com as lentes constitucionais, chegando-se a rejeitar a supremacia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade do interesse público e a própria legalidade, hoje já se falando em princípio da juridicidade ou constitucionalidade⁴.

As regras que regulam a atuação estatal no desempenho da sua função administrativa são submetidas não só à lei em sentido estrito, mas ao direito como um todo, ou seja, as regras e princípios constitucionais passam a reger o exercício das atividades do Estado, visando promover a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica e os demais direitos fundamentais.

O objetivo da pesquisa que ora se apresenta é o estudo do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos, em que se pretende apresentar uma proposta de solução para o seguinte problema: é possível deixar de anular um ato administrativo viciado visando garantir a segurança jurídica?

O princípio da proteção à confiança legítima representa a face subjetiva da segurança jurídica; este princípio tem em seu conteúdo uma garantia da confiança depositada pelos cidadãos nos atos estatais, que são dotados de presunção de legitimidade⁵.

É um produto da jurisprudência das Cortes Alemãs no pós-guerra, espalhando-se para diversos países da Europa continental, adotando utilidades específicas em cada sistema jurídico em que foi incorporado. Na Alemanha é denominado princípio da proteção à

⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 24-25.

⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47.

confiança; no direito comunitário europeu, proteção à confiança legítima; e nos países do *common law*, princípio da proteção das expectativas legítimas (*legitimate expectations*)⁶.

O princípio da proteção à confiança legítima funciona vinculando o Estado às expectativas criadas pelos seus atos, sejam estes praticados pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo. Contudo, é sobre as condutas deste último que existe um maior consenso para a sua incidência, limitando a atuação da Administração Pública.

Neste âmbito, condutas consolidadas em atos administrativos, contratos realizados pelo Poder Público, atos normativos, promessas, práticas e informações prestadas pelos órgãos estatais poderão servir de base para uma confiança gerada nos seus destinatários, atuando o princípio da proteção à confiança legítima para impedir que esta confiança seja quebrada, exigindo-se que a Administração Pública adote condutas com uma maior estabilidade, atuando de forma ética e responsabilizando-se pelas expectativas legítimas que criou.

De acordo com Miragem, “o maior desafio à aplicação do princípio da proteção à confiança legítima é o que diz respeito à situação jurídica constituída por ato administrativo inválido”⁷. A dificuldade apontada é oriunda da necessidade de se superar diversos institutos já consolidados do Direito Administrativo, que representam verdadeiros dogmas, a exemplo das possíveis colisões com o princípio da legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Entre os administrativistas brasileiros, a ideia de que a segurança jurídica deveria ser preservada nas relações jurídico-administrativas já estava presente nas obras de Couto e Silva⁸, Zancaner⁹, Sundfeld¹⁰, Juarez Freitas¹¹ e Medauar¹²; posteriormente, estas

⁶ Ibid., p. 48.

⁷ MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212.

⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁹ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo n. 79, jul./set. 1986, ano XIX.

¹¹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ideias ganham reforço nas obras de Ávila¹³, Baptista¹⁴, Araújo¹⁵, Valim¹⁶, entre tantos outros citados nesta dissertação.

Ao se trabalhar com a normatividade dos princípios, é necessária a adoção de método interpretativo claro e que seja útil para se controlar o subjetivismo do aplicador do direito, evitando-se assim a substituição da discricionariedade legislativa pela do intérprete. Para o desenvolvimento desta pesquisa, adota-se a teoria dos direitos fundamentais de Alexy e a técnica hermenêutica da ponderação, aplicando-se a máxima da proporcionalidade.

Este trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro é apresentado o princípio da proteção à confiança legítima e a segurança jurídica como seu fundamento constitucional, também é estudado o evento da constitucionalização do Direito Administrativo, seus reflexos sobre os institutos caracterizadores do regime jurídico-administrativo e o método hermenêutico utilizado.

No segundo capítulo, adentrar-se-á no estudo específico do princípio da proteção à confiança legítima, realizando uma análise do seu desenvolvimento em outros países assim como no Brasil, momento em que será realizada a distinção de figuras afins como o direito adquirido e os princípios da boa-fé objetiva e da moralidade administrativa, concluindo com a análise das hipóteses de utilização do princípio da proteção à confiança legítima na Administração Pública.

O objeto específico deste trabalho será investigado no terceiro capítulo, em que serão expostos os requisitos para a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos.

O presente trabalho é desenvolvido a partir de um estudo dogmático e analítico, por meio de pesquisa da doutrina nacional e estrangeira, assim como das decisões dos tribunais internacionais e brasileiros, em que também se busca realizar uma análise crítica da jurisprudência dos tribunais superiores, que servem como substrato concreto para melhor exemplificar as diversas possibilidades de utilização do princípio da proteção à confiança legítima.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo.

¹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016.

¹⁶ VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

1.1 O Direito Administrativo como fruto do Estado Democrático de Direito: o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima

É no Estado moderno pós revolução francesa, que são criadas estruturas administrativas estatais mais definidas e que começam a se consolidar, assim como as normas que regulam o funcionamento e limitam a sua atuação, surgindo assim o Direito Administrativo, como fruto do Estado de Direito¹⁷.

O Direito Administrativo, originalmente, é criado como uma garantia para as liberdades individuais, impedindo a atuação indevida do Estado nas relações privadas; suas bases são lapidadas pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês¹⁸.

Autores como Binjenbojm¹⁹ defendem que o Direito Administrativo não tem uma origem tão nobre de defesa dos direitos individuais, almejando tão somente à manutenção de uma gama de prerrogativas por parte do Estado reacionário às novas conquistas da Revolução Francesa.

Apesar de ser um produto do Estado Democrático de Direito, no início foi resistente a este novo modelo, apegando-se ainda a estruturas do passado e a privilégios em favor da administração, como a ideia da supremacia do interesse público, das prerrogativas administrativas, da discricionariedade, da insindicabilidade do mérito administrativo, entre outras. É o que o se denomina de “ilusão garantística da gênese”²⁰.

Criado para atender a uma necessidade de garantia das liberdades e direitos dos cidadãos em face do Estado (finalidade garantista) e também para organizar a estrutura administrativa (finalidade estrutural), o Direito Administrativo acaba por se desviar da sua finalidade garantista, fixando-se apenas na questão organizacional e nas prerrogativas

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8-9.

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

²⁰ *Ibid.* p. 11.

inerentes ao exercício da função administrativa. O exercício da autoridade ganha protagonismo ante a promoção da liberdade²¹.

Medauar²² afirma que o surgimento do Direito Administrativo seria sim fruto dos ideais da Revolução Francesa; mesmo que não tenha havido um rompimento brusco com as práticas do Antigo Regime, isso não significa que houve uma mera continuidade.

O vínculo com o passado, aliado às novidades do Estado de Direito, bem representa a bipolarização existente no Direito Administrativo, entre autoridade/liberdade, Estado/indivíduo, dicotomia que está a ser superada, já se falando atualmente numa relação multipolar de colaboração entre o Poder Público e os cidadãos, pois o Estado precisa destes para exercer suas funções, e “só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos indivíduos”²³.

Apesar de a análise dos fatos históricos demonstrar ainda uma forte ligação do Direito Administrativo com as práticas do Antigo Regime, este tipo de transição não acontece de forma repentina, sendo necessário um longo período, em que o Estado vai paulatinamente se submetendo à legalidade²⁴.

O Estado de Direito visa garantir justamente a segurança jurídica, pois a submissão do Estado aos mandamentos da lei e da Constituição permite aos indivíduos organizar suas vidas de acordo com as regras que foram preestabelecidas, delimitando a atuação do Estado e preservando o espaço para o desenvolvimento das liberdades individuais. Contudo, o Estado de Direito não deve ser identificado apenas com a legalidade formal, mas com todo o direito, especialmente com o objetivo de garantir a tutela dos direitos fundamentais; “o Estado de Direito é, portanto, uma expressão de legitimidade política, e precisamente por isso se identifica com esse princípio de legitimidade jurídica que representa a segurança”²⁵.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 104-105.

²² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21-22.

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.127.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33.

²⁵ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editora Ariel, 1994, p. 80.

Neste contexto, a confiança é tida como elemento fundamental para a vida em sociedade e, portanto, do próprio Estado de Direito. É necessário confiar para que haja uma interação social adequada, tornando assim “a incerteza tolerável”²⁶, pois uma relação jurídica pressupõe a colaboração mútua entre as partes. Ao se transferir ao outro sujeito da relação o controle sobre o cumprimento espontâneo dos resultados esperados, não é viável o monitoramento contínuo visando garantir que este cumpra a sua parte, sendo essencial o mínimo de confiança para viabilizar o fluxo adequado do tráfego social²⁷.

Larenz²⁸ acentua a finalidade de fomento das relações sociais; afirma que “uma coexistência pacífica das pessoas sob leis jurídicas que assegurem a cada um ‘o que é seu’ só é possível quando está garantida a confiança indispensável. Uma desconfiança total e de todos conduz à eliminação total de todos ou ao domínio do mais forte, quer dizer ao oposto de um ‘estado jurídico’”.

Este valor fundamental é protegido pelo princípio da segurança jurídica, que opera por meio de diversos institutos jurídicos, assim como pelo princípio da proteção à confiança, como é conhecido na Alemanha, ou proteção à confiança legítima, como é denominado no direito comunitário europeu, sendo identificado nos países do *common law* como princípio da proteção das expectativas legítimas (*legitimate expectations*).²⁹

O princípio da proteção à confiança legítima é identificado como corolário do princípio da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, ao contrário da dimensão objetiva, que garante o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, CF/88.). Sobre este assunto, são esclarecedoras as lições de Couto e Silva, que escreveu estudo pioneiro sobre este tema:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico de se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal

²⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 12.

²⁷ *Ibid.*, p. 11-15.

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 679.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 186.

proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e outras condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo³⁰.

Acertadamente o princípio da proteção à confiança legítima tem seu fundamento constitucional ancorado no princípio da segurança jurídica, que por sua vez é reconhecido como um subprincípio do Estado de Direito, pois a “confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança”³¹.

Apesar de se ter identificado sua origem mais remota no direito privado como um subproduto do princípio da boa-fé objetiva, este princípio ganha projeção, autonomia e um campo próprio de aplicação no direito público³² (constitucional, tributário, previdenciário etc.), especialmente no Direito Administrativo, passando a ter os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica como seus fundamentos constitucionais.

Em sua conotação atual, sua origem remonta às decisões proferidas na década de cinquenta do século passado pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão, que reconheceu a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos ilegais. Posteriormente, seus efeitos foram ampliados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para limitar a própria atuação do legislador³³.

A preservação do valor ético da confiança vai além das relações privadas, sendo de extrema relevância para a própria legitimidade do poder estatal, que anda abalada pela desconfiança que os cidadãos nutrem em relação às atividades prestadas pelo Estado, seja no exercício do poder de polícia, seja nas atividades de fomento e regulatória, seja,

³⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

³² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 23-24.

³³ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 85-87.

especialmente, na prestação de serviços públicos, constituindo um problema de gravidade acentuada sobretudo no Brasil, que sofre com as frequentes notícias sobre a corrupção praticada pelos diversos agentes públicos e representantes das funções do poder constituído.

Adverte Thomas³⁴ que “o bom governo depende em parte da confiança entre os governados e o governo. Se os governados não conseguem depositar sua confiança no governo, sua legitimidade está prejudicada. Sem confiança, governar se torna uma escolha entre caos e coerção”.

Neste sentido, a utilidade do reconhecimento e a aplicação do princípio da proteção à confiança transbordam os efeitos meramente jurídicos, atingindo as esferas filosóficas e até sociológicas, pois antes de ser reconhecido como um princípio, a proteção à confiança legítima existe como um valor ético, a exigir uma atuação leal e firme por parte da Administração Pública³⁵.

Verifica-se, portanto, a forte ligação entre a origem do Direito Administrativo e a garantia da segurança jurídica, que por sua vez se desdobra no princípio da proteção da confiança legítima; este passa a ter o seu âmbito de proteção potencializado pela constitucionalização deste ramo do direito.

1.2 O Movimento de Constitucionalização do Direito Administrativo

No Brasil, o Direito administrativo sofre forte influência francesa. O sistema francês prevê a existência de prerrogativas inerentes ao Estado como uma característica do regime jurídico-administrativo, que tem como fundamentos a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público³⁶.

Todavia, quanto ao controle dos atos administrativos, o Brasil segue o modelo norte-americano, oriundo do sistema inglês ou de jurisdição única, em que não existem tribunais administrativos, estando a Administração Pública também submetida ao Poder Judiciário³⁷, que adquire certo protagonismo no controle dos atos do Estado, o que permite a

³⁴ THOMAS, Robert. *The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277010634_The_Protection_of_Legitimate_Expectations_in_UK_Administrative_Law, acessado em 30/08/2017, p. 10-11.

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 168.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 61.

incidência das normas constitucionais sobre as relações entre o Estado e o cidadão, por meio do controle de constitucionalidade.

Após o advento da Segunda Grande Guerra, em que o positivismo acabou levando uma parcela de culpa pelos seus horrores, pois admitiria a existência de leis formalmente válidas, mas materialmente afrontosas aos direitos humanos fundamentais, percebeu-se a necessidade de superação do positivismo formalista e de uma maior aproximação entre o direito e a moral.

Radbruch³⁸ passa a defender o fundamento e a finalidade moral do direito, rechaçando a sua assepsia ética, ao afirmar que “a moral, por um lado, é fim do direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória”³⁹. O jusnaturalismo, revigorado após a Segunda Guerra, faz uma crítica ideológica ao positivismo, demonstrando os efeitos prejudiciais da obediência incontestante às leis, especialmente nos regimes totalitários⁴⁰.

Bobbio⁴¹ ressalta que as críticas dirigidas ao positivismo seriam válidas apenas em relação ao positivismo ético extremista, chamando a atenção para o fato de que o desrespeito aos direitos humanos praticados pelo nazismo foi considerado legal não tanto pelas regras postas, mas pela constante invocação judicial do princípio da supremacia dos interesses políticos do Estado.

As normas constitucionais ganham densidade; preceitos que antes não tinham seu conteúdo normativo plenamente reconhecido, sendo vistos apenas como programas políticos⁴², passam a vincular toda a ordem jurídica e a orientar a atuação do Poder Público e da sociedade.

É apontada como referência desta nova vertente constitucional a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth. Em 1958, a Corte Constitucional reconheceu que a Constituição estabeleceria uma ordem objetiva de valores

³⁸ O autor é uma importante referência, pois antes do advento da guerra era um renomado positivista, representando a transição do pensamento jurídico naquela época, aproximando-se do jusnaturalismo. COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Estado de Exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto do formalismo como garantia do relativismo ético. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n° 54, p. 11-48, jan./jun. 2009, p.

³⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 66.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: noções de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233.

⁴¹ *Ibid.* p. 236.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68/69.

que garantiriam o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, irradiando seus efeitos por todos os ramos do direito e também nas relações privadas⁴³.

Nasce o movimento de constitucionalização do direito, que ganha relevância transnacional, espalhando-se por diversos países da Europa continental, da península Ibérica, migrando na década de setenta para as Américas por meio do movimento de transplantes teóricos e institucionais realizados através de algumas academias, como as do México e Argentina, e, posteriormente, Colômbia, Brasil, Equador e Chile⁴⁴.

Após a Constituição Federal de 1988 – CF/88, a constitucionalização ganha espaço, tornando-se o movimento predominante hoje no Brasil, o que leva a um protagonismo dos novos métodos hermenêuticos e, no contexto constitucional, à proteção de diversos interesses albergados pelo constituinte, muitos deles conflitantes, havendo uma ascensão do uso da proporcionalidade e da técnica da ponderação, que busca uma aplicação dos princípios constitucionais conflitantes na máxima medida possível, sem que com isso haja a invalidação de algum deles⁴⁵.

Não existe uma concepção única de neoconstitucionalismo; este se assemelha a um vitral de igreja, em que ao se olhar, percebe-se sua unidade; contudo, é constituído por um mosaico de diversas outras partes, cada qual com suas peculiaridades⁴⁶; por isso, a doutrina prefere falar em “neoconstitucionalismos”. Contudo, é possível identificar alguns dos seus elementos caracterizadores, que segundo Luis Prieto Sanchís seriam:

(...) mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços livres para opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial ao invés da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes com tendências contraditórias, em lugar da homogeneidade

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 abr. 2017. p. 15-16.

⁴⁴ JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta S.A, 2010, p. 215.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 abr. 2017. p. 11.

⁴⁶JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta S.A, 2010. p. 245.

ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.⁴⁷

Favoreu⁴⁸ identifica três tipos de constitucionalização, a saber: a constitucionalização-juridicização, que caracteriza o ganho de potência normativa das constituições; a constitucionalização-elevação, que é a ascensão de normas infraconstitucionais ao patamar constitucional; e a constitucionalização-transformação, em que as normas constitucionais ganham densidade normativa e passam a impregnar todos os ramos do direito, vinculando, sobretudo, as instituições administrativas e jurisdicionais. Deve o Judiciário decidir conforme os mandamentos constitucionais, podendo, para tanto, reconhecer a inconstitucionalidade das leis; e o Executivo, pautar seus atos e decisões sob o foco constitucional.

Todos os ramos do direito passam a sofrer a influência direta da Constituição. Quanto ao Direito Administrativo, Moreira Neto⁴⁹ chama a atenção para a necessidade premente da constitucionalização deste, afirmando que “o ponto crucial da atual mudança, de uma administração imperial para uma administração cidadã, situa-se no processo de constitucionalização da Administração Pública”.

O Direito Administrativo constitucionalizado promove uma mudança de paradigma importante, sofrendo uma forte influência ética, em que todas as regras que regulam a atividade da Administração Pública passam a ser filtradas pelas lentes constitucionais, com a prevalência dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁰, o que impede qualquer interpretação de suas normas fundada em teorias morais utilitaristas ou organicistas, estando a pessoa humana no centro do sistema, não podendo ser utilizada como meio para se atingir fins públicos ou os de uma maioria⁵¹.

Vários fundamentos do Direito Administrativo passam a ser questionados; entre os paradigmas que são revisitados a partir de uma interpretação constitucionalizada,

⁴⁷ SACCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 131/132. Tradução livre realizada pelo autor.

⁴⁸ FAVOREU, Louis Joseph. *La constitucionalización del derecho*. Paris: Economica, 1996, p. 40.

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49/50.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre os direitos fundamentais e os interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 99.

Binenbojm⁵² aponta: a) a negação da existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, um dos alicerces do regime jurídico-administrativo; b) a crise da lei como única fonte formal do Direito Administrativo, sendo mais apropriado falar em princípio da juridicidade; c) a superação da dicotomia entre ato vinculado e discricionário, que servia como escudo contra sindicância judicial de determinadas decisões administrativas, existindo, na verdade, uma vinculação gradual à juridicidade; e d) a descentralização decisória, normativa e gerencial nas autoridades administrativas independentes e agências reguladoras, criando uma verdadeira administração policêntrica e não mais verticalizada.

Adota-se, portanto, o evento da constitucionalização do direito como premissa teórica válida e útil ao desenvolvimento deste trabalho. Apesar de não se desconhecer as críticas que lhe são dirigidas, especialmente quanto ao seu subjetivismo, à desvalorização da função legislativa e ao incentivo ao decisionismo judicial, acredita-se que isto não seja um problema da constitucionalização em si, mas da equivocada utilização dos seus métodos hermenêuticos, a exemplo da proporcionalidade e da ponderação, que sofrem com a mesmas críticas⁵³, o que será esclarecido no item 1.4⁵⁴.

Entre os principais efeitos da constitucionalização sobre o Direito Administrativo apontados acima, o objeto de estudo será focado nas mudanças efetivadas sobre a legalidade e as bases do regime jurídico-administrativo, fundadas sobre a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

1.3 A Releitura dos Elementos Caracterizadores do Regime Jurídico-Administrativo

O regime jurídico é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam determinada área do direito, formando subsistemas. Divide-se em duas grandes áreas: o regime jurídico de direito privado e o de direito público. Também se pode falar em regimes

⁵²BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 23/26.

⁵³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 2/5/2016.

⁵⁴ Considerando o objetivo específico deste trabalho, não será aprofundada uma análise sobre as críticas ao neoconstitucionalismo e sua réplica; o trabalho apenas se limitará a apresentar as ideias centrais do constitucionalismo e sua aplicação ao Direito Administrativo.

jurídicos setoriais, referentes a cada ramo do direito, como o regime jurídico do direito civil, comercial, tributário, administrativo etc.⁵⁵

Um dos efeitos da constitucionalização foi atenuar a separação estanque entre os regimes público e privado, contudo, apesar do debate sobre a privatização do direito público e a publicização do direito privado⁵⁶, ainda podem ser identificados espaços específicos suficientes para justificar a permanência desta dicotomia.

No âmbito do direito privado, continua sendo da sua essência o exercício da autonomia privada nas relações entre particulares, apesar das restrições oriundas de sua socialização como reflexo da constitucionalização⁵⁷.

Da mesma forma, ainda existem espaços próprios ao exercício da potestade administrativa, mas é reconhecido que a constitucionalização passa a permitir um maior controle ao exercício da autoridade administrativa, visando à garantia dos direitos fundamentais, assim como há a necessidade de uma efetiva participação popular na tomada de decisões pelo Poder Público⁵⁸.

A depender do delineamento constitucional e legal, a Administração Pública pode se submeter tanto ao regime privado quanto ao público, contudo, mesmo quando submetida ao regime jurídico de direito privado, como no caso da locação de um imóvel, ainda preserva diversas prerrogativas, a exemplo do juízo privativo, dos prazos processuais diferenciados, da impenhorabilidade de seus bens, entre outras⁵⁹.

A autonomia do Direito Administrativo é reconhecida por meio da existência das normas próprias que regulam a relação entre o Estado e os cidadãos, devidamente identificadas e sistematizadas pela doutrina. Bandeira de Mello⁶⁰ afirma que o fundamento

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 138-139.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a rejeitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

⁵⁷ Para Paulo Lôbo é necessário fazer uma distinção entre publicização e constitucionalização do direito civil: a primeira consiste no processo de regulação legislativa infralegal, a segunda refere-se ao fundamento constitucional do direito civil. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 100-101.

⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a rejeitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52.

mais relevante do regime jurídico-administrativo está nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Além das normas específicas regulando as relações jurídico-administrativas, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o ponto diferencial caracterizador do regime jurídico-administrativo seria o desnivelamento existente na relação do Estado com o cidadão, o que reflete a bipolaridade do Direito Administrativo entre a autoridade e a liberdade, prerrogativas e restrições⁶¹.

Com a constitucionalização, esta bipolaridade está sendo superada pela multilateralidade proveniente da simbiose entre o Estado e o particular, pois aquele só exerce suas funções com a atuação dos indivíduos, e a razão constitucional para a existência do Estado é justamente a promoção dos direitos fundamentais⁶².

São identificadas por Dicey⁶³ algumas características do regime jurídico-administrativo francês: conjunto de normas próprias; prerrogativas dos agentes administrativos; e a existência de um tribunal administrativo. Este tenta fazer a distinção entre o *droit administratif* e o sistema jurídico inglês, em que não haveria leis ou prerrogativas próprias aplicáveis às relações entre o Estado e o indivíduo. O autor, rememorando as lições de Tocqueville, afirma que não existiria diferença entre as instituições francesas modernas e aquelas presentes na antiga monarquia⁶⁴.

Marques Neto leciona que se se entender por Direito Administrativo a existência de prerrogativas e duplicidade de jurisdição, Dicey estaria correto; contudo, se o Direito Administrativo for concebido como aquele com especialidade própria para regular as relações jurídico-administrativas, a organização estrutural e a atuação da autoridade, desde aquela época este já existia no sistema do *common law*⁶⁵. Atualmente, percebe-se uma aproximação entre os sistemas, já se podendo falar em um Direito Administrativo do *common law*⁶⁶.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 127.

⁶³ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 8th ed. London: Macmillan, 1915, p. 220-221.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 258.

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015, p. 66-67.

⁶⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18, p. 44.

Essa superioridade da Administração Pública em face dos interesses particulares justificar-se-ia na necessidade que tem o Poder Público de possuir meios para atender ao bem comum, contudo, o fomento do interesse público não pode restringir desproporcionalmente os direitos individuais, pois “esta equação ou equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e as garantias dos administrados é a base fundamental da harmonia e do sistema administrativo”⁶⁷.

O Direito Administrativo constitucionalizado carece que os seus institutos e princípios sejam analisados sob a ótica dos direitos fundamentais; na verdade, os próprios direitos fundamentais passam a ser o seu fundamento mais importante, pois, conforme leciona Justen Filho, o “núcleo do Direito Administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis”⁶⁸.

Apesar de o regime jurídico-administrativo ter em seu bojo diversos outros institutos e princípios (impessoalidade, eficiência, moralidade, publicidade, boa-fé, segurança jurídica, proteção à confiança, participação, autoexecutoriedade, autotutela etc.) – muitos deles serão estudados no decorrer deste trabalho –, neste momento serão analisados os efeitos da constitucionalização sobre o alicerce mais profundo do regime jurídico-administrativo, a legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

1.3.1 Da legalidade à juridicidade como vinculação à lei e ao direito

Em sua origem, o Direito Administrativo foi regulado principalmente por decisões jurisprudenciais do Conselho de Estado, sendo este um dos motivos que levaram à alegação de que a Administração Pública não se submetia à lei⁶⁹.

Paulatinamente vão sendo criadas leis que regulam a atividade administrativa, contudo, estas não possuíam, como não possuem até hoje, uma maior organização sistemática, pois muitas eram leis circunstanciais, dando “origem a um ordenamento excessivamente fragmentado e instável”⁷⁰.

⁶⁷ CASSANGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 17-18.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11.

⁷⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 53-54.

Ao contrário das leis aplicáveis às relações entre particulares, que pelo respeito à liberdade e à autonomia privada, tudo que não fosse proibido era considerado permitido, o que se convencionou denominar de vinculação negativa à lei (*negative bindung*), o Estado só poderia fazer ou deixar de fazer o que estivesse prescrito em lei, havendo uma vinculação plena ou positiva à lei (*positive bindung*)⁷¹.

A legalidade foi considerada como a máxima expressão do princípio democrático e da segurança jurídica, pois havia a crença inspirada no ideal rousseauiano de que a lei seria a expressão da vontade popular, já que os seus representantes eleitos deveriam atuar apenas como comissários nos exatos limites do mandato que lhes foi concedido⁷². Os destinatários da norma seriam, em *ultima ratio*, aqueles que as instituíram por meio de seus representantes.

A legalidade deveria atender ao anseio de segurança jurídica, ancorada nos conceitos de previsibilidade (certeza e calculabilidade) e estabilidade⁷³; contudo, a complexidade social levou a um incremento das atividades e serviços prestados pelo Estado, gerando a necessidade de regulação destas funções, o que provocou uma inflação legislativa que acaba por prejudicar a própria segurança jurídica, já se falando em “chuva de leis”, “histeria legislativa”, “caos legislativo”, “furacão normativo”, “incontinência legislativa”, “aluvião de normas” e “orgia na produção de leis”⁷⁴.

A multiplicação das leis e regulamentos de todas as instâncias, paradoxalmente, leva à insegurança jurídica, pois não se tem mais certeza de qual regra se aplica a determinada situação; quanto mais leis, maior a insegurança jurídica.

Na sociedade atual, caracterizada como uma sociedade de risco, sociedade global ou da informação, o pleno acesso à informação amplia a capacidade de se imaginar uma gama de possibilidades que podem ocorrer no futuro, o que aumenta o receio de que algo possa dar errado, levando à compulsão pelo controle, que se expressa também por meio da inflação legislativa⁷⁵. Ávila⁷⁶, citando Goethe, afirma que “se todos tivessem de estudar as leis, não sobraria tempo para transgredi-las”.

⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45-46.

⁷² VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 102. Importante ressaltar que Rousseau foi um defensor da democracia direta e participativa, reconhecendo a democracia representativa como um mal necessário do Estado moderno.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 380.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 53.

⁷⁵ *Ibid.* p. 54.

É reconhecida a dificuldade do legislador de prever e dar uma resposta tempestiva às rápidas mudanças sociais e à dinâmica própria do exercício das funções administrativas; com isso, ganham relevo os atos normativos diferentes da lei em sentido estrito, especialmente aqueles editados pelas agências reguladoras, já se falando, inclusive, no fenômeno da deslegalização⁷⁷, caracterizada pela delegação legislativa ao Executivo para tratar de determinados assuntos de seu interesse mediante regulamento; a lei traria apenas os parâmetros gerais⁷⁸, o que representa “um dos mais claros sinais da erosão da lei formal como condição da atuação administrativa”⁷⁹.

A função legislativa também passa a perder sua legitimidade, seja por sua completa submissão aos interesses do Executivo, o que se agrava no modelo de presidencialismo de coalisão existente no Brasil, em que o Legislativo passa a ser apenas uma instância chanceladora das iniciativas do Poder Executivo⁸⁰, seja pelos frequentes escândalos de corrupção envolvendo os próprios legisladores⁸¹.

Segundo Binenbojm⁸², o reconhecimento da legalidade dos atos praticados pelo regime nacional-socialista na Alemanha durante a Segunda Grande Guerra, atribuído à assepsia moral do positivismo⁸³, criou certa desilusão quanto à sacralidade da lei.

Nesse cenário, as críticas jusnaturalistas ganham força, o que permite uma maior aproximação entre o direito e a moral, abrindo-se espaço para teorias pós-positivistas,

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 62.

⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

⁷⁸ O reconhecimento da deslegalização ainda é controvertido na doutrina e na jurisprudência do STF, contudo, após o julgamento da AC 1.193 QO-MC/RJ, em que o STF entendeu pela constitucionalidade do procedimento simplificado de licitação no âmbito da Petrobras, a posterior decisão na ADI 4.568, em que se reconheceu a possibilidade de definição dos índices para reajuste do salário mínimo por decreto presidencial, parece que hoje o entendimento jurisprudencial tende em favor do seu reconhecimento. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Princípios do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 79-83.

⁷⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 103.

⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 140-141.

⁸¹ (AP 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011)

⁸² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 135.

⁸³ O regime justificou sua conduta por meio de uma interpretação complacente do direito vigente. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10.

como as de Dworkin e Alexy⁸⁴, e reforçando a densidade mandamental dos princípios e regras presentes nas Constituições⁸⁵. O Estado Constitucional de Direito e o neoconstitucionalismo convergem para o pós-positivismo⁸⁶.

Os métodos interpretativos, sobretudo a interpretação conforme à Constituição, permitiu uma maior abertura para influência das normas constitucionais no direito infraconstitucional, sem a necessidade da exclusão do texto legal.

Um dos mecanismos propiciadores da constitucionalização do direito é a chamada interpretação conforme à Constituição. Este princípio, que é corolário dos postulados da supremacia da Constituição e da unidade da ordem jurídica, proclama que, entre várias exegeses possíveis de determinado enunciado normativo, deve o intérprete, desde logo, excluir aquelas que o tornem incompatível com os ditames da Lei Maior⁸⁷.

O Direito Administrativo, assim como os demais ramos do direito, passa a ser vinculado não só à lei, mas ao direito. Atualmente, também se fala bastante sobre o princípio da juridicidade administrativa, nomenclatura atribuída a Merkl⁸⁸.

Esse princípio contém a ideia de que o Direito Administrativo se vincula a todo o sistema jurídico, e não apenas à lei em sentido estrito; com isso, a Constituição passa a ser o principal parâmetro de conformação da atuação administrativa ao direito. “A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”⁸⁹.

A juridicidade está insculpida no inciso I, parágrafo único, do artigo 2º da Lei 9.784/99 (Lei do processo administrativo)⁹⁰, que é um transplante da norma contida no item 3 do artigo 20 da lei fundamental de Bonn⁹¹, que também se acha presente no artigo 103, I, da Constituição Espanhola⁹².

⁸⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 149.

⁸⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 218.

⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 67.

⁸⁸ *Ibid.* p. 147.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ 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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
I - atuação conforme a lei e o Direito;

⁹¹ Artigo 20 (Princípios constitucionais – Direitos de Resistência).

Neste contexto, a atuação da Administração Pública continua sendo pautada em regra pela lei, desde que esta esteja em conformidade com a Constituição (*secundum legem*); contudo, pode haver a aplicação direta da Constituição na ausência de lei (*praeter legem*); ou, em casos específicos e desde que razoavelmente fundamentada, pode ser reconhecida juridicidade a um ato administrativo mesmo que contra a lei, desde que esteja de acordo com as regras e princípios constitucionais (juridicidade *contra legem*).⁹³

Argumentar contra o sentido literal da lei, superando uma regra e mantendo intacta sua validade (juridicidade *contra legem*), é um dos casos mais difíceis a ser resolvido pelo Poder Judiciário⁹⁴.

No Direito Administrativo esta situação é operada pelos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança legítima, quando este é utilizado como limite à anulação de um ato administrativo em desconformidade com a lei⁹⁵. Já sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência, conforme será visto no desenvolvimento deste trabalho, que nas situações em que a aplicação da lei causar uma grave injustiça por afronta à segurança jurídica, podem ser mantidos os efeitos do ato administrativo, mesmo que ilegal.

1.3.1.1 A legalidade como subproduto da segurança jurídica e sua contradição com o princípio da proteção à confiança legítima

Tanto a legalidade quanto o princípio da proteção à confiança legítima são meios para que se promova a segurança jurídica; contudo, à primeira vista, estes são contraditórios, pois em algumas hipóteses de proteção à confiança, a legalidade estrita é afastada para se atender às expectativas justificadas, criadas nos cidadãos pelo Poder Público, quando se mantêm os efeitos dos atos administrativos inválidos.

(...)

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

⁹² Art. 103. 1. A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao direito.

⁹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 148.

⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 183.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 186-187.

O debate em torno do conflito entre a legalidade, a segurança jurídica e a proteção à confiança leva à seguinte indagação: é possível afastar uma intervenção estatal determinada por uma regra com fundamento em um princípio? Ou melhor, a regra que obriga o Estado a anular os atos ilegais pode ser afastada por um imperativo de segurança jurídica e proteção da confiança?

As situações em que o sistema jurídico autoriza a permanência dos efeitos de um ato mesmo contra disposição expressa da lei enquadram-se nos casos de juridicidade *contra legem*, conforme já foi explicado acima.

É apontado pela doutrina que nas situações em que se faz necessária a juridicidade *contra legem* de algum ato administrativo ilegal, ocorre uma colisão entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade⁹⁶, ou entre o princípio da proteção à confiança legítima (subprincípio da segurança jurídica) e da legalidade⁹⁷; por outro lado, Baptista⁹⁸ e Ávila⁹⁹ não reconhecem a existência desta colisão, pois a legalidade seria a forma de concretização do princípio da segurança jurídica, e com ele não poderia entrar em rota de colisão.

A legalidade vem ganhando novos contornos após o processo de constitucionalização, tendo o seu conceito ampliado na ideia de juridicidade, de conformidade não só à lei em sentido estrito, mas ao direito como um todo.

Portanto, o conflito entre a legalidade e a segurança jurídica somente seria possível utilizando-se um conceito de legalidade estrita, mas com o advento da constitucionalização é mais adequado se trabalhar com a ideia de juridicidade ou constitucionalidade, em que não só a lei, mas os princípios constitucionais passam a regular as condutas da Administração Pública, abrindo-se espaço para influência dos valores sobre a atuação administrativa. Sob este ponto de vista, não há que se falar em conflito, senão em conformação entre a segurança jurídica e a juridicidade¹⁰⁰.

⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 191-192.

⁹⁷ MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 70.

⁹⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 59.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 663.

¹⁰⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 59.

Apesar de a legalidade em sentido amplo não conflitar com a segurança jurídica, na solução do caso concreto a legalidade estrita poderá ser superada por meio da ponderação entre o princípio da proteção à confiança legítima e o princípio da proteção do interesse público, conforme será explicado de forma mais detalhada no último capítulo deste trabalho.

Para se admitir a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança legítima com a abrangência e eficácia ideais, é necessário admitir o evento da constitucionalização do Direito Administrativo e a consequente força normativa dos princípios, e, naturalmente, deverá ser adotada uma teoria hermenêutica pós-positivista. Optou-se pela teoria dos direitos fundamentais de Alexy, conforme será visto no item 1.4.

Contudo, antes de se adentrar nesta seara, é importante realizar uma análise constitucionalizada dos institutos apontados como a base do regime jurídico-administrativo, indisponibilidade e supremacia do interesse público.

1.3.2 Indisponibilidade do interesse público

A ideia de indisponibilidade do interesse público advém do fato de que os bens e interesses públicos não pertencem à Administração ou aos seus agentes, mas à coletividade; portanto, não se pode dispor deles livremente sem autorização legal¹⁰¹.

Na verdade, não existe um consenso entre os doutrinadores sobre o conceito de indisponibilidade do interesse público. Moretti¹⁰² agrupa as diversas concepções em quatro grupos: “1.1 indisponibilidade da finalidade legal; 1.2 indisponibilidade do dever de agir; 1.3 indisponibilidade dos bens e serviços; 1.4 indisponibilidade das competências administrativas”¹⁰³.

A partir de todas essas concepções dá para se ter uma noção do que representaria esta indisponibilidade: atos de disposição do que é de todos e para todos só podem ser autorizados pela vontade de todos ou pela maioria, sempre aos auspícios da lei.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

¹⁰² MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 460.

¹⁰³ Uma crítica que pode ser feita a esta divisão é que a indisponibilidade do dever de agir se confunde com a indisponibilidade das competências administrativas.

Contudo, percebe-se que a indisponibilidade passa a sofrer alguns temperamentos por causa dos efeitos da constitucionalização; um deles ocorre justamente pela incidência do princípio da proteção à confiança legítima, que para garantir a segurança jurídica¹⁰⁴ impede a Administração Pública de anular (ou pelo menos invalidar com efeitos *ex tunc*) um ato ilegal causador de dano ao erário, conforme será observado no decorrer deste trabalho.

Cabe salientar, que ainda hoje se percebe a influência da doutrina tradicional de que o interesse público, por representar o interesse de todos na consecução do bem comum, deve prevalecer sobre qualquer outro interesse (supremacia), e por não poder ser titularizado por ninguém, já que é público, seria indisponível (indisponibilidade)¹⁰⁵.

A indisponibilidade está intrinsecamente ligada à noção de supremacia do interesse público. Justen Filho afirma que a indisponibilidade é uma consequência desta supremacia¹⁰⁶.

1.3.3 Interesses públicos supremos: análise crítica do dogma da supremacia do interesse público

A discussão a respeito da existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo é uma das mais presentes entre os doutrinadores brasileiros. Como referência neste debate, cita-se o artigo pioneiro de Humberto Ávila¹⁰⁷, a rejeitar a existência deste princípio, posteriormente ratificado por diversos outros doutrinadores, como: Sarmiento¹⁰⁸, Krell¹⁰⁹, Binenbojm¹¹⁰, Baptista¹¹¹, e Schier¹¹², em que se

¹⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. 16ª ed. Livro eletrônico, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3.919.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 144.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 de novembro de 2013. Artigo publicado originalmente em 1999, no livro *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubens Ruschel*.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre os direitos fundamentais e os interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

¹⁰⁹ KRELL, Andreas J. Interesse público (primário) e interesses difusos no direito ambiental: o aspecto “político” de sua concretização. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63/2011, p. 11-48, julho/setembro, 2011.

tenta superar a doutrina tradicional, especialmente a de Bandeira de Mello¹¹³ e Di Pietro¹¹⁴, entendimento que também é seguido por Carvalho Filho¹¹⁵, Medina Osório¹¹⁶ e Gonzáles Borges¹¹⁷.

A atenção que a doutrina tem dispensado ao tema demonstra sua importância, pois dependendo da conclusão a que se chegue, isso pode trazer consequências diretas para diversos institutos do Direito Administrativo (processo administrativo, contratos administrativos, serviços públicos, bens públicos, regulação¹¹⁸, poder de polícia, autotutela etc.), já que o referido princípio compõe a base de todo o regime jurídico-administrativo.

A efetiva utilização do princípio da proteção à confiança legítima dependerá da superação deste dogma administrativo. É que, no fim das contas, aquele acaba por privilegiar o interesse privado sobre o público, o que justifica um maior esforço argumentativo para demonstrar a inexistência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Bandeira de Mello afirma que este princípio é um verdadeiro axioma “que proclama a superioridade do interesse da coletividade, afirmando a prevalência dele sobre o particular”, e ao definir o que seria interesse público, explica que este seria composto pelos interesses de cada indivíduo na condição de membro da sociedade, não devendo ser considerado apenas o interesse particular isoladamente¹¹⁹.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

¹¹¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹¹² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 845/2006, p. 22-36, março, 2006.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público: e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público: e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 770/1999, p. 53-92, Dezembro, 1999.

¹¹⁷ BORGES, Alice Maria Gonzáles. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 4, nº 14, julho – setembro, 2006.

¹¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 431-438.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66-67.

Criticando esta ideia, Binjenbojm¹²⁰ afirma que Mello estaria a defender uma concepção unitária entre os conceitos de interesse privado e público, para logo após se contradizer ao afirmar a superioridade do interesse da coletividade sobre o particular, pois não se poderia adotar uma concepção unitária e ao mesmo tempo defender a prevalência de um dos interesses envolvidos.

Para Di Pietro¹²¹, o direito público protege apenas reflexivamente os interesses individuais, sendo o seu objetivo principal o bem-estar da coletividade, devendo o indivíduo deixar de ser considerado o fim único do direito, já que este fim deve ser o interesse público, justificando assim a supremacia do interesse público sobre o particular.

As lições de Mello e Di Pietro a respeito desse tema parecem se identificar com teorias coletivistas, pois os interesses particulares, para serem reconhecidos como legítimos, deveriam estar contribuindo para os fins públicos¹²², ou seja, os interesses individuais seriam um meio para a realização de um bem comum, a ser viabilizado pelo Estado.

Medina Osório¹²³ procura na Constituição ou na legislação ordinária, normas que preveem a prevalência dos interesses do Estado em detrimento dos interesses individuais, e daí tenta inferir a existência de um princípio constitucional implícito da supremacia do interesse público sobre o particular, quando, na verdade, o que há é a supremacia da lei e da Constituição, pois ao lado de diversos dispositivos que determinam a prevalência do interesse público existem tantos outros que apontam para a garantia dos direitos individuais.

Ávila conclui pela negação da existência de um princípio da supremacia do interesse público, porque um princípio explicativo não pode se apresentar como uma regra de preferência; também não pode ser identificado como um postulado normativo, já que para isso seria necessário haver uma definição objetiva e abstrata do conceito de interesse público, o que não é viável pela sua indeterminação, só podendo ser realizado no caso concreto, momento em que o intérprete realizará a ponderação para identificar a opção que proporcionará a realização, na máxima medida possível, dos interesses tutelados juridicamente, sejam públicos ou privados.

¹²⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 88.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

¹²² BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 88.

¹²³ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 770/1999, p. 53-92, dezembro de 1999.

Percebe-se que a primeira divergência entre a doutrina que defende a existência de um princípio da supremacia do interesse público e seus críticos está no método aplicado, já que a primeira trabalha com uma concepção axiológica, princípios como as normas mais importantes do sistema jurídico; os outros concebem os princípios em sua estrutura, em que estes seriam mandamentos de otimização; portanto, um princípio não poderia determinar que ele sempre irá prevalecer, porque assim estaria excluindo de antemão a possibilidade de ponderação, forma de solução de colisões entre princípios¹²⁴.

Por se tratar de conceitos de princípios oriundos de métodos diversos, esse debate perde força e se torna uma discussão meramente terminológica¹²⁵.

Outra crítica se dirige à tentativa de definir aprioristicamente uma supremacia do interesse público, quando apenas no caso concreto poder-se-á identificá-lo e se este deve prevalecer perante os interesses individuais¹²⁶.

Não seria incorreto afirmar que interesses públicos e privados possuem uma ligação, em que a satisfação de um beneficiaria o outro, desde que se esteja tratando de uma ideia abstrata de interesse público; no caso concreto, o choque de interesses passa a ser detectável.

Por exemplo, apesar de abstratamente todos terem interesse na desapropriação de um imóvel para a construção de uma escola, pois melhoraria a educação das crianças de determinada localidade, poderia haver repercussões positivas nos índices de criminalidade, entre outros fatores, do ponto de vista dos benefícios específicos: aqueles que têm filhos em idade escolar seriam mais beneficiados do que os que não os têm, e considerando os prejuízos, o proprietário do imóvel desapropriado assumiu um ônus diferenciado em relação a todos os demais membros da sociedade, havendo uma real possibilidade de conflito entre o ente desapropriante e o particular desapropriado. Uma intervenção estatal para a realização do interesse público sempre atinge de forma desigual a esfera privada¹²⁷.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre os direitos fundamentais e os interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 141.

¹²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: Fernando Dias Menezes de Almeida et al. (orgs.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 741.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 426.

Apesar de sob a ótica totalizante, não existir uma verdadeira dicotomia entre interesses públicos e privados, tão só uma diferenciação estrutural. Mesmo no caso dos interesses difusos, já reconhecidos como uma espécie de interesse público¹²⁸, continuarão a existir situações concretas em que ficará muito bem caracterizado o choque entre estes e o interesse privado, ambos legítimos.

Também é comum o conflito entre interesses públicos, e é evidente que aqui não se pode invocar a supremacia de um dos interesses envolvidos; “com efeito, para o caso de contraposições concretas entre dois ou mais interesses públicos normativamente reconhecidos, a resposta da teoria da supremacia seria um silêncio total”¹²⁹.

Tanto os administrativistas que defendem quanto uma parcela dos que rejeitam o princípio da supremacia do interesse público adotam um conceito amplo, abrangente e totalizante, em que na satisfação dos interesses públicos também estaria presente a defesa dos interesses individuais, havendo uma espécie de vinculação estrutural. É o que Cristóvam¹³⁰ denomina de conceito político-axiológico.

O interesse público também pode ser definido numa acepção estrita (jurídico-normativa), que identifica no caso concreto um conflito entre os interesses públicos e privados que devem ser resolvidos por meio da ponderação¹³¹.

Ávila¹³², inspirado nas lições de Häberle¹³³, adota o conceito amplo e afirma que não há colisão entre o interesse público e o privado, verificando-se uma “indissociabilidade” entre os mesmos, na medida em que, muitas vezes, a garantia de um interesse individual pode representar a realização de um interesse público.

Nesta mesma linha de raciocínio, Binenbojm¹³⁴ parte da premissa da constitucionalização do Direito Administrativo e de que a finalidade, fundamento e limites do Estado estariam voltados a concretizar os paradigmas constitucionais, que tutelam tanto os

¹²⁸ KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 126-136.

¹²⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 139.

¹³⁰ *Ibid.* p. 108.

¹³¹ *Ibid.* p. 111.

¹³² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 de novembro de 2013, p. 13-14.

¹³³ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Peru: Fondo Editorial, 1997, p. 76.

¹³⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 106.

interesses privados quantos os públicos, e que seriam espécies de interesses públicos. Um eventual conflito deveria ser resolvido por meio da ponderação, quando então se encontraria o “melhor interesse público”¹³⁵.

Como visto, esta espécie de vinculação só pode ocorrer no plano abstrato, pois no caso concreto poderá ser identificado um conflito de interesses entre o Estado e o particular¹³⁶.

Portanto, tanto os que defendem a supremacia quantos alguns que a rejeitam adotam um conceito amplo de interesse público, aqueles enxergando uma unidade entre os interesses públicos e privados, como se estes se confundissem na busca do bem comum e, portanto, seria natural a prevalência absoluta do interesse público; os demais também afirmam esta identidade, mas neste caso para justificar a rejeição da supremacia do interesse público.

Acredita-se que não seja adequado argumentar que tudo é interesse público com a finalidade de rejeitar o princípio da supremacia. Esta indissociabilidade *in concreto* também merece ser refutada por outros argumentos lapidados a partir dos fundamentos filosóficos do princípio da supremacia do interesse público e da teoria hermenêutica adequada para a solução deste tipo de conflito.

Quanto aos fundamentos filosóficos, percebe-se que os limites da esfera privada e da pública estão inseridos na grande dicotomia entre o público e o privado. Esse conflito está muito presente nas relações entre o Estado e o indivíduo, reguladas pelo Direito Administrativo, refletindo a conflituosa relação entre a liberdade e a autoridade¹³⁷.

A justificação da existência de um interesse público que poderia suprimir o interesse privado visando alcançar o bem comum remonta ao princípio aristotélico de que “o todo vem antes das partes”¹³⁸.

Apesar de aparentemente sedutora, a teoria moral por trás destas ideias, o coletivismo, oriundo do historicismo e do organicismo hegeliano, traz uma consequência perigosa, que é a possibilidade da total desconsideração dos direitos individuais sempre que o Estado entender que determinada medida é essencial para a realização do bem comum, pois a

¹³⁵ Ibid. p. 107-108.

¹³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: Fernando Dias Menezes de Almeida et al. (orgs.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 741.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 395.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz na terra, 1997, p. 24.

sociedade viria antes do indivíduo¹³⁹, quando justamente “uma das funções precípua dos direitos fundamentais é proteger os direitos do indivíduo contra os interesses de uma determinada coletividade”¹⁴⁰.

Ao aceitar a ideia de que os interesses particulares estão a serviço do interesse público, existe o risco de se restringir desproporcionalmente as liberdades individuais, sem autorização legal ou constitucional específica, mas apenas fundado numa cláusula geral de supremacia do interesse público, o que é uma afronta ao princípio democrático¹⁴¹.

A Constituição Federal de 1988 alberga tanto a garantia dos direitos individuais fundados no ideal liberal (artigo 5º, CF), como os seus limites sociais (princípio da função social da propriedade, princípio da solidariedade, etc.) e os diversos direitos sociais também garantidos constitucionalmente, que possuem uma justificação coletivista.

Existe um amálgama de interesses essencialmente antagônicos, natural das constituições democráticas, em que ocorre um efetivo debate e composições políticas, formando um conjunto dialético de direitos e deveres¹⁴².

E nestes casos, não há como definir qual interesse deve prevalecer de forma prévia e abstrata, com base em uma cláusula geral de supremacia; isso só pode ocorrer examinando o caso concreto, fazendo uso da regra da proporcionalidade, passando por suas etapas necessárias e graduais, em que se realizarão os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como a ponderação entre os princípios e interesses colidentes.

Não se nega a existência de um princípio do interesse público a fomentar o bem comum que deve ser perseguido pelo Estado, mas isso não autoriza presumir, de forma absoluta, que este sempre tenha preferência. Após o juízo de ponderação, na solução do caso concreto, pode ser que prevaleçam os interesses individuais.

Estas conclusões são um importante norte para a interpretação das normas que regulam as relações jurídico-administrativas, pois a rejeição da supremacia do interesse público autoriza o intérprete a levar a sério os interesses individuais dos cidadãos.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 15.

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: Fernando Dias Menezes de Almeida et al. (orgs.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 739.

¹⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 111.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

1.4 A Ponderação como Instrumento Hermenêutico Adequado para a Aplicação do Direito Administrativo Constitucionalizado

Com a constitucionalização, os princípios passam a ter uma importância fundamental para sistematizar e melhor estruturar as leis administrativas, trazendo uma maior racionalidade para o sistema¹⁴³, servindo também como “cabresto da discricionariedade administrativa”, superando a dicotomia entre atos vinculados e discricionários e a ideia de que estes estariam livres do controle judicial¹⁴⁴, pois sempre existirá algum grau de vinculação à juridicidade¹⁴⁵.

Por outro lado, a utilização excessiva dos princípios, sem deixar claro o método hermenêutico utilizado e as razões que levaram à conclusão do julgador, pode conduzir ao decisionismo judicial¹⁴⁶, passando os princípios a ser utilizados como simples artifícios retóricos.

Ao se trabalhar com a normatividade dos princípios, é essencial a definição de qual a teoria dos direitos fundamentais será utilizada, já que, a depender da escolha realizada, os resultados alcançados podem ser diversos. Importante ainda esclarecer que apesar de essa opção teórica dever ser fundamentada, sempre existe uma margem de subjetivismo na escolha; mesmo assim é importante explicitar as premissas de que se parte, para permitir um maior controle intersubjetivo e da comunidade acadêmica¹⁴⁷.

Com a escolha de uma teoria dos direitos fundamentais, é possível definir qual o método de interpretação que será utilizado¹⁴⁸; no caso específico deste trabalho, será utilizada como base hermenêutica a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, especialmente

¹⁴³ ENTERRÍA, Eduardo García de. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública* 40, 1963, p. 203-204.

¹⁴⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 54.

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 220.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-165.

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 375.

¹⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 372.

com foco na proporcionalidade e na ponderação, figuras que foram adequadamente analisadas e desenvolvidas pelo autor.

Essa teoria foi desenvolvida para ser utilizada num sistema jurídico diverso, no caso, o alemão¹⁴⁹, mas por sua substância teórica e relevância prática, acabou por se disseminar por todo o Ocidente; sua aplicação no Brasil teve importantes contribuições de autores como Silva¹⁵⁰, Ávila¹⁵¹, Barcellos¹⁵² e Bustamante¹⁵³, que por meio de suas observações e também das críticas auxiliaram na sua aclimação ao sistema jurídico pátrio.

Uma das razões que justificam a utilização desta doutrina é o fato de ela já se achar bem disseminada entre os operadores do direito, o que permite sua melhor aceitação, já que pelo menos a ponderação e a proporcionalidade¹⁵⁴ são conhecidas e amplamente utilizadas, nem sempre corretamente, diga-se de passagem, pois, na maioria das vezes, são usadas equivocadamente, sem precisão técnica¹⁵⁵.

Especialmente no âmbito do Direito Administrativo, a ponderação tem sua utilidade reforçada pela constante tensão existente nas relações jurídico-administrativas entre os interesses públicos e privados, autoridade e liberdade, Estado e indivíduo, como bem identificou Jiménez: “o Direito Administrativo é um direito de conflitos, especialmente entre princípios constitucionais, cuja resolução tem essa natureza e é articulada tecnicamente através da ponderação”¹⁵⁶.

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações sobre os principais aspectos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, mormente sobre a regra da proporcionalidade e a

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

¹⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁵⁴ Alexy utiliza a expressão “máxima da proporcionalidade”, contudo, conforme explica Virgílio Afonso da Silva, mantendo a coerência com a teoria dos princípios de Alexy, a proporcionalidade é uma regra (sobre a aplicação das regras), e não um princípio. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 168-169.

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais/fasc. civ.* Ano 91, v. 798, abril 2002, p. 34

¹⁵⁶ JIMÉNEZ, Luis Arroyo. Ponderación, proporcionalidade y derecho administrativo. In: ORTEGA, Luis; SIERRA, Suzana de la. *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 43.

ponderação, para depois avançar na sua aplicação ao problema concreto que se pretende analisar neste estudo.

Para a teoria dos direitos fundamentais de Alexy¹⁵⁷, as normas podem ter a natureza de regras ou princípios; ambas as espécies possuem eficácia jurídica, deixando os princípios de ser considerados tão só normas programáticas sem densidade normativa.

Não se utiliza uma diferenciação pelo grau de importância ou de abstração, mas sim pelo grau estrutural (qualitativo)¹⁵⁸, em que as regras garantiriam direitos (deveres) definitivos e os princípios garantiriam direitos *prima facie*¹⁵⁹.

As regras são mandamentos definitivos, e nesta condição, se não houver o estabelecimento de uma regra de exceção, materializando-se as condutas previstas no fato-tipo, necessariamente advirá a consequência jurídica. No caso dos princípios, ocorrendo no mundo dos fatos o evento previsto no seu suporte fático, os efeitos devem se realizar, na máxima medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (mandamento de otimização)¹⁶⁰.

O principal critério de distinção entre as regras e os princípios está na forma de solução dos conflitos entre regras e colisão entre princípios. O conflito entre regras poderá ser solucionado pela introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de umas das regras; já na colisão entre princípios, deverá ser realizado um sopesamento, permanecendo válidos todos os princípios em conflito¹⁶¹.

Na colisão de princípios, a solução será produzida sempre levando em consideração o caso concreto, pois para se chegar a um resultado é necessário observar as circunstâncias jurídicas e fáticas que se apresentam naquele momento; se a situação muda, o resultado da ponderação poderá ser diferente. É o que Alexy denomina de “relação de

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 90-91.

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 45-46.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-93.

precedência condicionada”¹⁶². Este conceito é de extrema relevância para a compreensão da colisão entre princípios¹⁶³.

Rejeitando a possibilidade de que a solução das colisões entre princípios ocorra a partir de uma relação incondicionada de precedência ou de relações de precedência abstrata, Alexy formula a lei de colisão e afirma que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹⁶⁴.

Para esta teoria, há uma impossibilidade lógica da existência de um princípio que determine de forma prévia qual interesse deve prevalecer definitivamente (mas existem preferências *prima facie*¹⁶⁵), pois ao se definir previamente que um dos princípios e interesses sempre prevalece, não há possibilidade lógica de ponderação, e se não há ponderação, não há princípio como mandamento de otimização, já que esta depende das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no caso concreto¹⁶⁶.

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é o tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios, e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações¹⁶⁷.

Além de considerar a relação de precedência condicionada, Alexy adota uma teoria ampla do suporte fático, o que reforça a garantia dos direitos fundamentais, aumentando o seu âmbito de proteção. Isso requer um maior ônus argumentativo para se analisar cada situação, ao contrário das teorias restritivas, que se eximem deste encargo agindo por pura intuição¹⁶⁸, além de ser bastante arriscado excluir-se previamente uma gama de situações do âmbito de proteção da norma, sob pena de deixar algum direito descoberto.

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 99.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editora Gedisa, 2004, p. 207.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 64.

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 97.

Tão importante quanto a aceitação de um conceito amplo de suporte fático é a adoção da ideia de restrição externa, rejeitando-se as teorias internas, como a dos limites imanentes.

Se um direito fundamental já possui de antemão, de forma abstrata, um âmbito de proteção predefinido, nunca haveria a possibilidade de colisões, porque estas esferas de incidência não entrariam em contato, não havendo, portanto, motivo para a utilização da técnica da ponderação¹⁶⁹.

Silva¹⁷⁰ explica que para a teoria de Alexy¹⁷¹ é necessário se rejeitar a ideia de um núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais, parcela do seu âmbito de proteção previamente definido que seria intangível, já que este somente poderá ser definido após o exercício do sopesamento; portanto, o núcleo essencial é sempre relativo.

Para o autor, sempre que houver o juízo de proporcionalidade, o âmbito de proteção de um direito fundamental estará preservado, não tendo utilidade a exigência de uma dupla garantia: ponderação e núcleo essencial absoluto.

Para Alexy¹⁷², a regra (máxima) da proporcionalidade opera por meio da aplicação dos três testes (máximas parciais): da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, momento em que é realizada a ponderação. Deve ser seguida esta ordem, necessariamente, e, ao final, verificar-se-á se a medida estatal de intervenção sobre o direito fundamental do cidadão é proporcional¹⁷³.

As máximas da adequação e necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível em relação às condições fáticas; já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas, momento em que haverá a ponderação entre princípios colidentes, por meio da lei do sopesamento¹⁷⁴.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 62.

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 300-301.

¹⁷² Ibid. p. 588.

¹⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais/fasc. civ.* Ano 91, v. 798, abril 2002, p. 34.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118 e 594.

Na análise da adequação, é verificado se a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objeto perseguido¹⁷⁵. No teste da adequação realiza-se uma comparação linear entre meio e fim pretendido.

No caso da utilização do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos, verifica-se se a anulação do ato ilegal é adequada para, pelo menos, fomentar a proteção e a indisponibilidade do interesse público e preservar a decisão do legislador.

No exame da necessidade, é realizada uma comparação entre a medida adotada com outras medidas alternativas. Uma medida somente poderá ser considerada desnecessária caso exista medida menos restritiva que atinja a finalidade perseguida com a mesma eficiência¹⁷⁶.

Aplicando o teste da necessidade sobre o problema aqui analisado, verifica-se que não existe medida menos restritiva que proteja o patrimônio e o interesse público do que a anulação do ato ilegal¹⁷⁷.

Em regra, as duas primeiras etapas são superadas, restando a análise final, em que se verifica a proporcionalidade em sentido estrito, momento necessário para se evitar que uma medida de alta eficiência, adequada e necessária, produza uma restrição muito intensa a outros direitos¹⁷⁸.

Para a análise da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy formula a lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro”¹⁷⁹.

Neste momento, a análise comparativa dos pesos dos princípios e interesses colidentes se torna tópica, sendo trazidos para o discurso todos os argumentos que justifiquem de forma racional, dentro do sistema jurídico, a decisão pela prevalência de alguns interesses envolvidos.

Aqui, na verdade, é realizado um juízo de desproporcionalidade¹⁸⁰, pois se a intervenção for proporcional nada muda e a medida continua a surtir seus efeitos

¹⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 170.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 171.

¹⁷⁷ Está se trabalhando com situações em que o ato administrativo ilegal possui um vício insanável e, portanto, nulo, não havendo a possibilidade de convalidação. Caso se tratasse de um vício sanável, a anulação não passaria no teste da necessidade, pois haveria uma medida menos gravosa, que seria a convalidação do ato.

¹⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 174.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593.

normalmente; mas se não, deverá ser afastada. Para que a medida seja considerada desproporcional, é necessário que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente a justificar a restrição ao direito fundamental atingido¹⁸¹.

O resultado deste juízo de ponderação é uma regra que irá regular aquele caso concreto. “De acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalente”¹⁸². Desta forma, a ponderação é uma modalidade de discurso que permite solucionar a colisão de princípios mediante a criação de regras¹⁸³.

Portanto, depois da ponderação se processa a subsunção da regra criada para a solução daquele caso concreto e que “pode generalizar-se e terminar por fazer desnecessária a ponderação”¹⁸⁴, em casos futuros reiterados.

Na verdade, percebe-se que a ponderação e a subsunção não são excludentes, mas graduais, aplicando-se em fases distintas. Se para a solução do caso concreto a regra for suficiente, não existindo nenhuma discussão principiológica, deve ser realizada a subsunção, todavia, haverá situações em que a colisão entre princípios estará presente, avançando-se para a ponderação¹⁸⁵.

O objeto de investigação do presente trabalho enquadra-se nesta segunda hipótese. Apesar de haver regra específica determinando a anulação dos atos ilegais (artigo 53 da Lei 9.784/99), existem situações em que a simples subsunção não será suficiente para resolver adequadamente o caso concreto sem a ocorrência de uma grave injustiça, havendo a necessidade de argumentar e ponderar os princípios em colisão, requisito hermenêutico necessário à aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

¹⁸⁰ KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 110.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 607.

¹⁸² *Ibid.*, p. 165.

¹⁸³ JIMÉNEZ, Luis Arroyo. Ponderación, proporcionalidade y derecho administrativo. In: ORTEGA, Luis; SIERRA, Suzana de la. *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 24.

¹⁸⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales. In: ORTEGA, Luis; SIERRA, Suzana de la. *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 69.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 69.

1.4.1 Panorama das críticas a respeito da ponderação

A ponderação ou sopesamento, assim como a proporcionalidade, sofre diversas críticas daqueles que pretendem uma maior objetividade na forma de interpretar e aplicar o direito. Müller já chegou a afirmar que “o sopesamento é um método irracional, uma mistura de ‘sugestionamento linguístico’, ‘pré-compreensões mal esclarecidas’ e ‘envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos’, cujo resultado não passa de mera suposição”¹⁸⁶.

Müller é adepto de um conceito restrito de âmbito de proteção do suporte fático, que tenta limitar o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, o que acaba por mascarar a necessidade de argumentação do que é protegido por determinado princípio, ao contrário da ideia de suporte fático amplo, defendida por Alexy, em que todas as condutas possíveis podem ser protegidas, sendo o âmbito de proteção restringido, posteriormente, quando da colisão com outros princípios¹⁸⁷.

Essa divergência de ideias entre Müller e Alexy representa a adoção de duas teorias diversas sobre a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais. O primeiro adota a teoria interna, em que de antemão já se identifica se uma conduta está ou não protegida por um determinado direito fundamental; por exemplo, a calúnia não estaria protegida pela liberdade de expressão. O segundo segue a teoria externa, segundo a qual todas as condutas possíveis estão inseridas no âmbito de determinado direito fundamental, mas que pode ser limitada por outro princípio colidente após o processo de ponderação; portanto, a calúnia estaria inserida no âmbito de proteção da liberdade de expressão, mas ao colidir com o direito a honra e a imagem pode ser restringida após o processo de sopesamento, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto.

A teoria externa, além de identificar um espectro mais amplo de condutas *prima facie* com o exercício da liberdade, permite uma “argumentação mais transparente e racional, e com isso também uma justificação mais adequada das decisões”¹⁸⁸, trazendo para a superfície as razões em conflito e o motivo de se haver escolhido uma delas.

¹⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. p. 209 apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico* in: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

¹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 97.

¹⁸⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales. In: ORTEGA, Luis; SIERRA, Suzana de la. *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 64.

Böckenförde alerta para o perigo do excesso de direitos fundamentais como mandados de otimização, o que levaria a um Estado judiciário em detrimento do Estado legislativo (Constituição-fundamento). Alexy contesta esta assertiva e tenta compatibilizar sua teoria com a ideia de Constituição-moldura¹⁸⁹, mas não nos exatos moldes liberais de Böckenförde, cabendo ao legislador exercer sua discricionariedade dentro dos espaços da moldura constitucional¹⁹⁰.

Já Streck¹⁹¹ chama a atenção para a brecha que a ponderação abre à discricionariedade judicial, o que não diferiria em essência da delegação atribuída ao Juiz pelo positivismo kelseniano para decidir discricionariamente. A partir desta assertiva, questiona o referido autor: “qual é a distância daí até a arbitrariedade interpretativa (ou, se quiser, o decisionismo)?”.

A resposta pode ser dada pelo próprio Alexy, quando afirma que o modelo de sopesamento decisionista realmente é incontrolável, pois o seu resultado ocorre de forma intuitiva; contudo, este deve ser contraposto ao sopesamento fundamentado de forma racional, que permite a avaliação da correção das razões invocadas tendo como referência o sistema jurídico¹⁹².

Ávila¹⁹³, ao tecer suas críticas ao neoconstitucionalismo, também as faz em relação à ponderação, ressaltando o elevado subjetivismo, a desvalorização da função legislativa e o incentivo ao decisionismo judicial.

Barcellos¹⁹⁴ faz um apanhado das críticas mais comuns: a) inconsistência metodológica, pois não deixa claro o conteúdo da técnica; b) excessivo subjetivismo, arbitrariedade e voluntarismo; c) a aplicação do direito passa a ser em um novo processo político, no qual as prognoses legislativas são livremente avaliadas por órgãos que não possuem legitimidade, no caso, o Judiciário; d) ameaça aos direitos fundamentais, que podem

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 579.

¹⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

¹⁹¹ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-165.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito e o Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 2/5/2016.

¹⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50-52.

ser livremente ponderados; e) a submissão dos direitos fundamentais, que são contramajoritários, à vontade da maioria refletida na vontade do Juiz; f) afronta à segurança jurídica e à legalidade, passando tudo a ser resolvido pela ponderação.

Muitas dessas críticas dirigidas à ponderação e à proporcionalidade podem ser redirecionadas para a atividade interpretativa do direito como um todo; a subsunção também não escapa do subjetivismo, havendo situações em que esta é extremamente dificultosa, especialmente quando são utilizados termos vagos na lei. Apesar de todas essas dificuldades, não há outra maneira de solucionar as colisões de princípios constitucionais a não ser pela ponderação¹⁹⁵.

Não é possível a construção de um método de interpretação que exclua totalmente a subjetividade inerente à condição humana, restando ao aplicador do direito externar de forma clara o método e os argumentos utilizados, o que possibilitará um maior controle de suas decisões¹⁹⁶.

Percebe-se que muitas das críticas dirigidas à ponderação dizem respeito à utilização inadequada do método (ou sem método algum), que tem levado a uma “compulsão ponderadora”¹⁹⁷, quando na verdade existem vários requisitos e condições, devendo ser seguida toda uma sequência de etapas para a sua utilização, conforme explicado no item anterior.

Não é o objetivo específico deste trabalho explicar todas as críticas e debatê-las, mas apenas demonstrá-las de forma sucinta, não se apresentando a teoria aqui adotada como indene de inconvenientes, mas reconhecendo-os para justificar que, apesar das críticas, “a ponderação continua representando um recurso metódico legítimo e extremamente útil para a interpretação do direito”¹⁹⁸, apresentando-se como o mais adequado à solução do problema aqui apresentado.

Demonstrada a origem do Direito Administrativo imbuído dos valores do Estado Democrático de Direito, entre estes a segurança jurídica, dos quais se pretende realizar um resgate por meio dos efeitos do processo de constitucionalização, e apresentadas as

¹⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54-55.

¹⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 366-368.

¹⁹⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 196.

¹⁹⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 110.

premissas hermenêuticas que serão utilizadas neste trabalho, será realizada no próximo capítulo uma análise detalhada sobre o desenvolvimento e a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

2 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E SUAS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

Apresentados os fundamentos metodológicos em que será desenvolvido este trabalho, com o reconhecimento dos efeitos do movimento de constitucionalização no Direito Administrativo e da teoria dos direitos fundamentais de Alexy para uma utilização constitucionalmente adequada do princípio da proteção à confiança legítima, será iniciada uma investigação das possibilidades deste princípio no direito brasileiro.

Para tanto será necessário fazer uma análise do desenvolvimento e da utilização do referido princípio em alguns países e no Brasil. Neste momento também será investigada a relação do princípio da proteção à confiança legítima com os demais princípios e institutos jurídicos concorrentes.

2.1 A utilização do Princípio da Proteção à Confiança em Outros Países

Para se identificar as situações em que estará preenchido o suporte fático do princípio da proteção à confiança legítima, permitindo assim que sejam ativadas as suas consequências jurídicas (efeitos), é necessário analisar como este princípio se desenvolveu em alguns países, até porque este é fruto do sistema jurídico europeu, tendo sua origem identificada na jurisprudência das Cortes alemãs. Isto é importante para se evitar sua incorporação forçada ou inadequada ao direito brasileiro.

Esclarece Dantas¹⁹⁹ ser inerente ao mundo contemporâneo o compartilhamento de soluções jurídicas entre as nações, chamando a atenção para a importância de se realizar uma análise crítica, evitando a incorporação destes institutos jurídicos sem levar em consideração os condicionamentos de cada sistema jurídico.

Levando em consideração o objeto específico desta dissertação, será realizada uma análise comparativa do uso do princípio da proteção à confiança legítima na Alemanha, Espanha e Portugal com o Brasil²⁰⁰, mediante uma pesquisa horizontal do objeto averiguado.

¹⁹⁹ DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 102.

²⁰⁰ Não se entrará aqui na discussão de se o Direito Comparado é ciência (ramo do direito autônomo) ou método. Caio Mario explica que independentemente da conclusão a que se chegue, os elementos definidores são pacificamente aceitos. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito comparado e o seu estudo*. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*. Out./1955, ano VII, p. 43. No mesmo sentido, Ivo Dantas afirma que esta é uma discussão meramente acadêmica, de importância relativa, pois o que

Não se tem a pretensão de produzir um estudo histórico do direito (análise vertical), em que se busca nos primórdios de determinado sistema a origem de algum instituto jurídico, rastreando-o até o momento atual²⁰¹, mas apenas apresentar de forma sucinta a origem e o desenvolvimento do princípio da proteção à confiança legítima nestes países que utilizam o referido princípio de formas distintas.

O desenvolvimento e a forma de aplicação deste princípio dependem do contexto social e do sistema jurídico próprio de cada país, a exemplo da Espanha e Portugal, que possuem uma tendência a utilizar o princípio da boa-fé para atingir alguns dos efeitos atribuídos ao princípio da proteção à confiança legítima, o que acaba por influenciar boa parte dos países latino-americanos²⁰²; já o Brasil sofre uma maior influência alemã, conforme será visto a seguir.

2.1.1 Alemanha

O princípio da proteção à confiança legítima tem sua origem reconhecida na jurisprudência do Tribunal Administrativo Superior de Berlim, justamente em uma situação em que se discutiam os efeitos de um ato ilegal que tinha despertado a confiança legítima no beneficiário de boa-fé.

Trata-se do processo conhecido como o caso da “viúva de Berlim”, em que o Tribunal Administrativo Superior de Berlim, em 1956 (DVBL. 1957, 503), numa decisão confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal (BVerwGE 9, 251), determinou a manutenção de uma pensão, mesmo após o reconhecimento de sua ilegalidade²⁰³.

No caso concreto, a viúva de um funcionário público recebeu uma promessa oficial de reconhecimento ao direito de uma pensão por morte, caso se mudasse da República Democrática Alemã para Berlim Ocidental. Transcorrido um ano, constatou-se que ela não teria preenchido todos os requisitos legais para a concessão daquele benefício, sendo administrativamente cessado, e cobrada a devolução dos valores recebidos. Julgado o caso,

realmente deve ser investigado é a utilidade do Direito Comparado, para que ele serve. DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 98.

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*. Out./1955, ano VII, p. 40.

²⁰² No Peru: PONGO, Alejandro Arrieta. *El principio de protección de la confianza legítima ¿Intento de inclusión en el ordenamiento peruano?* Ita Ius Esto, nº 1, 2008, p. 101. E na Venezuela: BREWER-CARÍAS, Allan R. *Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela, en particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo*. *Palestra apresentada no IV congresso internacional e congresso mexicano de direito administrativo*: Universidade autónoma do México, Puebla, 23 a 25 de outubro de 2011, p. 5-6.

²⁰³ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 70.

decidiu-se não só pela irrepetibilidade dos valores pagos, assim como pela manutenção da pensão, tendo como fundamento o princípio da proteção à confiança²⁰⁴.

Além de funcionar como limite à anulação do ato administrativo defeituoso, este princípio também serve como restrição à revogação dos atos administrativos (§ 49.2, da Lei do processo administrativo alemão²⁰⁵) e em algumas situações autoriza que o particular seja indenizado pelo Estado (§ 49.6²⁰⁶).²⁰⁷

O princípio da proteção à confiança legítima ganha uma maior amplitude nos julgados do Tribunal Constitucional Federal, passando a ser utilizado também como um limite à atividade do legislador, especialmente para impedir a retroatividade das novas leis²⁰⁸, falando-se inclusive na “vitória do princípio da proteção à confiança”²⁰⁹.

Ao contrário da Constituição Federal brasileira de 1988, que possui regra expressa neste sentido (artigo 5º, XXXVI), a Lei Fundamental alemã não traz norma que impeça a retroatividade das leis em geral, exceto as leis penais (artigo 103, 2²¹⁰).

Lá existe a diferenciação entre a retroatividade genuína (própria) e não genuína (imprópria). A primeira atinge fatos que ocorreram no passado, e a segunda, quando a lei

²⁰⁴ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 70.

²⁰⁵ § 49, 2 – Depois de não ter sido impugnado, um ato administrativo lícito que confere um benefício não pode ser revogado, no todo ou em parte, com efeitos para o futuro, salvo:

1. Se a revogação é admitida pela norma ou se o ato administrativo contém esta reserva;
2. Se o ato administrativo está vinculado a uma obrigação e o beneficiário não a cumpriu dentro do prazo fixado;
3. Se a autoridade administrativa, por razão de fatos supervenientes, teria o direito de não produzir o ato administrativo e se o interesse público fica prejudicado sem a revogação;
4. Se a autoridade administrativa, por razão de uma norma modificada, teria o direito de não produzir o ato administrativo, à medida que o beneficiário não usou o benefício ou por causa do ato administrativo não recebeu as prestações e se o interesse público ficar prejudicado sem a revogação;
5. Para prevenir ou eliminar graves prejuízos ao bem comum.

²⁰⁶ § 49, 6 – quando um ato administrativo que confere um benefício é revogado nos casos da seção 2, números 3 a 5, a autoridade administrativa deverá solicitar, indenizar os afetados pelo prejuízo causado pela confiança na firmeza do ato administrativo, na medida em que sua confiança é digna de proteção, o artigo 48, seção 3, frases 3 a 5 se aplicam por analogia. Os litígios relativos à indenização correspondem à via jurisdicional ordinária. Disponível em <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/Ley-Alemana-de-Procedimiento-Administrativo-Version-Castellano-2.pdf>>. Acessado em 18-11-2017.

²⁰⁷ SCHNEIDER, Jens-Peter. *Seguridad Jurídica e protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán. Documentación Administrativa, El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*. Madrid: Solana e hijos A.G/S.A, nº 263-264, Mai./Dez. 2002, p. 276-278.

²⁰⁸ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 75.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 68.

²¹⁰ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, artigo 103, 2: “Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes do seu cometimento”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

incide apenas nos efeitos futuros de relações jurídicas em andamento, o princípio da proteção à confiança opera para impedir a retroatividade própria de leis gravosas²¹¹; quanto à retroatividade imprópria, em regra, a lei poderá incidir normalmente, sendo proibida apenas de forma excepcional²¹².

Neste âmbito de aplicação, o princípio da proteção à confiança passa a incidir em manifestações estatais gerais e abstratas (leis e atos normativos), ao contrário do que ocorre nos casos em que há apenas uma relação jurídica oriunda de um ato administrativo de efeitos concretos.

Além de vincular o Executivo e o Legislativo, existe um debate se este princípio teria a capacidade de restringir também a função judiciária²¹³, atuando para impedir a aplicação da nova jurisprudência aos fatos ocorridos ainda na vigência da jurisprudência anterior. Maurer²¹⁴ argumenta contrariamente a esta possibilidade, por entender que as jurisprudências dos tribunais superiores não formariam uma base da confiança idônea; ao contrário da atividade legislativa que institui o direito novo, a jurisprudência apenas declara o verdadeiro conteúdo do direito já existente.

No Brasil, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é possível a modulação de efeitos para impedir a aplicação retroativa de algumas decisões judiciais, desde que presentes os requisitos previstos no artigo 27 da Lei 9.868/99 (ADI/ADC)²¹⁵ e o artigo 11 da Lei 9.882/99 (ADPF)²¹⁶. Por sua vez, o Código de Processo Civil permite a modulação dos efeitos nas hipóteses de modificação da jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou fruto do julgamento de casos repetitivos (artigo 927, §3º).

Cabe salientar que boa parte das possibilidades de utilização do princípio da proteção à confiança na atividade administrativa do Estado, até então desenvolvidas na seara

²¹¹ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001, p. 162-163.

²¹² MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 79.

²¹³ *Ibid.*, p. 87.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 80-84.

²¹⁵ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²¹⁶ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

jurisprudencial, foi detalhadamente regulamentada pela Lei do processo administrativo alemão de 1976, nos seus artigos 48 e 49.

É possível resumir as possíveis hipóteses de aplicação deste princípio no direito alemão aos casos de: limite ao exercício da autotutela administrativa (anulação e revogação); vinculação da Administração Pública às informações prestadas por uma autoridade; eficácia dos contratos antijurídicos; prescrição e decadência administrativa; vinculação da Administração aos precedentes e práticas administrativas; limitação da aplicação retroativa das leis e da nova jurisprudência dos tribunais superiores²¹⁷.

Consolidado no direito alemão, o princípio da proteção da confiança passou a ser considerado um princípio geral do direito comunitário europeu, sendo erigido à condição de norma superior (*superior rule of law*)²¹⁸.

As teorias desenvolvidas na Alemanha sempre exerceram forte influência no direito brasileiro; neste caso específico, não foi diferente. O princípio da proteção à confiança legítima ganha cada vez mais espaço entre os doutrinadores e a jurisprudência nacional, sendo aplicado, em certa medida, nos mesmos moldes em que foi desenvolvida no direito germânico, pelo menos no que concerne ao controle da atividade administrativa, porém sofrendo alguns temperamentos, especialmente pela existência no Brasil de outros institutos jurídicos já consolidados que lhe equivalem.

2.1.2 Espanha

A Constituição espanhola reconhece o princípio da segurança jurídica e proíbe a aplicação retroativa das leis no seu artigo 9.3, prescrevendo que “a Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica (...)”. Partindo do texto constitucional a doutrina invoca o princípio da boa-fé e a proteção da confiança legítima, aplicáveis aos atos estatais a partir do princípio da segurança jurídica²¹⁹.

²¹⁷ MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 67-68

²¹⁸ ARIGHO, Redmond. Legitimate expectations in irish and EU law: lessons for Ireland? *Irish Journal of European law*. 2016, vol. 19(1). Disponível em: <https://www.isel.ie/article/download-free/id/214>, acessado em: 08/09/2017, p. 79.

²¹⁹ PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madri: Civitas, 2009, p. 75.

Ao contrário da Alemanha, por existir norma expressa impedindo a aplicação das leis de forma retroativa aos fatos pretéritos já consolidados (retroatividade própria), rejeita-se a utilização do princípio da proteção à confiança legítima para este fim, contudo, ele é invocado para regular a retroatividade das leis sobre os atos jurídicos pretéritos, mas que continuam a gerar efeitos no presente (retroatividade imprópria)²²⁰.

No direito espanhol, antes da disseminação do princípio da proteção à confiança, sobretudo por força das decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia²²¹, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do princípio da boa-fé já permitia a sua aplicação ante as condutas da Administração Pública. Neste sentido, pode-se citar como exemplo a obra de Gonzales Pérez, datada de 1983, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, em que o autor afirma: o “princípio geral da boa-fé é um princípio do ordenamento jurídico espanhol. Incide em todos os seus setores. E, obviamente, no administrativo”²²².

Para a doutrina espanhola, a boa-fé incorpora o valor ético da confiança, ou seja, esta é garantida pela boa-fé. Muñoz afirma que a confiança legítima é um subprincípio da boa-fé: “boa-fé da qual se deduz outro princípio relevante do direito, hoje de grande utilidade no Direito Administrativo, como é o princípio da confiança legítima”²²³.

Esta simbiose ou interdependência dos dois conceitos restou positivada na lei espanhola do procedimento administrativo comum das administrações públicas (Lei 39/2015)²²⁴, em que o seu artigo 110 limita a autotutela administrativa visando garantir a confiança legítima do cidadão, quando a extinção do ato afronte a “equidade, a boa-fé, os direitos dos particulares ou as leis”²²⁵.

²²⁰ BLANCO, Frederico A. Castillo. *El Principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho. Documentación Administrativa, El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*. Madrid: Solana e hijos A.G/S.A, nº 263-264, Mai./Dez. 2002, p. 51.

²²¹ PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2009, p. 70.

²²² *Ibid.*, p. 54.

²²³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 142.

²²⁴ Esta lei revogou a Lei 30/1992, Lei das administrações públicas e do procedimento administrativo comum, que regulava a atuação administrativa até então.

²²⁵ Artículo 110. Límites de la revisión. Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10565.pdf>>.

Desde a Lei 30/1992 (Lei do regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum), a proteção à confiança era prevista expressamente no seu artigo 3.1, que trazia este princípio umbilicalmente ligado à boa-fé, pois o texto da lei prescrevia que a Administração Pública deveria “respeitar em sua atuação os princípios da boa-fé e confiança legítima”²²⁶; atualmente, esta lei foi desmembrada em duas: a Lei 39/2015 (Lei do processo administrativo comum – LPAC), que em seu artigo 110 aponta a boa-fé como limite à autotutela, conforme mencionado acima; e a Lei 40/2015 (Lei do regime jurídico do setor público – LRJSP), que em seu artigo 3.1 continua a vincular os princípios da boa-fé e confiança legítima²²⁷.

Considerando a amplitude do conteúdo da boa-fé no direito espanhol, o princípio da proteção à confiança encontra dificuldade para se inserir de forma autônoma, Castilho Blanco²²⁸ relata que “a aceitação em nossa dogmática e jurisprudência do princípio da boa-fé e de sua indubitável utilidade não oferece dúvidas que a readequação do seu alcance e definição devem se realizar, por esta razão, com muita cautela”.

Apesar da resistência ao reconhecimento da proteção à confiança legítima como princípio autônomo, alguns autores buscam identificar as possíveis aplicações específicas do referido princípio, apartado da boa-fé, especialmente em situações nas quais o princípio deva impor deveres apenas à Administração Pública, protegendo os interesses do cidadão nas situações em que o Estado atue em posição de superioridade, fazendo uso de suas prerrogativas definidas em lei (inexistência de bilateralidade); ou nos casos em que não restar devidamente constituído um direito adquirido, almejando-se a proteção das expectativas de direito²²⁹.

²²⁶ Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1999/01/14/pdfs/A01739-01755.pdf>>.

²²⁷ 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

(...)

e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10566>>.

²²⁸ BLANCO, Frederico A. Castillo. *El Principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho. Documentación Administrativa, El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*. Madrid: Solana e hijos A.G/S.A, nº 263-264, Mai./Dez. 2002, p. 54.

²²⁹ Ibid., p. 55-59.

Neste mesmo sentido, González²³⁰, apesar de reconhecer o uso indistinto de ambos os princípios, em que a confiança legítima seria apenas uma transcrição do princípio da boa-fé, entende que o princípio da proteção da confiança legítima teria um campo de aplicação nos casos de revogação e anulação dos atos administrativos favoráveis.

Apesar das opiniões doutrinárias que tentam identificar certa autonomia do princípio da proteção à confiança quando aplicado à Administração Pública, o certo é que ainda prevalece a ideia de sua conexão com o princípio da boa-fé.

Contudo, o princípio da proteção à confiança legítima tem encontrado um campo próprio de aplicação no direito espanhol, funcionando como limite à atuação do legislador, sobretudo nas questões que envolvem a alteração de regimes jurídicos com pretensão de aplicação retroativa. Sobre este assunto já decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença nº 181/2016, em que se discutia a constitucionalidade de uma lei que alterava o regime de retribuição das empresas distribuidoras de energia elétrica²³¹.

Portanto, percebe-se que na Espanha o princípio da boa-fé é aplicado para regular a atuação da Administração Pública; já o princípio da proteção à confiança legítima, por sua vez, passa a ser reconhecido como uma consequência direta do princípio da segurança jurídica, previsto no artigo 9.3 da Constituição espanhola, tendo um interessante espaço de aplicação e desenvolvimento autônomo como limite à atuação legislativa, impedindo a mudança brusca de regimes jurídicos ou sua aplicação retroativa, quando restar devidamente configurada a quebra das expectativas legítimas.

2.1.3 Portugal

No sistema jurídico português, a boa-fé objetiva desempenha papel semelhante ao espanhol, sendo aceita sua aplicação para a garantia dos direitos dos cidadãos em face do Poder Público.

²³⁰ GONZÁLES, Felipe Iglesias. *La revocación de actos administrativos favorables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 205.

²³¹ Trecho do inteiro teor da sentença 181/2016 do Tribunal Constitucional Espanhol: “Mas es fácil advertir que el principio de confianza legítima viene anudado a la realización de conductas, tal como inversiones, que no se habrían llevado a cabo, o se habrían realizado en cuantía o condiciones diferentes en caso de haberse conocido que el panorama normativo conforme al que se adoptaron iba a mudar; o bien al hecho de que el retorno económico de una inversión (entre otras posibles conductas) se reduzca a resultados de un cambio regulatorio imprevisible. Por esta razón, y según se refleja en nuestra doctrina, antes extractada, el principio de confianza legítima se ha conectado habitualmente con la aplicación retroactiva de un nuevo régimen jurídico, pues “el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma como los ciudadanos programan sus conductas” (STC 237/2012, FJ 6) y los operadores “ajustan su conducta económica a la legislación vigente” (STC 234/2001, FJ 9). Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/25134>>.

Os doutrinadores portugueses identificam a boa-fé como um princípio geral do direito, irradiando seus efeitos por todos os ramos jurídicos, não precisando de uma recondução a outros princípios constitucionais como o da solidariedade social ou o da dignidade da pessoa humana como no Brasil.

Segundo Menezes Cordeiro:

Visto sob esse prisma, o Direito público material precisava, mais do que qualquer outro ramo jurídico, de princípios dotados de conteúdo, isto é, de proposições que, sendo suficientemente elásticas para poder acudir a quaisquer falhas no tocante a fontes, fossem, em simultâneo, dotadas de sentido bastante para evitar a queda na discricionariedade. A boa-fé fez, assim, a sua aparição no Direito público material²³².

A aplicação da boa-fé para proteger a confiança do cidadão em suas relações com a Administração Pública tem previsão normativa inculpada no artigo 10º do novo código de processo administrativo português – CPA²³³, ganhando contornos próprios naquele sistema jurídico, servindo inclusive para limitar a invalidação ou a revogação de atos administrativos benéficos de efeitos concretos. Existe até mesmo norma expressa admitindo que o ato nulo possa produzir efeitos em obediência aos princípios da boa-fé, proteção à confiança legítima e proporcionalidade (artigo 162º, 3, CPA²³⁴).

Portanto, no sistema jurídico português o princípio da proteção à confiança aplicado à Administração Pública também funciona como um subprincípio da boa-fé, conforme leciona Lopes²³⁵: “constata-se que a norma da boa-fé se desdobra, actualmente, em duas normas autónomas derivadas: (i) a norma da tutela da confiança e (ii) a norma da

²³² CORDEIRO, Antônio Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 384. Neste mesmo sentido, LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 208. Outro autor que segue a mesma linha: MONCADA, Luiz Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II*, FDUL, Coimbra Editora, 2010.

²³³ Artigo 10º – Princípio da boa-fé 1 – No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé. 2 - No cumprimento do disposto nos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida.

²³⁴ Artigo 162º, 3 - 3 – O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo.

²³⁵ LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 252.

primazia da materialidade subjacente”. A primeira orienta que o Poder Público, ao praticar seus atos, observe sempre a boa-fé e, para tanto, deve ponderar o interesse público com a confiança despertada no cidadão; a segunda determina que a materialidade dos fatos se sobreponha ao formalismo²³⁶.

Além desta vinculação estrutural com o princípio da boa-fé no que diz respeito às relações jurídico-administrativas, o princípio da proteção da confiança também ganha autonomia no âmbito constitucional. No direito português, o princípio da irretroatividade das leis é tido como um subproduto do princípio da proteção da confiança, que por sua vez é extraído do artigo 2º da Constituição portuguesa²³⁷, que institui o Estado Democrático de Direito. Tal entendimento já está consolidado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, sendo considerado como representativos desse posicionamento os acórdãos 287/90²³⁸ e 128/2009²³⁹.

Desta forma, o princípio da proteção à confiança é utilizado para suprir a omissão constitucional, limitando a retroatividade das leis, mas também para garantir o devido processo legal e inibir alterações legais de regimes jurídicos sem regras de transição adequadas²⁴⁰.

Por esses motivos, no sistema jurídico português, a aplicação do princípio da boa-fé ao Direito Administrativo assume o mesmo papel que o princípio da proteção da confiança legítima tem no Brasil (aspecto subjetivo da segurança jurídica). A confiança prevista no artigo 10º da CPA faria a ligação da boa-fé ao caso concreto²⁴¹; já o princípio da

²³⁶ LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 287.

²³⁷ Artigo 2º – Estado de direito democrático. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando à realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

²³⁸ Trecho do inteiro teor: “27 – Nesta matéria, a jurisprudência constante deste Tribunal tem-se pronunciado no sentido de que ‘apenas uma retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitraria os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos, viola o princípio de protecção da confiança, ínsito na ideia do Estado de direito democrático’ Tribunal Constitucional Português, acórdão 287/90, dj. 30/10/1990.

²³⁹ Trecho do inteiro teor: “Para além desses casos, o Tribunal Constitucional tem vindo a entender que apenas é proibida constitucionalmente a retroactividade intolerável, por incompatibilidade com o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de direito democrático (art. 2.º da C.R.P.). Tribunal Constitucional Português, acórdão 128/2009, dj. 1203/2009.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 375/385.

²⁴¹ CORDEIRO, Antônio Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 384.

proteção à confiança assumiria certa autonomia com a função específica de garantia da segurança jurídica em seu aspecto objetivo (nos moldes do artigo 5º, XXXVI, CF/88)²⁴².

O que se percebe da análise destes sistemas jurídicos é que há um esforço cada vez maior para a vinculação da Administração Pública ao valor ético da confiança. Na Alemanha, o princípio da proteção à confiança ganha contornos próprios e uma maior autonomia, modelo este que influenciou diretamente o Brasil. Já Espanha e Portugal se utilizam do princípio da boa-fé. O que se percebe é que em todos estes sistemas jurídicos existe um tratamento normativo específico abordando não apenas as hipóteses de anulação do ato administrativo, mas também a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos, o que proporciona uma melhor sistematização de tais institutos.

No Brasil, a ausência de regramento mais específico leva à necessidade de uma maior contribuição da doutrina e da jurisprudência para a identificação das hipóteses de incidência do princípio da proteção à confiança legítima, assim como dos requisitos à sua aplicação.

2.2 Desenvolvimento do Princípio da Proteção à Confiança Legítima no Direito Brasileiro

No Brasil, no final do século XX e início deste século, ocorre o reconhecimento do princípio constitucional da proteção à confiança como aspecto subjetivo da segurança jurídica tanto na legislação federal e estadual quanto na jurisprudência, sendo previstas normas que protegem este valor, a exemplo do inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º e artigo 54 da Lei 9.784/99, o primeiro vedando a aplicação retroativa de nova interpretação administrativa e o segundo impedindo a anulação de atos administrativos favoráveis após o prazo de decadência de cinco anos. Também a confiança legítima influencia as normas constantes do artigo 27 da Lei 9.868/99 (ADI/ADC) e do artigo 11 da Lei 9.882/99 (ADPF), que limitam, em algumas situações, o efeito retroativo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de controle de constitucionalidade²⁴³.

²⁴² MONCADA, Luiz Cabral de. Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II*, FDUL, Coimbra Editora, 2010, p. 573/611.

²⁴³ VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 26-27.

Na legislação estadual, a proteção à confiança se encontra insculpida no artigo 2º da lei que regula o processo administrativo do Estado do Rio de Janeiro – RJ (Lei 5.427/2009)²⁴⁴.

Este princípio passa a ser reconhecido de forma expressa pelo STF, inicialmente, na decisão proferida no mandado de segurança – MS 24.268-0, em que foi concedida a ordem para anular decisão do Tribunal de Contas da União – TCU que determinara a cessação de uma pensão, concedida irregularmente, após 18 anos de sua concessão²⁴⁵.

Posteriormente, foi proferida pelo STF a decisão nos autos do MS 22.357, em que se concluiu pela manutenção da contratação sem concurso público de pessoal da INFRAERO, mesmo após a Constituição de 1988, que exigia a realização do certame, entendendo-se que passados mais de dez anos da contratação, e como na época haveria dúvidas sobre a necessidade de concurso para as estatais, não seria razoável anular o ato de contratação daqueles empregados²⁴⁶.

O STF tem utilizado o princípio da proteção à confiança em vários julgados; entre estes, citam-se as decisões tomadas no Recurso Extraordinário – RE 598.099/MG²⁴⁷, e também no RE 837.311/PI²⁴⁸. No primeiro se reconheceu o direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas, e no segundo avançou-se para estender o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas, mas que

²⁴⁴ Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.

²⁴⁵ STF. EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. (...) 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/2/2004, DJ 17-9-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922).

²⁴⁶ STF, (MS 22357, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/5/2004, DJ 5-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02171-01 PP-00043 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 135-148 RTJ VOL 00192-02 PP-00620)

²⁴⁷ STF, RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011.

²⁴⁸ STF, RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/2015.

integram o cadastro de reserva, desde que ficasse comprovada a existência de vaga e a realização de atos concretos da Administração que demonstrem a necessidade do serviço.

Recentemente, foi proferido acórdão no agravo regimental no mandado de segurança 30.662²⁴⁹, em que a segunda turma do STF manteve nos cargos servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso – TJ/MT, que apesar de devidamente aprovados em concurso público, apenas foram nomeados depois de expirado o prazo de validade do concurso, que tinha sido indevidamente suspenso por portaria do presidente daquele tribunal, pois o prazo previsto no artigo 37, III, CF é decadencial e não poderia ter sido suspenso.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, argumentou que considerando a expectativa legítima despertada nos candidatos, que confiaram na legalidade do ato de nomeação, já que embasado em portaria de suspensão da presidência daquele Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ estaria impedido de anular aquelas nomeações. Dada a presunção de legitimidade dos atos administrativos do Tribunal, a boa-fé dos servidores e o tempo transcorrido (dez anos), a excepcionalidade da situação permitiria a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

Outra decisão recente em que há a aplicação expressa do princípio em estudo foi a proferida nos autos do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 136.509²⁵⁰, no qual a

²⁴⁹ STF. EMENTA: Agravo regimental no mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público. Prazo de validade. Suspensão do curso do prazo de validade dos certames por ato administrativo do TJ/MT. Retomada do curso do prazo após mais de dois anos, com a consequente nomeação dos aprovados no certame. 4. Decisão do CNJ que declarou a nulidade do ato e determinou a exoneração dos servidores nomeados em período posterior àquele previsto no art. 37, III, da CF. 5. Situação excepcional. Exercício das funções públicas por mais de dez anos. 6. Presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública. Demora na tramitação dos feitos administrativos e judiciais relacionados aos fatos. Princípio da razoável duração do processo, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 30662 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/8/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 5-9-2017 PUBLIC 6-9-2017)

²⁵⁰ STF. EMENTA Recurso ordinário constitucional. Habeas corpus. Execução Penal. Remição (arts. 33 e 126 da Lei de Execução Penal). Trabalho do preso. Jornada diária de 4 (quatro) horas. Cômputo para fins de remição de pena. Admissibilidade. Jornada atribuída pela própria administração penitenciária. Inexistência de ato de insubmissão ou de indisciplina do preso. Impossibilidade de se desprezarem as horas trabalhadas pelo só fato de serem inferiores ao mínimo legal de 6 (seis) horas. Princípio da proteção da confiança. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador. 2. É obrigatório o cômputo de tempo de trabalho nas hipóteses em que o sentenciado, por determinação da administração penitenciária, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 (seis) horas, vale dizer, em que essa jornada não derive de ato insubmissão ou de indisciplina do preso. 3. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização. 4. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas.

segunda turma do STF garantiu a remição da pena ao preso que trabalhou por orientação da própria administração penitenciária apenas quatro horas por dia, jornada inferior às seis horas previstas no artigo 33 da Lei de execução de penal, não podendo o preso ser prejudicado por haver confiado no ato administrativo que aceitou o horário reduzido de trabalho.

O próprio Tribunal de Contas da União – TCU, no acórdão 3.245/2010²⁵¹, já aplicou expressamente o princípio da proteção da confiança legítima para homologar a aposentadoria de um servidor público que teve uma gratificação indevidamente incluída no cálculo de sua aposentadoria, salientando o relator, Ministro Augusto Nardes, que a análise deve se dar caso a caso, devendo restar configurada a boa-fé do interessado e transcorrido um lapso de tempo razoável.

O Poder Executivo também tem limitado o exercício da sua autotutela com fundamento no princípio da segurança jurídica no seu aspecto subjetivo, a exemplo da decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no processo nº 10314.720037/2015-62²⁵², em que a empresa Crocs Brasil, seguindo informação oficial de

(RHC 136509, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 4/4/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-4-2017 PUBLIC 27-4-2017)

²⁵¹ TCU. RESUMO: PESSOAL. PENSÃO CIVIL. INCORPORAÇÃO DE URP RELATIVA A FEVEREIRO DE 1989. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA JUDICIAL QUE PERMITE O PAGAMENTO DESSA VANTAGEM. ILEGALIDADE DOS ATOS E NEGATIVA DE REGISTRO. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. APOSENTADORIAS CONCEDIDAS HÁ LONGO INTERREGNO DE TEMPO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SUA DIMENSÃO SUBJETIVA CONSAGRADA PELO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRECEDENTES DO STF. CONSOLIDAÇÃO DE SITUAÇÕES IRREGULARES EM FACE DO LONGO TEMPO TRANSCORRIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO DOS ATOS E A APECIAÇÃO POR PARTE DO TCU. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ATOS CONSIDERADOS LEGAIS EM CARÁTER EXCEPCIONAL. CONCESSÃO DE REGISTRO. LEGALIDADE DOS DEMAIS ATOS. 1. É ilegal a incorporação ad aeternum das parcelas de URP aos proventos do servidor, após a data-base seguinte à que serviu de referência ao julgado, senão quando expressamente determinado no comando da decisão judicial e na forma de vantagem pessoal nominalmente identificada, observado, contudo, o procedimento estabelecido no Acórdão nº 2.161/2005-Plenário (subitens 9.2.1.1 e 9.2.1.2). 2. Nada obstante a constatação de ilegalidade em ato concessório sujeito a registro, pode-se, excepcionalmente, considerá-lo legal, desde que tenha decorrido longo lapso temporal entre a data de publicação do ato e a sua apreciação por parte deste Tribunal, e não tenha, o interessado, de algum maneira, contribuído para a ocorrência da ilicitude, tendo se limitado a agir na esteira da boa-fé, aplicando-se, portanto, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança em favor do interessado, para evitar reversão à ativa e/ou redução de seus proventos. 3. A concessão de liminar em mandado de segurança coletivo preventivo pelo STF obriga à suspensão de determinações do TCU em sentido contrário, até eventual cessação de seus efeitos. (Acórdão 3245/2010, Rel. Min. Augusto Nardes, DJ: 1/12/2010). Neste mesmo sentido, acórdão 4985/2017, Rel. Min. Bruno Dantas, DJ. 27/6/2017.

²⁵²CARF. DIREITOS ANTIDUMPING. CALÇADOS DA CHINA. ESCOPO. Calçados classificados nas posições 6402 a 6405 da NCM e originários da República Popular da China estavam, em regra, sujeitos ao pagamento de direito antidumping à alíquota específica fixa de US\$ 13,85 por par, nos termos da Resolução Camex nº 14/2010. CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS E DIREITOS ANTIDUMPING. MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. AFRONTA À SEGURANÇA JURÍDICA. Considerando que no caso específico aqui analisado as mercadorias do contribuinte passaram por uma detalhada análise acerca da sua correta classificação fiscal e sobre a sua sujeição às normas de direito antidumping, tendo a fiscalização concluído, após a realização de vistoria técnica, pela necessidade de reclassificação fiscal do NCM

auditor fiscal e um laudo produzido pela Câmara de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, alterou a classificação dos seus produtos importados para uma categoria que não pagaria um valor *antidumping*, contudo, foi autuada por outro auditor fiscal sob a alegação de que a nova classificação estaria errada. O CARF anulou o auto de infração sob o fundamento de que esta nova autuação, apesar de achar-se de acordo com a lei, infringiu o princípio da segurança jurídica, pois a empresa tinha sido induzida a erro.

Fora essas decisões, verifica-se que são invocadas pela jurisprudência figuras como boa-fé, *venire contra factum proprium*, segurança jurídica, enriquecimento sem causa, irrepetibilidade de verbas alimentares, servidor de fato, teoria do fato consumado, entre outros, muitas vezes de forma inadequada, tendo o princípio da proteção à confiança um interessante potencial para melhor sistematizar estes casos.

Identifica-se um padrão nas situações em que incide o princípio da proteção à confiança legítima, que é a existência de um ato favorável ao particular, emanado do Poder Público, fazendo despertar a confiança de que surtiriam os efeitos normalmente, e a posterior quebra da confiança por parte da Administração Pública. Neste mesmo sentido, Araújo relaciona os pressupostos para a aplicação do princípio da proteção à confiança: “i) a base da confiança, ii) a existência subjetiva da confiança, iii) o exercício da confiança através de atos concretos, iv) o comportamento estatal que frustre a confiança”²⁵³.

Além destes, que se poderia denominar de pressupostos fáticos, Baptista relaciona os pressupostos hermenêuticos: “a) a não aplicação de outros institutos jurídicos que assegurem a estabilidade das relações jurídico-administrativas; b) que a confiança do particular prevaleça após o processo de ponderação”²⁵⁴.

inicialmente adotado pelo contribuinte (6402) para o NCM 6401.99.90, inclusive com a cobrança de multa em razão da errônea classificação fiscal, conclui-se que a posterior lavratura de auto de infração indicando que o enquadramento correto seria no NCM 6402.99.90, ao invés do NCM 6401.99.90, representa mudança de critério jurídico, em nítido prejuízo da segurança jurídica que deve nortear as relações entre Fisco e contribuinte. Não sendo plausível exigir do contribuinte que tivesse adotado classificação fiscal diversa daquela indicada no NCM 6401.99.90, indicado anteriormente pela própria fiscalização, em procedimento de análise detida e cautelosa, como sendo o NCM correto, não há como subsistir a cobrança de direitos antidumping, que devem ser aplicados apenas aos calçados classificados nas posições 6402 a 6405. CARF, Rel. Liziane Angelotti Meira, processo n. 10314.720037/2015-62, Dj. 29/8/2017, disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acessado em: 18/11/2017.

²⁵³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 82.

²⁵⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 130.

Esses pressupostos serão analisados detalhadamente no próximo capítulo, quando serão estudadas as condições para a incidência do princípio da proteção à confiança como limite à anulação dos atos administrativos.

2.3 Um Princípio Excepcional e Subsidiário

O princípio da proteção à confiança legítima deve ser aplicado apenas de forma excepcional, pois a regra é que a Administração Pública tenha à sua disposição os mecanismos de controle da legalidade dos atos administrativos, de adequação dos seus atos ao interesse público atual e possa exercer a sua competência regulamentar. Em situações excepcionais, desde que restem bem caracterizadas as condições para a sua aplicação, o princípio da proteção à confiança legítima poderá operar limitando a atuação administrativa, quando esta frustrar a confiança do particular²⁵⁵.

A segunda turma do STF asseverou esta excepcionalidade no julgamento do agravo regimental no mandado de segurança nº 30.662, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quando se esclarece que “os fatos descritos na inicial configuram situação excepcional, que justifica a incidência do princípio da confiança legítima dos administrados”²⁵⁶.

Analisando o desenvolvimento deste princípio no Brasil e em outros países, resta caracterizada também sua natureza subsidiária, em que este vai se adaptando a cada sistema jurídico, preenchendo as lacunas existentes para proteção da confiança.

Se existir algum outro princípio que já esteja devidamente estabelecido e que promova uma proteção à confiança tão efetiva quanto o princípio em estudo, não é necessário se lançar mão deste. Esta questão foi uma constante no estudo dos diversos sistemas jurídicos analisados acima; por exemplo, em várias situações em que o princípio da proteção à confiança poderia atuar, é identificada a coincidência com o suporte fático do princípio da

²⁵⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 131.

²⁵⁶ STF, MS 30662 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/8/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 5-9-2017 PUBLIC 6-9-2017.

boa-fé, portanto, nestes casos este princípio deve ser aplicado preferencialmente àquele²⁵⁷. Essa característica é importante para evitar uma superutilização do princípio²⁵⁸.

O uso do princípio da proteção à confiança legítima é subsidiário em relação não apenas a outros princípios, mas também às regras, considerando que estas são fruto de uma ponderação prévia já realizada pelo legislador. Portanto, havendo regra específica que proteja a confiança do particular em face dos atos do Estado, como a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada e até mesmo o devido processo legal, estas têm preferência²⁵⁹.

Couto e Silva²⁶⁰ ao tratar desta questão, mais especificamente sobre o artigo 54 da Lei 9.784/99, que será objeto de uma análise mais aprofundada no próximo capítulo, esclarece que a regra deve prevalecer sobre o princípio, pois “o legislador ordinário é que efetuou essa ponderação, decidindo-se pela prevalência da segurança jurídica, quando verificadas as circunstâncias perfeitamente descritas no preceito”.

O princípio da proteção à confiança legítima só pode operar quando não concorram outros institutos existentes no sistema jurídico que tutelem a confiança do cidadão com a mesma intensidade e de forma inequívoca²⁶¹. Neste sentido, é importante realizar a distinção das hipóteses de aplicação deste princípio com a figura do direito adquirido e os princípios da boa-fé objetiva e da moralidade administrativa, que são os que mais constantemente concorrem com o princípio da proteção à confiança.

2.3.1 Direito adquirido

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, preceito inscrito pela primeira vez na Constituição de

²⁵⁷ BLANCO, Frederico A. Castillo. *El Principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho. Documentación Administrativa, El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*. Madrid: Solana e hijos A.G/S.A, nº 263-264, Mai./Dez. 2002, p. 54.

²⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 121.

²⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 419-420.

²⁶⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 63.

²⁶¹ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 131.

1934²⁶²; por sua vez, a Lei de introdução às normas do direito brasileiro apresenta uma definição do que seria direito adquirido no seu artigo 6º, § 2º²⁶³.

A despeito de parecer fácil verificar quando um direito é efetivamente adquirido, em muitas situações concretas essa é uma tarefa espinhosa. A maior dificuldade para a identificação da sua ocorrência se dá nas situações em que um evento se efetivou na vigência da regulamentação antiga, contudo, ainda continua a produzir efeitos, ou estes somente irão operar no futuro, após a vigência da nova norma.

Outra dificuldade consiste no fato de que em diversas situações os limites entre o que seria um direito adquirido ou uma expectativa de direito são muito tênues, pois, muitas das vezes, um direito é tido como uma mera expectativa apenas por uma decisão política de não se reconhecer o seu exercício, ou para permitir a retroatividade. Neste mesmo sentido, leciona Ascensão: “a distinção entre direito adquirido e mera expectativa de direito é na prática difícil de traçar; os autores acabam por chamar expectativas a umas situações e direitos a outras consoante pretendem ou não a aplicação da nova lei, o que representa a inversão do método”²⁶⁴.

Apesar do esforço do legislador ordinário, a definição do que seria direito adquirido é uma tarefa árdua. Cardoso²⁶⁵ afirma que existe uma centena de conceitos inconciliáveis de direito adquirido e “ainda hoje, assim, a exata definição do que sejam ‘direitos adquiridos’ consiste em um dos principais problemas daqueles que optam por trilhar este peculiar campo de abordagem teórica do fenômeno da intertemporalidade jurídica”.

Não se tem a pretensão neste estudo de apresentar um conceito de direito adquirido, desafio que já foi enfrentado por diversos juristas nacionais e estrangeiros, sendo reveladora da complexidade da questão a definição que Bastos²⁶⁶ relata ter ouvido de um conferencista: “o direito adquirido é o direito adquirido”.

²⁶² FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 205.

²⁶³ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

²⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 1997, p. 550.

²⁶⁵ CARDOSO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 113.

²⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Necessidade da regulamentação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 18, jan.-mar. 1997, p. 1.

O mais importante para o objetivo deste trabalho é compreender qual a sua utilidade prática, que é a imunização de alguns direitos subjetivos dos efeitos da nova lei, nas situações de sucessão de lei no tempo²⁶⁷.

É comum por força da súmula 473²⁶⁸ do STF, que culminou no artigo 53²⁶⁹ da Lei 9.784/99, que se imagine a configuração de um direito adquirido funcionando como um limite à revogação dos atos administrativos, todavia, se essa revogação ocorreu sob o manto do mesmo substrato legal, não havendo alteração legislativa, não há que se invocar o direito adquirido, existindo apenas um direito subjetivo que pode ser protegido por outros institutos, a exemplo do princípio da boa-fé objetiva ou do da proteção à confiança legítima.

Ademais, evidentemente, enquanto não surge lei nova, trata-se de um direito subjetivo como qualquer outro. Somente assume a especificidade de ser *adquirido* se lei nova advier que o modifique ou extinga. Nas relações entre particulares ou entre esses e o Estado, se algum direito é arguido, mas permaneceu regulado pela *mesma lei*, desde o momento em que foi criado até aquele em que foi exercido ou que se pretendeu exercer (caso seu titular não o tenha feito por obstaculização de outrem, mas não por entrada em vigor de nova lei), trata-se de mera afirmação de um *direito subjetivo* comum perante o outro²⁷⁰.

Portanto, a única razão para a existência da ressalva de respeito aos direitos adquiridos, contida tanto na súmula 473 do STF quanto no artigo 53 da Lei 9.784/99, diz respeito à proteção do cidadão nas situações em que ocorrer a caducidade, forma de extinção do ato administrativo ocasionada pela modificação legislativa²⁷¹.

Quanto à súmula 473 do STF, a análise dos seus precedentes pouco ajuda para entender o porquê desta referência ao direito adquirido. No MS 13.942, apesar de os ministros tratarem o caso como revogação, é uma clara hipótese de anulação, em que um decreto de progressão de alguns servidores públicos não obedeceu às condições previstas em lei.

O julgamento do RMS 16.935 também não tem por objeto um caso típico de revogação, mas de cassação, pois o particular descumpriu as condições da licença

²⁶⁷ CARDOSO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 113.

²⁶⁸ Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. STF, sessão plenária de 3/12/1969.

²⁶⁹ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

²⁷⁰ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 170.

²⁷¹ MEDEIROS, Fábio Mauro de. Caducidade e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

administrativa, não se discutindo a fundo a questão da revogação ou do direito adquirido, porém apenas se fazendo uma menção ao fato de a revogação não poder atingir o direito adquirido.

Talvez o julgado mais técnico haja sido o proferido no RE 27.031²⁷², em que adequadamente é utilizada a expressão direito subjetivo e não direito adquirido, já que não se discutia a sucessão de lei no tempo, mas a competência legislativa para regulamentar determinada matéria, se da União ou do município.

Outra questão relevante se refere à possibilidade de se invocar o direito adquirido para impedir a anulação de um ato administrativo viciado. Neste caso, a doutrina é unânime em rejeitar esta possibilidade. Roubier²⁷³, quando teceu suas críticas à teoria do direito adquirido, já afirmava que “nos casos nos quais um ato jurídico foi irregularmente feito, estamos frente a uma hipótese na qual não existe direito adquirido, pois por definição o ato é nulo e não pode produzir efeito”.

Neste mesmo sentido, Valim²⁷⁴ argumenta que por ser o direito adquirido uma proteção conferida aos direitos subjetivos, e como tal emanado de atos válidos, nos casos de anulação o direito adquirido não pode ser invocado, operando então, se for o caso, e em determinadas circunstâncias que serão especificadas nesta dissertação, o princípio da proteção à confiança legítima.

Portanto, a figura do direito adquirido não se aplica às revogações de atos administrativos que não foram consequência de uma sucessão legislativa, assim como não pode ser invocada nas hipóteses de anulação, operando nestes casos o princípio da boa-fé objetiva ou o da proteção à confiança legítima.

²⁷² LOTEAMENTO DE TERRENOS. NÃO PREVALÊNCIA DE LEIS LOCAIS EM FACE DO DECRETO-LEI FEDERAL Nº 58, DE 1937, E DECRETO FEDERAL Nº 3.079, DE 1938. NÃO CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, UMA VEZ QUE ESTE NÃO SE DESTINA A CORRIGIR A FALTA DE APLICAÇÃO DE LEIS LOCAIS. REVOGABILIDADE E ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A REVOGAÇÃO E O ANULAMENTO: A PRIMEIRA, COMPETINDO À PRÓPRIA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, E O SEGUNDO À PRÓPRIA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA OU AO JUDICIÁRIO. A REVOGAÇÃO SE DÁ POR MOTIVOS DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, E NÃO SERÁ POSSÍVEL QUANDO DO ATO REVOGADO JÁ HOUVER NASCIDO UM DIREITO SUBJETIVO. A ANULAÇÃO CABERÁ QUANDO O ATO CONTENHA VÍCIO QUE O TORNE ILEGAL (NÃO SERÁ POSSÍVEL FALAR ENTÃO DE DIREITO SUBJETIVO QUE HAJA NASCIDO, POIS DO ATO ILEGAL NÃO NASCE DIREITO). (RE 27031, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 20/6/1955, DJ 4-8-1955 PP-09441 EMENT VOL-00221-02 PP-00605 ADJ 3-12-1956 PP-02280).

²⁷³ ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps: théorie dite de la non-retroactivité des lois*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 326.

²⁷⁴ VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 87.

No âmbito da atuação legislativa, a aceitação da proteção à confiança para além dos casos de direito adquirido abre um novo leque de opções, como a preservação de situações jurídicas ainda não consolidadas (expectativas de direito) ou a previsão de regras de transição razoáveis na mudança de regime jurídico, em um cenário que a atual jurisprudência é firme no sentido de que não existe direito adquirido nestas hipóteses²⁷⁵. “O direito não tem como único propósito a tutela dos direitos adquiridos. É sua tarefa proteger algo mais amplo: a confiança”²⁷⁶.

2.3.2 O princípio da moralidade administrativa

Os autores que identificam o princípio da moralidade insculpido no artigo 37 CF como responsável pela proteção da confiança nas relações jurídico-administrativas, na verdade o utilizam como válvula de abertura para a incidência do princípio da boa-fé objetiva. Nobre Júnior²⁷⁷ afirma que, “sem embargo, aquela é facilmente extraída do *standard* da moralidade”.

Neste mesmo sentido, Giacomuzzi²⁷⁸ defende que o princípio da moralidade permitiria a introdução da boa-fé objetiva nas relações de direito público, do que se discorda, porque para sua aplicação à Administração Pública não é necessário que o princípio da boa-fé objetiva seja veiculado por um princípio setorial do Direito Administrativo, já que o seu fundamento constitucional é o princípio da solidariedade social, que permite sua aplicação tanto nas relações de direito privado quanto nas de direito público²⁷⁹.

Se o fundamento da proteção à confiança dos particulares nas relações jurídico-administrativas for o princípio da moralidade, esta proteção não teria a mesma abrangência alcançada com o princípio da confiança legítima, porque nos casos de atos ilegais que tenham despertado uma expectativa legítima no administrado, estes devem ser anulados com fundamento não só na legalidade e no interesse público, mas na própria moralidade. Assim, além do conteúdo próprio do princípio da moralidade não ter uma aplicação inequívoca para a

²⁷⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 76-77.

²⁷⁶ Ibid., p. 72.

²⁷⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 156.

²⁷⁸ GIACOMUZZI, A moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 271.

²⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 107.

proteção da confiança do particular, este opera com mais força no sentido oposto, ou seja, orientando o agente público a promover a anulação do ato ilegal²⁸⁰.

Verifica-se que apesar de se utilizar o princípio da moralidade para limitar a atuação do Poder Público em favor da preservação da confiança dos particulares, na verdade o que incide é o princípio da boa-fé objetiva, este sim com grande potencial para regular algumas condutas administrativas.

2.3.3 Proteção à confiança ou boa-fé?

Nas situações em que a confiança do cidadão merece ser tutelada perante a Administração Pública, a doutrina aponta alguns princípios que concorrem para este fim, especialmente os princípios da proteção à confiança legítima²⁸¹ e o da boa-fé objetiva²⁸².

Existe uma grande dificuldade para se identificar qual destes princípios deve prevalecer na defesa das expectativas legítimas do administrado, que advém do fato de que ambos integram a mesma constelação de valores. Sobre este assunto, Couto e Silva esclarece:

Por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança são ideias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras²⁸³.

A boa-fé objetiva é um princípio que limita o exercício da autonomia da vontade inicialmente nas relações privadas, criando alguns deveres acessórios (artigo 422 –

²⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 244.

²⁸¹ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 64.

²⁸² SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 213.

²⁸³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

CC²⁸⁴), proibindo o exercício abusivo dos direitos (artigo 187 – CC²⁸⁵) e servindo como diapasão interpretativo dos negócios jurídicos (artigo 113 – CC²⁸⁶)²⁸⁷.

Na sua função de combate ao exercício disfuncional de um direito (artigo 187 – CC), a doutrina identifica alguns subprincípios, o que Penteadó²⁸⁸ denomina de figuras parcelares, que são o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *exceptio doli*, a *surreccio* e a *supsessio*.

Entre estes, chama a atenção o *venire contra factum proprium*, que tem a função precípua de proteger as expectativas legítimas depositadas na conduta da outra parte, o que, de alguma forma, o aproxima do princípio da proteção à confiança legítima²⁸⁹. Para sua aplicação, ambos os atos – o ato inicial (*factum proprium*) e o ato contraditório (*venire*) –, quando isoladamente analisados, são considerados lícitos²⁹⁰.

Os pressupostos para a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório são: a) uma conduta inicial (*factum proprium*); b) a confiança legítima criada na outra parte por esta conduta inicial; c) um comportamento contraditório (*venire*); d) um dano efetivo ou potencial causado pela contradição²⁹¹.

Schreiber aponta o princípio constitucional da solidariedade social como fundamento da boa-fé objetiva²⁹²; com isso, a boa-fé adquiriria um efeito expansionista²⁹³, aplicando-se a todos os ramos do direito privado e público, sendo utilizada para proteger a confiança do cidadão nas relações jurídico-administrativas.

²⁸⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁸⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁸⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 86.

²⁸⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado (São Paulo)*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 252-278, 2006, p. 261.

²⁸⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 301.

²⁹⁰ EHRHARDT JR., Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Revista de Ciência Jurídicas Pensar*. V. 18, n. 2, 2013, p. 16.

²⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 105 e 132.

²⁹² *Ibid.*, p. 107.

²⁹³ JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 123.

Quanto ao princípio da proteção à confiança legítima, este também visa impedir que a Administração Pública se volte contra seus próprios atos, frustrando as expectativas legítimas do particular. Seu fundamento constitucional é ancorado nos princípios da segurança jurídica e no Estado Democrático de Direito, conforme a lição de Maurer²⁹⁴: “Por meio da certeza jurídica, que radica no estado de direito e, com isso, ela mesma possui hierarquia constitucional, a proteção à confiança também obtém seu fundamento jurídico-constitucional”.

De pronto, percebe-se a semelhança entre ambos os princípios, que possuem uma relação próxima, mas não se confundem²⁹⁵, diferenciando-se quanto aos seus fundamentos, destinatários e tipo de relação jurídica em que incidem.

Miragem²⁹⁶ afirma que a área de aplicação da proteção à confiança é maior que o da boa-fé objetiva. Martins-Costa concorda:

Tenho convicção de ser inverso o nexos: a confiança é mais ampla do que a boa-fé. Essa é uma fé qualificada (boa) que aparece no direito sob dupla modalidade (boa-fé objetiva e subjetiva) e suscita determinados efeitos, operando, funcionalmente, como pressuposto ou condição do mecanismo de proteção da confiança. Porém, não tem a generalidade da confiança que é, ao mesmo tempo, princípio, fundamento e pressuposto da ordem jurídica, globalmente considerada, apanhando casos que não são reconduzidos ao âmbito de incidência (e operatividade) da boa-fé²⁹⁷.

Gerson Branco²⁹⁸ também vai ao encontro deste entendimento, quando justifica que apesar de os limites entre a proteção da confiança e da boa-fé objetiva serem nebulosos, aquela teria um âmbito de aplicação maior, sendo a boa-fé uma cláusula geral da qual a confiança se concretiza em uma de suas possibilidades de operação, pois o seu âmbito de atuação é maior.

Essa constatação se confirma também no Direito Administrativo, em que o princípio da proteção à confiança legítima terá uma maior amplitude em sua aplicação, já que

²⁹⁴ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 71.

²⁹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 153.

²⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 208.

²⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.

²⁹⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, vol. 12/2002, p. 169-225, out.-dez./2002, DRT/2002/459, p. 9.

incide tanto em relações jurídico-administrativas individualizadas quanto nas abstratas, enquanto o princípio da boa-fé objetiva apenas operaria nas relações jurídicas individuais, pessoais e concretas, desde que presentes os requisitos para a aplicação do *venire contra factum proprium*²⁹⁹.

A boa-fé objetiva, como um dever geral de conduta que fomenta um valor ético de lealdade, pode ser exigida tanto pelo particular quanto pela Administração Pública³⁰⁰; é uma via de mão de dupla e, portanto, o particular e a Administração Pública são seus destinatários. A própria lei do processo administrativo (Lei 9.784/99) faz referência à boa-fé tanto ao tratar das condutas que devem ser observadas pela Administração Pública, determinando que esta atue conforme os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (artigo 2º, IV), quanto ao estabelecer os deveres dos administrados, que devem proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé (artigo, 4º, II).

O princípio da proteção à confiança legítima, por sua vez, apenas opera em favor do administrado, não podendo ser invocado pelo Poder Público; o que ele garante é a confiança do particular, devendo ser observado sempre sob a ótica deste³⁰¹. Portanto, se o particular agiu com desvio de conduta ou abuso de direito em relação à Administração Pública, esta deverá invocar o princípio da boa-fé objetiva, e não o da proteção à confiança.

No âmbito do direito público, tentou-se justificar apenas a aplicação do princípio da proteção à confiança, pois este teria um alcance maior que a boa-fé objetiva, e apesar de não se rejeitar peremptoriamente a aplicação da boa-fé em situações específicas, fica subentendida a ideia de que seria mais simples a utilização apenas do princípio da proteção à confiança legítima, já que operaria em todas as situações possíveis de tutela da confiança legítima do administrado³⁰².

Se é verdade que o princípio da proteção da confiança tem um âmbito de atuação mais abrangente, também não é menos verdade que há situações em que seu suporte fático em nada difere da boa-fé objetiva e do *venire contra factum proprium*, existindo uma espécie de concorrência entre tais princípios.

²⁹⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 35.

³⁰⁰ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 54/55.

³⁰¹ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 68.

³⁰² BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 141,

Importante ressaltar que, assim como o princípio da proteção à confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva tem aplicação subsidiária. Se existe alguma regra jurídica ou outro princípio que opere de forma mais eficiente na solução de determinadas situações, este é que deve ser aplicado³⁰³. Por exemplo: o inadimplemento contratual já é combatido por regras próprias e pelo princípio do *pacta sunt servanda*, não havendo necessidade de se fazer referência à boa-fé objetiva para tanto³⁰⁴.

Tratando-se de princípios subsidiários, em caso de concorrência entre eles, mesmo assim a boa-fé objetiva terá preferência por ser um princípio com um conteúdo mais desenvolvido e consolidado no sistema jurídico brasileiro. Nas palavras de Patrícia Baptista³⁰⁵: “acredita-se que não se deve substituir a aplicação da teoria dos atos próprios no Direito Administrativo, onde ela couber, pela invocação pura e simples do princípio da proteção da confiança legítima”.

Portando, levando em consideração o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário da boa-fé objetiva, e também a sua expressa previsão legal, contida no artigo 2º, IV, da Lei 9.784/1999³⁰⁶, identificada alguma hipótese em que este possa incidir, tal princípio deve ser utilizado preferencialmente à proteção da confiança, por lhe dar mais concretude, especialmente mediante suas figuras parcelares, a exemplo do *venire contra factum proprium*. Contudo, nada impede que sejam feitas referências ao princípio da proteção à confiança legítima e à segurança jurídica como reforço argumentativo.

De acordo com as características, requisitos e fundamentos, percebe-se que a boa-fé objetiva terá aplicação em situações em que seja estabelecida uma relação individual, pessoal e concreta, e em que tanto o ato inicial quanto aquele que o contradiz são lícitos. O

³⁰³ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 130.

³⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 122.

³⁰⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 300.

³⁰⁶ 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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

princípio da proteção à confiança legítima seria utilizado nos casos individuais e concretos em que o ato inicial seja considerado ilegal e nos atos gerais³⁰⁷.

Ao estudar a aplicação dos princípios da boa-fé à Administração Pública, realizando uma análise sob a ótica da lei do processo administrativo espanhol, Pérez³⁰⁸ aponta a impossibilidade de se utilizar a teoria dos atos próprios para justificar a manutenção dos efeitos de atos administrativos ilegais.

Neste mesmo sentido leciona Oliveira³⁰⁹: “não é possível, portanto, a invocação da teoria dos atos próprios para se limitar o exercício da autotutela administrativa quando a Administração Pública, por exemplo, pretende anular determinado ato ilegal”.

A identificação das situações em que um ou outro princípio será utilizado é importante para que cada um tenha sua operabilidade específica potencializada, contudo, isso não impede a utilização dos demais princípios que impõem uma conduta ética à Administração Pública, protegendo a confiança dos cidadãos, como um reforço argumentativo.

Quanto ao objetivo específico de estudo deste trabalho, que envolve a anulação dos atos administrativos, não há dúvida da incidência apenas do princípio da proteção à confiança legítima, pois um dos requisitos da aplicação do *venire contra factum proprium* é que o ato inicial gerador da confiança seja lícito.

2.4 Hipóteses de Aplicação do Princípio da Proteção à Confiança Legítima nas Relações Jurídico-Administrativas

Para Couto e Silva³¹⁰, o princípio da proteção da confiança seria suficiente para atuar em diversas situações em que se busca tutelar as expectativas legítimas do administrado ante a Administração Pública. Este princípio serviria: a) como limite à anulação do ato

³⁰⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 35. Neste mesmo sentido: IVANEGA, Miriam Mabel. Seguridad jurídica y buena fe en los contratos administrativos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 533.

³⁰⁸ PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2009, p. 242-243.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Princípios do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 182.

³¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51.

administrativo inválido (ilegal ou inconstitucional); b) para a responsabilização da Administração Pública por promessas firmes feitas por seus agentes, especialmente quando relacionadas ao planejamento econômico; c) justificando a responsabilidade pré-negocial do Estado; d) para impor o dever de previsão de regras de transição razoáveis nos casos de mudança normativa brusca de regime jurídico.

Baptista³¹¹ identifica uma gama ainda maior de possibilidades para a incidência do princípio em comento, admitindo sua aplicação: a) como limite à autotutela administrativa, não apenas à anulação dos atos ilegais, mas também nas hipóteses de revogação dos atos administrativos legais; b) na vinculação da Administração Pública às promessas, informações e práticas administrativas; c) como limite ao poder normativo da Administração Pública.

Apesar de o objetivo específico deste trabalho consistir em analisar a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação do ato administrativo, é importante abordar, ainda que sem esgotar o assunto, as possíveis hipóteses de utilização deste princípio indicadas acima, o que demonstra o potencial de crescimento e a importância deste princípio, que hoje já tem reconhecida sua autonomia em relação a outros institutos jurídicos.

2.4.1 Limite à revogação dos atos administrativos

A revogação é justificada no interesse público, que mediante um juízo de conveniência e oportunidade decide extinguir o ato administrativo anterior. Salienta-se que o objeto da revogação é um ato válido, sem defeitos, pois, do contrário seria o caso de anulação³¹².

Portanto, tratando-se de um ato administrativo válido, produziram-se efeitos favoráveis ao particular que confiou neste ato, até porque possui o atributo da presunção de legitimidade, sendo natural que goze de estabilidade e que eventual revogação apenas operará seus efeitos para o futuro, ou seja, não retroagindo sobre os atos pretéritos (*ex nunc*)³¹³.

É da essência do funcionamento da máquina pública o atendimento das necessidades da coletividade, necessidades estas que constantemente precisam se adequar às

³¹¹ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo.

³¹² FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 406.

³¹³ TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203.

novas realidades. Nesta dinâmica, os atos administrativos que concederam benefícios aos cidadãos podem ser revogados, conforme preceitua a súmula 473 do STF e o artigo 53 da Lei 9.784/1999.

Contudo, é importante salientar que nos atos benéficos, a competência revocatória não é absoluta e possui limites nos princípios e regras constitucionais e legais, como a necessidade de observância do devido processo legal, o direito adquirido e os princípios da proteção à confiança legítima e da boa-fé objetiva³¹⁴.

Nos casos de revogação de atos administrativos benéficos de efeitos individuais e concretos, seria mais preciso indicar a incidência do princípio da boa-fé objetiva e não o da proteção à confiança, pois sua configuração mais se assemelha ao *venire contra factum proprium*, conforme explicado no item 2.3.3.

Quando o ato administrativo é realizado, este deve sempre buscar atender ao interesse público na máxima medida possível, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentam naquele momento, presumindo-se que a medida adotada foi a mais adequada; portanto, em princípio, o ato administrativo somente poderia ser revogado caso houvesse motivos supervenientes, como a modificação da situação de fato³¹⁵.

Como exemplo, pode-se citar a situação em que uma associação religiosa requereu e obteve a autorização administrativa para o uso de uma área pública na realização de uma missa campal em determinada data; entretanto, alguns dias depois de concedida a autorização, esta foi revogada sob a alegação de que uma multidão compareceria ao evento, o que poderia degradar o bem público. Não existe fato superveniente que autorize tal revogação; é notório que um evento desta natureza atraia uma quantidade considerável de pessoas, portanto, nesta hipótese deveria permanecer incólume o ato ou, pelo menos, haver a indenização dos prejuízos, preservando-se a confiança legitimamente depositada no ato de autorização³¹⁶. Sobre a revogação dos atos administrativos, são preciosas as lições de Sundfeld:

Não se pode, com efeito, supor que o Direito preservasse ao agente o poder para corrigir algo que o próprio definiu correto. Segue-se que a decisão tomada pela autoridade no exercício de apreciação discricionária e que se tenha a seus justos limites, é recebida pelo Direito como a solução que melhor atende concretamente à vontade da lei. Por isso é irretratável,

³¹⁴ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 89.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 407.

³¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo n. 79, jul./set. 1986, ano XIX, p. 136.

enquanto mantida a situação fática que a criou. Este é o entendimento que, além de lógico, melhor se coaduna com o princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas. Pois, a se permitir que o agente mantenha a competência para prover em matéria e em situações já providas, haveríamos de aceitar como possível que, em dias subsequentes, este entendesse conveniente um ato, depois inconveniente, em seguida conveniente, e inconveniente³¹⁷.

O problema central consiste em ponderar o interesse do cidadão que confiou na estabilidade de um ato administrativo perfeito e a necessidade que tem a Administração Pública de alterar suas decisões para atender ao bem comum³¹⁸.

Em regra, os atos administrativos favoráveis, se válidos e eficazes, não podem ser revogados, salvo quando: a) ocorrer mudança superveniente das circunstâncias de fato ou de direito presentes no momento de sua produção; b) o beneficiário deu causa à revogação do ato; ou c) o ato possuía uma cláusula de revogação, o que impede o surgimento de qualquer expectativa quanto à sua manutenção. Por seu turno, os atos gravosos podem ser revogados a qualquer momento, já que sua retirada não prejudica ninguém³¹⁹.

Caso um ato administrativo que criou alguma expectativa legítima no particular venha a ser revogado fora dos casos indicados acima, mediante o processo de ponderação poderá haver um bloqueio à competência revocatória, ou o Estado deverá pagar uma indenização, sendo esta a solução preferencial, pois consegue acomodar, na maioria das vezes, tanto o interesse público quanto o privado³²⁰.

A Administração Pública precisa se adaptar à nova realidade do Direito Administrativo constitucionalizado; nesta, os princípios constitucionais determinam que o Poder Público observe sempre os direitos fundamentais dos cidadãos, não sendo mais admitidas revogações abruptas e desmotivadas, sem que o administrado seja devidamente indenizado. “A revogação, como qualquer ato discricionário, precisa ser redimensionada pelos argumentos formulados, que se traduzem na vedação da discricionariedade incontestável ou insindicável quanto à pertinente vinculação aos princípios constitucionais”³²¹.

³¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo n° 79, jul./set. 1986, ano XIX, p. 135-136.

³¹⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 298.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Ibid., p. 294. Em sentido diverso, Talamini entende que apenas seria cabível a indenização, pois não se poderia impedir a revogação dos atos administrativos. TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237-238.

³²¹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 410.

2.4.2 Promessas, informações e práticas administrativas

Nos casos de promessas, informações e práticas administrativas que fizerem despertar a confiança de que a Administração iria proceder a determinado ato benéfico ao particular, também pode ser aplicado o princípio da proteção à confiança legítima, em se tratando de atos gerais ou individuais ilegais; já a boa-fé objetiva e o *venire contra factum proprium* poderão operar nas relações pessoais, individuais e concretas, desde que válidas.

Um exemplo de vinculação da Administração Pública a uma informação equivocada prestada por seus órgãos e agentes é o caso da decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no processo nº 10314.720037/2015-62, explicada no item 2.2, em que se anulou um auto de infração da Receita Federal, pois a conduta ilegal teria sido praticada porque a empresa seguiu uma informação prestada por órgãos do próprio governo federal. Por se tratar de uma informação ilegal, aqui se aplica o princípio da proteção à confiança legítima.

Em se tratando de promessas e informações gerais, que não são direcionadas a uma pessoa específica, mas divulgadas como uma intenção de comportamento futuro, que posteriormente não se confirma, seria o caso de aplicação do princípio da proteção à confiança legítima, já que não se verifica nestas hipóteses uma conduta desleal³²².

A aplicação do princípio da proteção à confiança legítima nestas hipóteses ocorre, por exemplo, nas demandas que envolvem o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, quando existe uma informação de que há a necessidade de contratação daquele número de servidores públicos, e que depois resta frustrada pela Administração Pública.

Neste sentido, decidiu o STF pelo direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, com fundamento no princípio da proteção à confiança legítima, conforme se verifica no trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 598.099/MG, em que restou consignado que “isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança”³²³.

³²² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 153.

³²³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.

Outro exemplo é ilustrado na decisão proferida pelo STJ no julgamento do RMS nº 6.183, em que o Ministério da Fazenda, o Ministério da Agricultura, o Banco do Brasil e o Banco Central firmaram um “memorando de entendimento” no qual o Banco do Brasil se comprometeu a suspender por até noventa dias as execuções fiscais ou as ações de cobrança daqueles devedores que procurassem quitar suas dívidas; no caso, um cliente do Banco do Brasil protocolou um requerimento de acerto das contas e a suspensão de ação judicial em que ele era réu, e que já estava com praça designada; contudo, o pedido foi rejeitado. Ao julgar a questão, o STJ entendeu que o cliente teria direito à suspensão do processo, porque a Administração Pública estaria vinculada ao seu ato inicial, aplicando-se o princípio da boa-fé objetiva³²⁴.

Neste caso, acredita-se ser mais preciso o uso do princípio da proteção à confiança legítima, pelo caráter genérico e não particularizante do compromisso assumido³²⁵.

2.4.3 Responsabilidade pré-negocial do Estado

Couto e Silva³²⁶ aponta outra hipótese de aplicação da boa-fé objetiva, que ocorre nos casos da responsabilidade pré-negocial (*culpa in contrahendo*) da Administração Pública, seja pela revogação da licitação ou por sua anulação provocada por vícios formais atribuídos ao Poder Público.

(...) II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. (STF, RE 598099, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011).

³²⁴ MEMORANDO DE ENTENDIMENTO. BOA-FÉ. SUSPENSÃO DO PROCESSO. O COMPROMISSO PÚBLICO ASSUMIDO PELO MINISTRO DA FAZENDA, ATRAVÉS DE “MEMORANDO DE ENTENDIMENTO”, PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO JUDICIAL DE DÍVIDA BANCÁRIA DE DEVEDOR QUE SE APRESENTASSE PARA ACERTO DE CONTAS, GERA NO MUTUÁRIO A JUSTA EXPECTATIVA DE QUE ESSA SUSPENSÃO OCORRERÁ, PREENCHIDA A CONDIÇÃO. DIREITO DE OBTER A SUSPENSÃO FUNDADO NO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, QUE PRIVILEGIA O RESPEITO À LEALDADE. DEFERIMENTO DA LIMINAR, QUE GARANTIU A SUSPENSÃO PLEITEADA. RECURSO IMPROVIDO. (RMS 6.183/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/1995, DJ 18/12/1995, p. 44.573).

³²⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 155.

³²⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 337-346.

Neste ponto, acredita-se que autor, influenciado pela teoria da inalegabilidade das nulidades formais³²⁷ e por se tratar de campo que seria próprio do direito das obrigações e dos contratos, defende a aplicação da boa-fé objetiva, a justificar a responsabilidade pré-negocial (*culpa in contrahendo*) da Administração Pública. Neste sentido, ensina Couto e Silva:

Contudo, se a nulidade do procedimento licitatório, que contamina o contrato, ou do próprio contrato, for de outra natureza, de tal sorte que a Administração Pública, se fosse mais cautelosa, poderia tê-la evitado, pensamos que a indenização, suposta a boa-fé do contratado, deverá atender ao interesse positivo ou ao interesse no cumprimento do contrato³²⁸.

Salvo disposição legal em contrário, a forma no âmbito das relações jurídico-administrativas é elemento essencial ao ato ou contrato, por isso, não seria adequado se invocar a teoria da inalegabilidade das nulidades formais. Aqui também se pode realizar uma separação das hipóteses de utilização do princípio da proteção à confiança e da boa-fé, aplicando-se o primeiro nos casos de anulação do procedimento licitatório ou do contrato e o segundo nas circunstâncias em que for necessária a revogação da licitação.

Para o autor gaúcho, apesar de o parágrafo único do artigo 59 da Lei 8.666/93³²⁹ prever a indenização pelos danos emergentes oriundos da anulação da licitação ou do contrato (o que se estende à revogação da licitação)³³⁰, a lei não estabelece a obrigação de indenização pelo interesse positivo ou pela perda de uma chance, pois a parte teve sua expectativa legítima de contratar com a Administração Pública frustrada, por motivo a que não deu causa. Assim, por força do § 6º do artigo 37 da CF/88, a parte contratante também teria direito a ser indenizada tanto pelo que deixou de lucrar quanto pela chance perdida³³¹.

³²⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 771.

³²⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 344.

³²⁹ Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

³³⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 345.

³³¹ Sobre a indenização pelas chances perdidas, recomendamos a leitura de EHRHARDT JR, Marcos; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. A reparação de chances perdidas e seu tratamento no direito brasileiro. *Civilistica.com*. ano 5, nº 1, 2016.

Sobre este ponto, já houve decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, entendendo pela possibilidade de indenização por lucros cessantes no caso de uma concessão de área para exploração do serviço de estacionamento no aeroporto de Fortaleza/CE. O STJ reformou a decisão para condenar a União apenas ao pagamento dos danos efetivamente comprovados no período exato do contrato anterior e não pelo prazo da futura avença, pois a empresa (que já explorava o serviço em outro terminal) acreditava ter direito a renovação. Entretanto, no seu voto de vista, o Ministro Franciulli Netto, apesar de acompanhar o voto da relatora, fundamentou sua decisão na teoria dos atos próprios³³².

2.4.4 Limite ao poder normativo da Administração Pública

A limitação à produção normativa visando à proteção da confiança cinge-se à identificação de quais eventos são afetados pelas novas normas, sendo este o cerne da discussão doutrinária sobre a garantia da irretroatividade das leis.

Nos países em que não existe uma garantia constitucional expressa neste sentido, a exemplo da Alemanha, é feito uso do princípio da proteção à confiança para limitar a atuação do legislador, sendo, em regra, proibida a retroatividade própria, situação em que há a aplicação da nova lei sobre eventos iniciados e consumados sob a égide da lei anterior; contudo, admite-se a incidência da nova norma sobre os efeitos atuais de eventos anteriores (retroatividade imprópria)³³³.

Ainda com fundamento na proteção à confiança, aventa-se a possibilidade de condenação do Estado ao pagamento de uma indenização pela atuação açodada do legislador que frustrou a confiança dos cidadãos, como já foi reconhecido pela Suprema Corte espanhola, entendimento que vem sendo objeto de diversas críticas³³⁴.

No Brasil, o limite à aplicação retroativa de uma nova lei é encontrado especialmente na garantia da segurança jurídica corporificada na regra contida no artigo 5º,

³³² VOTO DE VISTA – EMENTA – CONTRATO DE CONCESSÃO. QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS OU *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. IMPOSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE VALER DE CONDIÇÃO DE SUPERIORIDADE PARA INCUTIR LEGÍTIMA EXPECTATIVA. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DE CONTRATO DE CONCESSÃO, RESSALVADO O ARTIGO 79, § 5º, DA LEI N. 8.666/93. STJ, REsp 524.811/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 11/4/2005, p. 235.

³³³ MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 75-76.

³³⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Revista de Administración Pública – RAP*. Madrid. Nº 159, set./dez. 2002.

XXXVI, CF (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), mas também na garantia da irretroatividade da lei penal prejudicial (artigo 5º, XL, CF³³⁵) e da irretroatividade tributária (artigo, 150, III, a, CF³³⁶), não havendo necessidade de se invocar o princípio da proteção à confiança legítima, nestas hipóteses.

Todavia, existem situações em que não se mostra claramente configurado o direito adquirido, sendo reconhecida apenas uma expectativa de direito. Nestes casos, os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima teriam um campo próprio de aplicação, especialmente para impor a necessidade de previsão de regras de transição razoáveis³³⁷.

Um caso que ilustra bem a perplexidade que envolve a incidência da nova lei sobre situações em que se reconhece apenas uma mera expectativa de direito foi o julgamento pelo STF da ADI 3.104³³⁸. Esta ação teve por objeto a inconstitucionalidade da EC 41/2003, que alterou os requisitos para a aposentadoria dos servidores públicos, assim como as suas regras de transição. Os autores da demanda argumentavam que teriam direito adquirido às regras estabelecidas pela EC 20/98; a ação foi julgada improcedente sob o fundamento já consolidado naquele Tribunal de que não existe direito adquirido a regime jurídico.

Contudo, é importante ressaltar que em seus votos divergentes, alguns ministros aventaram a necessidade de se avançar para proteger as expectativas legítimas criadas, pois a insegurança gerada pelas sucessivas modificações legislativas, com a

³³⁵ XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

³³⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

³³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 487.

³³⁸ STF. EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO OCORRÊNCIA. 1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3104, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/9/2007).

imposição de novos requisitos e regras de transição com outras ainda em curso, equivaleria a uma corrida de obstáculos móveis, ensejando grande insegurança jurídica³³⁹.

A jurisprudência pátria não adota a classificação das espécies de retroatividade em própria e imprópria, aplicada na Alemanha, todavia, divide as formas de retroatividade em intensidades máxima, média e mínima, categorias utilizadas pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da ADI 493³⁴⁰.

Esta classificação não está imune a críticas, porque sugere a admissão da intervenção mínima, que não causaria tantos transtornos; contudo, é importante se ter a convicção de que qualquer espécie de retroatividade viola a confiança, violação esta que pode até ser tolerada pelo sistema jurídico, contudo, mediante a ponderação entre os interesses envolvidos, é razoável que em determinadas situações a confiança deva ser tutelada³⁴¹.

A despeito da celeuma envolvendo a limitação da atuação do legislador por meio do princípio da proteção à confiança legítima, podem-se vislumbrar algumas aplicações práticas úteis quando se trata do exercício do poder normativo da Administração Pública, especialmente num contexto em que este se amplia, a exemplo do fenômeno da deslegalização.

Importante registrar que um ato normativo regulamentar, ressalvado o decreto autônomo, apenas poderá operar nos limites da lei; cabe ao legislador traçar os parâmetros gerais (*standards*), concedendo uma maior ou menor liberdade de conformação da lei pela Administração Pública³⁴².

Neste sentido, ao se instituir uma nova regulamentação prejudicial aos administrados por meio de uma mudança abrupta de postura da Administração Pública, existindo uma expectativa legítima, os efeitos deste novo ato normativo podem ser mitigados pelo princípio da proteção à confiança, mediante a obrigação de a Administração Pública: a) estipular regras de transição razoáveis; b) respeitar o termo de vigência previsto na norma; c)

³³⁹ Vide votos dos ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes. STF, ADI 3.104, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/9/2007.

³⁴⁰ STF, ADI 493, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/6/1992, DJ 4-9-1992.

³⁴¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 198.

³⁴² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

outorgar uma indenização; e, por fim, d) manter a situação jurídica anterior, nesta ordem de preferência³⁴³.

Um caso que ilustra bem a proteção da confiança ante as modificações normativas é o julgamento da ADPF 341/DF³⁴⁴, em que o STF referendou por maioria de votos a medida cautelar concedida pelo relator, Ministro Roberto Barroso, no sentido de limitar os efeitos de novo ato normativo (Portaria MEC nº 21/2014, que alterava o artigo 19 da Portaria MEC 10/2010³⁴⁵), e assim garantir o direito à renovação do contrato de financiamento do estudante do ensino superior – FIES.

Neste julgamento, os ministros concordaram que os alunos que tinham um contrato do FIES vigente não teriam o direito adquirido à renovação daquele negócio jurídico pelas regras antigas (menos rígidas), que não exigiam média de 450 pontos e nota maior que zero na redação no exame nacional do ensino médio – ENEM; contudo, as suas expectativas deveriam ser preservadas, pois ninguém assina um contrato estudantil para cursar apenas um semestre, não se podendo alterar as regras no meio do jogo.

O mais interessante neste caso, é que quatro dos nove ministros que participaram do julgamento³⁴⁶ ampliaram a extensão da decisão do relator, para garantir a continuidade das regras antigas, não apenas para renovação daqueles contratos já firmados,

³⁴³ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 331.

³⁴⁴ STF, Ementa: Direito administrativo. ADPF. Novas regras referentes ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES. Impossibilidade de aplicação retroativa. Liminar referendada. 1. O art. 3º da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 alterou a redação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, passando a exigir média superior a 450 pontos e nota superior a zero nas redações do ENEM, como condição para a obtenção de financiamento de curso superior junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior – FIES. 2. O art. 12 da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 previu que as novas exigências entrariam em vigor apenas em 30.3.2015, muito embora as inscrições para o FIES tenham se iniciado em 23.2.2015, conforme Portaria Normativa nº 2/2015. Previu-se, portanto, uma norma de transição entre o antigo e o novo regime jurídico aplicável ao FIES, possibilitando-se que, durante o prazo da *vacatio legis*, os estudantes se inscrevessem no sistema com base nas normas antigas. 3. Plausibilidade jurídica da alegação de violação à segurança jurídica configurada pela possibilidade de ter ocorrido aplicação retroativa da norma nova, no que respeita aos estudantes que: (i) já dispunham de contratos celebrados com o FIES e pretendiam renová-los; (ii) requereram e não obtiveram sua inscrição no FIES, durante o prazo da *vacatio legis*, com base nas regras antigas. Perigo na demora configurado, tendo em vista o transcurso do prazo para renovação dos contratos, bem como em razão do avanço do semestre letivo. 4. Cautelar referendada para determinar a não aplicação da exigência de desempenho mínimo no ENEM em caso de: (i) renovações de contratos de financiamento; (ii) novas inscrições requeridas até 29.3.2015. 5. Indeferimento da cautelar no que respeita aos demais estudantes que requereram seu ingresso no FIES em 2015, após 29.3.2015, aos quais devem ser aplicadas as novas normas. (ADPF 341 MC – Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/5/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 7-8-2015 PUBLIC 10-8-2015).

³⁴⁵ Esta portaria regulamenta as regras da seleção e ofertas de vagas, autorização concedida pelo § 1º, artigo 3º da Lei 10.260/2001.

³⁴⁶ Ficaram vencidos em parte os votos dos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Teori Zavascki.

mas também para os futuros contratos a serem concretizados pelos alunos que ainda estavam participando do ENEM na data da entrada em vigor da nova portaria, sendo invocado expressamente o princípio da proteção à confiança legítima, pelo Ministro Dias Toffoli.

Portanto, verifica-se o potencial que o princípio da proteção à confiança legítima tem para combater as injustiças perpetradas pela aplicação retroativa de novos atos normativos pela Administração Pública, sobretudo num contexto em que o seu poder normativo se expande.

A proposta deste capítulo foi realizar um apanhado da aplicação do princípio da proteção à confiança legítima no direito estrangeiro e no Brasil, assim como de todas as hipóteses em que este princípio pode operar. Contudo, cada uma destas situações justificaria um trabalho específico para o seu desenvolvimento com a profundidade necessária para se tentar esgotar o assunto. O objetivo específico desta dissertação é analisar a aplicação deste princípio como limite à anulação dos atos administrativos, o que será realizado no próximo capítulo.

3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO LIMITE À ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme visto no item 2.1.1, foi na Alemanha que a jurisprudência reconheceu pela primeira vez a existência de um princípio autônomo da proteção à confiança, sendo este utilizado justamente como limite à anulação de um ato administrativo inválido.

No Brasil, ainda sob o dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, não havia limites ao exercício da autotutela administrativa; o Poder Público podia anular seus atos a qualquer momento, sem a observância sequer do devido processo legal³⁴⁷.

Justificado na lógica de que o interesse público deveria sempre prevalecer sobre os interesses individuais, era impensável o reconhecimento da produção de efeitos de um ato administrativo juridicamente defeituoso, visando garantir a confiança do particular. Aventou-se a possibilidade de a Administração Pública até deixar de extinguir o ato ilegal, mas visando atender ao próprio interesse do poder público, e nunca sob a ótica do cidadão e da confiança que este depositou na atuação do Estado³⁴⁸.

Por meio da jurisprudência dos tribunais superiores³⁴⁹ e após a consolidação de diversos direitos e garantias fundamentais, com a Constituição de 1988 é que se passa a reconhecer a necessidade do devido processo legal para proceder à anulação dos atos administrativos e admitir que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança (segurança jurídica em seu aspecto subjetivo) possam servir como limites substantivos ao exercício da autotutela administrativa³⁵⁰.

³⁴⁷ SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO DE NULIDADE. PODER DE AUTOTUTELA. POSSIBILIDADE. 1. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato inválido de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula STF nº 473). 2. Agravo regimental improvido. (RE 273665 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/6/2005, DJ 5-8-2005 PP-00103 EMENT VOL-02199-04 PP-00792).

³⁴⁸ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 77-78.

³⁴⁹ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 95-96.

³⁵⁰ EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável.

A necessidade de garantia da segurança jurídica nas relações jurídico-administrativas também passa a ser incorporada no direito posto, especialmente na Lei do processo administrativo federal (9.784/99), ganhando relevância para a incidência do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos o artigo 27 da Lei 9.868/99 (ADI/ADC) e o artigo 11 da lei 9.882/99 (ADPF), que passaram a admitir a preservação dos efeitos de leis inconstitucionais³⁵¹.

Importante registrar que há um projeto de lei (PL 7.448/17)³⁵² já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ do Senado, e atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, que alterando a Lei de introdução às normas do direito brasileiro, acrescenta os artigos 20 a 30. Entre as modificações, determina em seu artigo 21³⁵³ que as decisões na esfera judicial, controladora e administrativa, ao anular atos ilegais do Poder Público, devem declarar expressamente os seus efeitos jurídicos e administrativos, assim como, no seu parágrafo único, prescreve que as referidas decisões deverão indicar, quando for o caso, as condições para que a regularização do vício ocorra de forma proporcional, sem impor aos indivíduos atingidos ônus e perdas anormais ou excessivas.

O mesmo projeto de lei prevê no seu artigo 24³⁵⁴ que é vedada a anulação de situações já plenamente constituídas por causa de mudança de orientações gerais, asseverando

Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/2/2004, DJ 17-9-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922).

³⁵¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54.

³⁵² Este projeto de lei baseou-se nos estudos dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto.

³⁵³ Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

³⁵⁴ Art. 24. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

em seu artigo 30³⁵⁵ que as autoridades públicas devem adotar as medidas necessárias para garantir a segurança jurídica na aplicação das normas.

Não se tem garantia de que o referido projeto um dia virará lei; igualmente, é criticável o fato de se pretender alterar a Lei de introdução às normas do direito brasileiro para este fim, quando seria mais apropriado uma mudança na própria Lei do processo administrativo (9.784/99) ou outra lei mais específica do campo do direito público; contudo, esse texto demonstra a atualidade do tema aqui estudado e a importância de se garantir a segurança jurídica no âmbito das relações jurídico-administrativas.

Marques Neto³⁵⁶, um dos autores dos estudos em que o projeto de lei se baseou, defende que este “traz algumas boas indicações de como lidar com a atual realidade. Ao invés de perseguir um dispositivo fechado e fora do tempo, a iniciativa propõe a inclusão de uma série de artigos (...) voltados a balizar a interpretação e a aplicação do direito público”.

A despeito dessas considerações, é importante ter em mente que a regra ainda é que os atos administrativos inválidos (ilegais ou inconstitucionais) não produzam efeitos, salvo em situações excepcionais e desde que preenchidos alguns requisitos necessários à incidência do princípio da proteção à confiança legítima, ou de alguns institutos jurídicos inspirados neste princípio, como o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99 e, mais especificamente, no caso de concessão de benefícios previdenciários, do artigo 103-A da Lei 8.213/91³⁵⁷.

Já foram demonstradas nos capítulos anteriores as premissas necessárias para se admitir a existência de um princípio da proteção à confiança legítima aplicável às relações

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

³⁵⁵ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

³⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 14, n. 54, abr./jun. 2016, p. 211.

³⁵⁷ Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

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

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

jurídico-administrativas, entender o seu desenvolvimento e identificar o seu conteúdo e campo próprio de aplicação.

O objetivo deste capítulo é estudar a dinâmica da operação deste princípio na manutenção dos atos administrativos inválidos que despertaram uma legítima confiança nos administrados, devendo ser realizada uma investigação sobre o tratamento constitucionalizado das nulidades dos atos administrativos e dos requisitos necessários à incidência do princípio da proteção à confiança legítima, traçando parâmetros seguros para a sua aplicação, o que contribuirá para uma uniformização no tocante à sua utilização pelos operadores do direito.

3.1 Uma Análise Constitucionalizada da Anulação dos Atos Administrativos

3.1.1 Distinções preliminares: princípio da proteção à confiança e convalidação

Antes de se adentrar na dinâmica da anulação dos atos administrativos, é importante traçar uma linha divisória entre o princípio da proteção à confiança legítima e a convalidação, que muitas vezes acabam por ser confundidos.

Independentemente da classificação das formas de extinção que cada autor adote, o importante é ter em mente que a anulação ou revogação são oriundas de um ato administrativo e, portanto, uma manifestação de vontade, que tem sempre por objeto outro ato administrativo anterior, viciado ou inoportuno.³⁵⁸

Um ato administrativo que possua um defeito sanável pode ser convalidado, desde que não haja ocorrido lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros (artigo 55 da Lei 9.784/99)³⁵⁹. Zancaner³⁶⁰ afirma que a Administração Pública possui uma verdadeira obrigação de convalidar, pois este instituto visa não apenas a restaurar a legalidade, mas também a garantir a estabilidade das relações jurídicas.

Apesar de buscar atender ao princípio da segurança jurídica, a convalidação não se confunde com o princípio da proteção à confiança legítima, pois este opera num campo próprio, buscando precipuamente a garantia da expectativa gerada no particular, mesmo que

³⁵⁸ TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

³⁵⁹ Não serão estudadas mais detalhadamente as formas de convalidação: ratificação e confirmação, pois objetivo de tratar da convalidação é apenas demonstrar que esta não se confunde com o campo próprio de aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

³⁶⁰ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 56-57.

em detrimento do erário, ao contrário da convalidação que possui a higidez do interesse público como condicionante.

Reale chama a atenção para este ponto, quando afirma: “sob esse prisma, é mister distinguir duas hipóteses: a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo ou anulável; b) a de perda pela Administração do benefício da declaração unilateral da nulidade (*le bénéfice du préalable*)”³⁶¹.

Um ato ilegal com um vício insanável, mesmo que não seja convalidado, pode continuar a surtir alguns efeitos, a depender das circunstâncias do caso concreto e da estabilidade da relação jurídica por ele criado. Na convalidação, o vício é sanado e o ato defeituoso tem sua validade reconhecida com efeitos retroativos. Já na estabilização de uma relação justificada na proteção à confiança e na boa-fé, o ato continua inválido, mas produz seus efeitos, havendo uma barreira à sua anulação³⁶².

3.1.2 O princípio da proteção à confiança legítima e o dever de não invalidar

Não é correto afirmar que o ato nulo não produz efeitos; estes ocorrem tanto no plano dos fatos quanto no jurídico, sendo também uma consequência da presunção de legitimidade e autoexecutoriedade dos atos administrativos, devendo o ato invalidante, na máxima medida possível, disciplinar as relações jurídicas afetadas³⁶³.

Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos, certas situações terão sido instauradas, e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão obrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar à segurança jurídica e à boa-fé³⁶⁴.

³⁶¹ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 82.

³⁶² ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 58-59.

³⁶³ GIOVANI, Bigolin. *Segurança jurídica: a estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 112-114.

³⁶⁴ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 59.

Neste mesmo sentido, Valim salienta que a invalidade do ato administrativo não impede o surgimento de direito subjetivo, já que no plano da eficácia continua a produzir efeitos até que seja anulado³⁶⁵; todavia, o ato de retirada pode ser bloqueado ou modulado pelo princípio da proteção à confiança legítima.

O próprio sistema jurídico brasileiro permite que os atos normativos e até leis inconstitucionais, que contêm o maior vício de todos, a saber, sua desconformidade com sua fonte de validade constitucional, produzam efeitos, podendo ser estabilizados para garantir o excepcional interesse social ou a segurança jurídica³⁶⁶.

Percebe-se que ao se admitir a manutenção dos efeitos de leis ou atos normativos inconstitucionais, está a se observar a necessidade de garantia da segurança jurídica dos particulares, que regeram suas vidas, comportando-se de acordo com as regras vigentes, presumindo sua constitucionalidade, configurando-se numa grave injustiça a anulação com efeitos retroativos de todos os atos realizados na vigência daquelas normas.

Sobre este assunto, observa Couto e Silva que atualmente prevalece a orientação de que, em casos excepcionais, às leis ou aos atos normativos criadores de situações vantajosas para os particulares, que foram incorporadas ao patrimônio jurídicos destes pelo decorrer do tempo, seria inócua a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade³⁶⁷.

Portanto, se atos normativos e até leis com o grave defeito da inconstitucionalidade podem ter seus efeitos modulados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no exercício do controle de constitucionalidade, constata-se que o sistema jurídico admite que atos administrativos nulos produzam efeitos quando isso atender a outros princípios constitucionais, como o da segurança jurídica e o da proteção à confiança.

Aqui não se trata de reconhecer a discricionariedade para anular os atos ilegais, pois o artigo 53 da Lei 9.784/99³⁶⁸ determina a anulação; não existe discricionariedade contra ordem expressa da lei³⁶⁹.

³⁶⁵ VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. *In*: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 87.

³⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=57926>>. Acesso em: 25 mar. 2017, p. 15-16.

³⁶⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 35.

³⁶⁸ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Se há a determinação para a anulação dos atos ilegais, em regra, não existe margem de escolha concedida pelo legislador ordinário; contudo, isso não quer dizer que o ato mesmo nulo não possa continuar a surtir efeitos, já que a depender das circunstâncias do caso concreto poderão ser estabilizados pela incidência do princípio da proteção à confiança legítima, surgindo, então, um dever de não invalidar. Não se trata de discricionariedade, mas de vinculação, pois ao lado do dever de invalidar há também o dever de não invalidar³⁷⁰.

3.1.3 O tratamento tópico das nulidades

A diversidade de situações que se coloca à frente da Administração Pública no exercício das suas atividades, aliada à incidência dos princípios constitucionais, torna extremamente difícil a previsão abstrata das hipóteses de invalidade assim como das suas consequências, o que impede a catalogação de quais espécies de vícios fulminariam o ato ou permitiriam a produção de alguns efeitos. No próprio direito privado, essa tipificação está sendo relativizada com o movimento da constitucionalização; assim, atos manifestamente nulos e até considerados inexistentes anos atrás, hoje são tidos como válidos, a exemplo do casamento de pessoas do mesmo sexo³⁷¹.

Além das dificuldades apresentadas acima, existe um impedimento adicional apontado pelo professor Bernardes de Mello³⁷², ao identificar a impossibilidade da construção de uma teoria geral das nulidades dos atos jurídicos, levando em consideração a diferença de tratamento dado pelos diversos diplomas legais, que permitem que o ato nulo seja eficaz e possa convalescer pelo decurso do tempo. Este é um problema que se acentua num contexto em se reconhece a normatividade dos princípios, exigindo que apenas após o processo interpretativo se decida se um ato deve ser extinto ou não.

³⁶⁹ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 61.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 86.

³⁷¹ SOUZA, Eduardo Nunes. Perfil dinâmico da invalidade negocial. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016, p. 84/89.

³⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52-53.

A gravidade do vício só pode ser identificada na solução do caso concreto, após a utilização da proporcionalidade, conforme ensina Juarez Freitas³⁷³: “o manejo do princípio da proporcionalidade é que determinará, ao fim e ao cabo, se se configura, ou não, um vício de extrema gravidade”.

É impossível prefixar sistematicamente todas as hipóteses de invalidade dos atos administrativos e suas consequências jurídicas, havendo uma enorme casuística no seu tratamento; portanto, somente na solução do caso concreto, utilizando-se da proporcionalidade, “pela conjugação dos parâmetros do interesse (público), da legalidade, da autonomia da vontade, da segurança jurídica e da boa-fé – aí incluída a proteção da confiança –, é possível identificar o grau de invalidade que atinge um ato administrativo”³⁷⁴.

Isso leva à necessidade de um tratamento tópico das invalidades dos atos administrativos³⁷⁵, mais preocupado na solução do problema concreto, servindo “para identificar argumentos ligados a um problema através da confrontação do suporte fático com pontos de vista que já são legitimados pelas partes em disputa; a partir destes, são produzidas premissas para a solução do caso”³⁷⁶.

A tópica deve ser aplicada sem se rejeitar as normas preestabelecidas no sistema jurídico, até porque estas também costumam ser fruto de catálogos de *topoi*. As normas do sistema formam o quadro para a análise do problema, devendo haver uma complementação e não uma repulsa entre a argumentação sistemática e a argumentação tópica³⁷⁷.

Apesar de Alexy³⁷⁸, ao tratar de sua teoria da argumentação jurídica, rejeitar a tópica de Viehweg, por entender que esta não reconhece a importância da lei, da dogmática jurídica e dos precedentes na argumentação jurídica, não fornecendo um critério válido para

³⁷³ FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100.

³⁷⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 181.

³⁷⁵ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 256.

³⁷⁶ KRELL, Andreas J. A importância do raciocínio tópico retórico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*. Vol. 09, nº 1, Rio de Janeiro, 2016, p. 244-271, DOI: 0.12957/rqi.2016.18744, p. 257-258.

³⁷⁷ Ibid. p. 261-262.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 35-38.

avaliar os argumentos utilizados no discurso³⁷⁹, percebe-se que a teoria da argumentação jurídica de Alexy possui o mesmo objetivo: criar um procedimento decisório racional. É também perceptível esta influência no desenvolvimento da sua teoria dos direitos fundamentais, que no momento da aplicação da proporcionalidade se torna tópica, permitindo que todos os valores, bens, interesses e princípios envolvidos sejam levados em consideração na argumentação.

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção³⁸⁰.

Portanto, apenas na análise do caso concreto, verificando as condições de invalidade do ato administrativo e identificando as características das relações jurídicas que ele produziu, ponderando-se os interesses públicos e privados em jogo, assim como os princípios da proteção à confiança legítima, da legalidade e da garantia do interesse público, é que se poderá verificar o nível de gravidade do defeito do ato administrativo e as suas consequências, podendo este, apesar de nulo, continuar a gerar efeitos, caso esta se apresente como a melhor solução possível ao caso concreto.

3.2 Pressupostos para a Aplicação do Princípio da Proteção à Confiança Legítima como Limite à Anulação dos Atos Administrativos

Apesar dos diversos autores que estudaram o princípio da proteção à confiança legítima indicarem alguns parâmetros gerais para a sua aplicação, é importante avançar para a análise de cada um destes requisitos, voltada às situações em que há a necessidade da manutenção de um ato administrativo inválido para a preservação da confiança depositada pelos particulares.

Baptista³⁸¹ aponta como requisitos gerais para a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima: a) a não proteção, no caso concreto, por outras garantias de

³⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 63.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 426.

³⁸¹ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 130.

estabilidade das relações jurídico-administrativas; b) o depósito da confiança no ato ou conduta administrativa a cuja estabilidade a Administração estivesse vinculada; c) que a confiança do administrado seja legítima; d) que o interesse do particular confiante, após o processo de ponderação, prevaleça sobre o interesse público.

Por sua vez, Araújo³⁸² identifica as seguintes condições: “i) a base da confiança, ii) a existência subjetiva da confiança, iii) o exercício da confiança através de atos concretos, iv) o comportamento estatal que frustre a confiança”. Nesta mesma linha, Ávila³⁸³ ressalta a necessidade de “existência de a) uma base da confiança, de b) uma confiança nesta base, do c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público”.

Maurer³⁸⁴ afirma que o beneficiário do ato administrativo deve ter confiado na sua existência e que esta confiança é digna de proteção após a sua ponderação com o interesse público contrário.

Ao analisar todas as propostas acima, apesar de enumeradas de formas diferentes pelos diversos autores, percebe-se certa uniformidade nos requisitos, que podem ser condensados da seguinte maneira: 1) pressupostos fáticos: a) uma base de confiança; b) a legitimidade da confiança depositada; c) a frustração da confiança pela Administração Pública; e 2) pressupostos hermenêuticos: a) a não aplicação de outros institutos jurídicos que assegurem a estabilidade das relações jurídico-administrativas; b) que a confiança do particular prevaleça sobre o interesse público após o processo de ponderação³⁸⁵.

Tais pressupostos dizem respeito a qualquer ato administrativo capaz de fazer surgir no particular uma confiança legítima na sua estabilidade (base de confiança), que conforme visto no capítulo anterior pode ser um ato administrativo benéfico individual ou geral (item 2.4.1), atos da administração consistentes em promessas, informações e práticas reiteradas (item 2.4.2), contratos administrativos (item 2.4.3) e atos normativos administrativos (item 2.4.4).

³⁸² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 82.

³⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 375.

³⁸⁴ MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 72.

³⁸⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 130.

O objeto deste capítulo será estudar a base da confiança consistente num ato administrativo benéfico inválido, sendo imperioso neste momento fazer uma análise das condicionantes mencionadas acima, aplicadas a esta base específica.

3.2.1 Pressupostos fáticos

3.2.1.1 Base da confiança positiva e negativa

A questão cinge-se à discussão sobre se apenas um ato comissivo do Estado pode servir de base de confiança suficiente a gerar uma expectativa legítima no particular ou se a omissão estatal (base negativa) também serviria para tal fim.

Quanto à base da confiança positiva, não há dúvidas que em determinadas situações será despertado no administrado uma expectativa legítima na manutenção daquela situação jurídica favorável, como, por exemplo, uma licença para construção que tenha alguma irregularidade desconhecida pelo beneficiário, como na hipótese da sua expedição por um servidor incompetente, mas lotado no órgão público responsável pela emissão deste ato.

Imagine-se que uma determinada pessoa construiu sua residência às margens de uma rodovia federal, ficando o imóvel inserido na faixa de domínio ou na área *non aedificandi* (limitação administrativa sobre a propriedade privada), imóvel este devidamente registrado no registro geral de imóveis, tendo sido expedido alvará de construção pela prefeitura, e ainda, o edifício fica localizado próximo a um posto da Polícia Rodoviária Federal que durante vários anos nunca notificou o proprietário da irregularidade da construção. Esta omissão da União seria suficiente para fazer despertar no particular a confiança de que sua construção seria idônea?

Para Araújo³⁸⁶, a omissão também poderia ser incluída no conceito de manifestação estatal, sendo meio idôneo para produzir uma expectativa legítima “quando o Estado deixa de desfazer um ato inválido e o particular, que desconhece o vício, confia na sua manutenção futura”.

Contudo, no exemplo mencionado pelo autor não existe uma omissão pura e simples, mas sim uma manifestação expressa da Administração Pública reconhecendo algum benefício ao particular, que deixa de ser desfeito pelo Poder Público. A base da confiança nesta hipótese é o ato inicial concessivo do benefício e não a omissão posterior.

³⁸⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 85.

A omissão ou silêncio da Administração Pública dificilmente pode ser recebido como uma concordância ou autorização tácita, salvo se a lei estipular algum efeito neste sentido³⁸⁷. Neste ponto, acredita-se estar com a razão Baptista³⁸⁸, quando afirma que “a omissão do Poder Público, por si só, não autoriza que, a partir dela, se tirem conclusões quanto a uma suposta declaração implícita favorável”.

Uma possível solução para o exemplo apresentado acima poderia ser apontada no sentido de se buscar uma indenização junto ao Ente que tenha deixado de solicitar o registro do seus bens imóveis, ou ao estado da federação em que se verificou a conduta negligente do cartório de registro de imóveis, que eventualmente tenha deixado de realizar os assentamentos necessários para identificação dos limites da área pública; e até mesmo junto ao Município que expediu a licença para a construção sem a devida observância se o imóvel seria sobreposto à bem público ou inserido em área não edificável. Já houve decisão em sentido semelhante, do Tribunal Regional Federal da 5ª região – TRF5, nos autos da apelação cível 308.959, em que se discutiu o direito à indenização pela demolição das barracas construídas irregularmente em terreno de marinha na praia do Francês, situadas no município de Marechal Deodoro/AL³⁸⁹.

Apesar de a referida decisão não deixar expresso qual o fundamento do direito à indenização, acredita-se que este deveria ser o princípio da proteção à confiança; contudo, por se tratar de entes diversos, seus efeitos seriam limitados à tutela compensatória (item 3.4). Importante ainda salientar que acertadamente restou consignado no *decisum* que o ato omissivo não serve como base de confiança. Eis um trecho do seu inteiro teor:

A omissão ou a tolerância do Poder Público em face da ocupação, pelo particular, do imóvel não gera para o ocupante o direito a permanecer no

³⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 101-103.

³⁸⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 156.

³⁸⁹ PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE DA UNIÃO DE BEM DE USO COMUM DO POVO. PRAIA DO FRANCÊS/AL. INSTALAÇÃO INDEVIDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DEMOLIÇÃO. OCUPAÇÃO DE BOA-FÉ PELO PARTICULAR. INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS. POSSIBILIDADE.

- Estabelecimento comercial instalado em bem de uso comum do povo, sob a administração da União Federal, na Praia do Francês/AL, sem a autorização da SPU - Secretaria de Patrimônio da União e em desacordo com as normas garantidoras do livre acesso da população aos bens de uso comum do povo.

- Em face da ocupação irregular pelo particular, cabível a reintegração de posse pela União Federal.

- Posse de boa-fé do proprietário do estabelecimento com o aval das administrações municipal e federal, que indevidamente permitiram a ocupação. Direito do ocupante à indenização pelas benfeitorias realizadas. Demolição da construção às expensas da União Federal.

(PROCESSO: 200280000013677, AC308959/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 1/6/2006, PUBLICAÇÃO: DJ 25/9/2006 – Página 606).

local, não importando o lapso temporal pelo qual perdurou a ocupação, porque a utilização das áreas de uso comum por particulares somente pode ocorrer mediante concessão, autorização ou permissão do Poder Público, dentro do princípio da razoabilidade e de acordo com o interesse público³⁹⁰.

Situação diversa ocorreria se o próprio governo federal, por meio da implementação de alguma política habitacional, autorizasse expressamente a ocupação de área por equívoco, e depois de construídas as casas e as famílias já residindo no local, tentasse voltar atrás. Mesmo nesta hipótese, a manutenção da ocupação poderia ser inviabilizada se outros bens jurídicos restassem ameaçados, como a vida; nestes casos, a incidência do princípio da proteção à confiança atuaria para assegurar o pagamento de uma indenização ou a entrega de outro imóvel, e não para impedir a desocupação da área.

Sobre questão semelhante já decidiu a terceira turma do Tribunal Regional Federal da 5ª região – TRF5, em que manteve a ocupação irregular existente havia vinte anos, de mais de trezentas famílias cujas residências localizavam-se na faixa de domínio e *non aedificandi* de ferrovia, entendeu o relator que a omissão da Administração Pública, permitindo a ocupação desordenada da área, aliada ao fato de que a linha férrea estava desativada sem previsão de voltar a operar, permitiria a incidência do princípio da proteção à confiança, pois o Poder Público também teria fomentado a ocupação da área com o fornecimento de serviços básicos àquela comunidade³⁹¹.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ TRF 5. ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TRANSNORDESTINA. MALHA FERROVIÁRIA INATIVA HÁ MAIS DE 5 ANOS E SEM PERSPECTIVA DE FUNCIONAMENTO. PROVIMENTO QUE ACARRETARIA DESLOCAMENTO DE MAIS DE 300 FAMÍLIAS. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Apelação interposta pela TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S/A contra sentença de improcedência proferida nos autos da ação de reintegração de posse cumulada com pedido de demolição, tendo como objeto imóveis particulares construídos sobre área *non aedificandi* ao longo da Faixa de Domínio da Malha Nordeste, localizada à rua 24 de Maio, bairro do Tambor, na cidade de Campina Grande/PB.

2. A área não edificável corresponde a um espaço de 15 metros do limite da ferrovia, no qual não podem ser erguidas construções, consoante a regulamentação dada pelo inciso III do art. 4º da Lei nº 6.766/79. Tal limitação tem como finalidade assegurar a segurança de pessoas e bens que trafegam e margeiam as ferrovias/rodovias, e, ainda, propiciar ao Poder Público (ou à concessionária do serviço) condições de realizar obras de conservação das vias.

3. *In casu*, da análise do laudo pericial oficial constante nos autos, verifica-se que os imóveis parcialmente construídos à margem da malha ferroviária servem de moradia de mais de 300 famílias. As construções foram erigidas há mais de 25 anos e todas estão situadas em área urbana. Portanto, a população local goza da prestação de serviços públicos básicos e alguns moradores pagam IPTU, restando caracterizada a regularidade da ocupação impugnada.

4. Conforme atestado pelo perito do juízo, as construções em comento não comprometem a ferrovia. Outrossim, o enfraquecimento da linha férrea é uma consequência da ausência ou insuficiência de manutenção corretiva ou preventiva. O trânsito de trens de cargas está desativado há mais de 3 anos, inexistindo previsão de retomada dentro dos próximos 5 anos.

5. Ademais, o *expert* assevera que a expansão dos muros de fundos de quintais dos imóveis da Rua Nova, no Bairro do Tambor, evitou que pessoas indesejáveis erguessem imóveis na faixa de domínio da União, evitando, assim, a “favelização” da região.

Independentemente da justeza do mérito, esta decisão pode ser criticada pela utilização indevida do princípio da proteção à confiança legítima, que não protege situações oriundas de uma omissão estatal, tampouco autoriza a incidência deste princípio como limite ao desfazimento do ato, pois neste caso não há identidade entre o sujeito que forneceu o serviço e aquele que reivindica a desocupação da área (a concessionária da linha férrea ou o concedente – DNIT). A identidade de sujeitos será estudada quando for analisado quem pode frustrar a confiança.

Portanto, apenas manifestações expressas da Administração Pública, emitidas com a finalidade clara de reconhecer um benefício ao indivíduo, poderão servir como base de confiança, especialmente quando se trata de atos inválidos, em que a proteção da confiança exige pelo menos uma conduta inequívoca do Poder Público em criar determinada situação jurídica.

A base deve ser idônea para gerar a confiança no seu destinatário. Quanto mais o ato tiver condição de gerar esta confiança, maior será a proteção³⁹². Portanto, em se tratando de atos administrativos viciados, deve haver a certeza quanto à manifestação de vontade da Administração Pública.

Além da força vinculativa do ato, Ávila³⁹³ indica algumas relações entre as características da base de confiança e o nível de proteção a ser dispensado. Para este autor, a proteção à confiança variará de acordo com o grau de: a) vinculação da base; b) aparência de legitimidade da base; c) modificabilidade da base; d) eficácia no tempo da base; e) realização das finalidades da base; f) grau de indução da base; g) grau de individualidade da base e; h) grau de onerosidade da base.

6. Não se desconhece das posições jurisprudenciais firmadas no sentido de que não há se falar em posse de bens públicos, haja vista tratar-se de mera ocupação/detenção irregular (arts. 183, parágrafo 3º, e 191, parágrafo único, CF/88). Entretanto, mesmo que esse seja o rótulo jurídico que se dê a essa situação de fato, é inegável que dela surtem efeitos jurídicos, a exemplo do respeito à legítima confiança que os administrados depositaram na conduta estatal.

7. Conforme apontado pelo magistrado sentenciante, “ao não somente permitir construções de residências naquela área abandonada, mas também posteriormente fornecer os mais básicos serviços à comunidade, a Administração, ainda que tenha operado de forma indevida, gerou na população local a legítima expectativa de que as edificações erigidas ostentavam caráter regular”.

8. Diante de casos excepcionais como o presente, este Tribunal Regional vem autorizando a manutenção dos promovidos no local onde se encontram, enquanto perdurar a ausência de utilização da ferrovia (PJe nº 08012475120144058201, Des. Fed. Rel. Manoel Erhardt, Primeira Turma, Julgado em: 30/6/2016; AC nº 585721/PB, Des. Fed. Rel. Manuel Maia – Convocado, Primeira Turma, Julgado em: 7/4/2016).

9. Apelação desprovida.

(PROCESSO: 00028486720104058201, AC586958/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 18/8/2016, PUBLICAÇÃO: DJE 26/8/2016 – p. 90).

³⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 389.

³⁹³ *Ibid.* p. 388-408.

Estas características da base de confiança não precisam estar todas presentes ao mesmo tempo para que a confiança possa ser tutelada; a presença reduzida ou a ausência de uma pode ser compensada pelas demais. Estas são fatores que indicam ser a base capaz de gerar uma expectativa no particular.

3.2.1.2 Legitimidade da confiança

Para que o particular possa invocar a proteção da sua confiança, é necessário que haja tido conhecimento do ato administrativo benéfico. Manifestações administrativas não reduzidas a termo, não publicadas ou das quais não houve a notificação dos interessados, em princípio não são capazes de fazer despertar a confiança no administrado³⁹⁴.

Não é suficiente que se tenha apenas a ciência do ato administrativo; é essencial que este ato seja capaz de gerar um estado de confiança na sua legitimidade, correção e continuidade³⁹⁵.

O mero conhecimento da existência do ato estatal, o que é, inclusive, presumido por conta da sua publicação na imprensa oficial, também pode não ser um fator suficiente para, por si só, justificar o emprego do princípio da proteção da confiança. Existe a adicional necessidade de que o particular tenha confiado na sua continuidade³⁹⁶.

Outro elemento para que o beneficiário possa invocar a proteção de sua confiança é que ele tenha agido de boa-fé (subjéitiva); esta pode ser definida como um “estado de crença de um sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento”³⁹⁷, pois se o interessado agiu com comprovada má-fé, não poderá beneficiar-se da própria torpeza³⁹⁸.

A boa-fé subjéitiva neste caso é um dos elementos necessários à aplicação do princípio da proteção da confiança legítima. Não se trata, portanto, da boa-fé objetiva, que

³⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 412.

³⁹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 89.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 90.

³⁹⁷ EHRHARDT JR, Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*. V. 18, nº 2, 2013, p. 3.

³⁹⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 158.

tem a natureza de princípio e opera em outras circunstâncias, conforme explicado no item 2.3.3 do capítulo anterior.

A boa-fé é exigida do particular beneficiário do ato administrativo e não do servidor público que o praticou. Se, por algum motivo, o agente público agiu de má-fé ao conceder determinado benefício, e o destinatário do ato desconhecia este fato, presentes os demais requisitos para a incidência do princípio da proteção à confiança, este irá operar normalmente, pois serve apenas como uma garantia do particular, e não da Administração Pública³⁹⁹.

Em sentido contrário, Juarez Freitas⁴⁰⁰ e Nobre Júnior⁴⁰¹ entendem que se o agente público que produziu o ato estava de má-fé, a confiança do beneficiário de boa-fé não deve ser protegida. Tal entendimento talvez seja uma consequência das premissas de que partem os autores. O primeiro fundamenta sua posição no princípio da moralidade, e o segundo, na boa-fé objetiva, institutos que vinculam a conduta de ambos os lados da relação jurídica. Contudo já foi demonstrado nos itens 2.3.2 e 2.3.3 que estes princípios não são suficientes para proteger a confiança de forma adequada, mormente quando se trata da manutenção dos efeitos dos atos ilegais.

Este entendimento não deve prosperar, pois o princípio da proteção à confiança deve levar em consideração apenas as expectativas criadas no particular⁴⁰²; o que importa é a sua boa-fé, independentemente das intenções do autor do ato.

Afirmar que a eventual má-fé do agente público – e da própria Administração, por conseguinte – igualmente impede a aplicação integral do dispositivo em comento implica uma diminuição do seu caráter protetivo, em interpretação incompatível com os princípios que orientam o processo administrativo federal (art. 2º da Lei 9.784/99)⁴⁰³.

Inspirada no artigo 48 da Lei do processo administrativo alemão⁴⁰⁴, Baptista⁴⁰⁵ defende que a ausência de boa-fé pode restar configurada quando: a) o beneficiário

³⁹⁹ MAFFINI, Rafel da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 153-154.

⁴⁰⁰ FREITAS, Juarez. *Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100.

⁴⁰¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 201.

⁴⁰² MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 68.

⁴⁰³ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 237.

⁴⁰⁴ Artigo 48, 2 (...)

provocou ilegalidade do ato; b) o fato foi praticado em consequência de informações incorretas ou incompletas do beneficiário; c) o interessado conhecia da ilegalidade ou não teve ciência desta por sua própria negligência.

Na primeira hipótese, caso reste comprovado que o beneficiário agiu dolosamente, provocando a ilegalidade do ato, não há que se falar em confiança legítima. A situação em que o particular presta dolosamente informações falsas para ter um direito reconhecido pelo Estado, não difere muito da primeira hipótese⁴⁰⁶.

Todavia, se a informação incorreta foi prestada porque o interessado não tinha conhecimento de sua falsidade ou incorreção, apesar de, em regra, não se permitir a proteção da confiança nestas situações, essa circunstância pode ser levada em consideração para determinar a extensão da revisão do ato ilegal⁴⁰⁷.

Quanto à prestação de informações incompletas, pode ser que a culpa seja da própria Administração Pública, que não orientou bem a parte interessada sobre quais informações e documentos deveriam ser apresentados, sendo importante consignar que o artigo 2º do decreto 9.094/2017⁴⁰⁸ (dispõe sobre a simplificação do atendimento do usuário do serviço público federal) prescreve que documentos comprobatórios da situação do interessado que constem da base de dados oficial do governo federal deverão ser obtidas diretamente pelo Poder Público, sendo o particular dispensado deste ônus.

O beneficiário não pode invocar a confiança, quando:

1. Obteve o ato administrativo mediante dolo, coação ou fraude;
2. Obteve a emissão do ato administrativo por informações que eram incorretas em aspectos essenciais ou que eram incompletas;
3. Conhecia a ilicitude do ato ou não a conhecia por negligência grave.

Disponível em <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/Ley-Alemana-de-Procedimiento-Administrativo-Version-Castellano-2.pdf>>, acessado em 18-11-2017.

⁴⁰⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 190.

⁴⁰⁶ STJ. Trata-se, na espécie, de anular ato administrativo que efetuou matrícula em instituição de ensino em razão da aprovação no vestibular. Contudo tal aprovação foi obtida fraudulentamente, pois o recorrente usou carteira de identidade falsa, com a exposição de fotografia de outra pessoa. Assim, comprovada a má-fé do administrado, não se aplica o prazo decadencial de 5 anos para a Administração anular seus próprios atos previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999. REsp 603.135-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8/6/2004.

⁴⁰⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 190.

⁴⁰⁸ Art. 2º Salvo disposição legal em contrário, os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal que necessitarem de documentos comprobatórios da regularidade da situação de usuários dos serviços públicos, de atestados, de certidões ou de outros documentos comprobatórios que constem em base de dados oficial da administração pública federal deverão obtê-los diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados, nos termos do Decreto nº 8.789, de 29 de junho de 2016, e não poderão exigí-los dos usuários dos serviços públicos.

O importante é que o interessado sempre apresente todas as informações e documentos disponíveis necessários ao seu pleito junto à Administração Pública, agindo sem qualquer reserva mental e colocando todas as cartas sobre a mesa, a fim de evitar que sua conduta seja caracterizada como má-fé, o que poderia “criar intransponíveis obstáculos para a invocação do princípio da proteção da confiança”⁴⁰⁹.

A hipótese mais polêmica de exclusão da legitimidade da confiança trata das situações em que o beneficiário tinha conhecimento da ilegalidade do ato ou a desconhecia por sua própria negligência. Com base na lei do processo administrativo alemão, autores como Baptista⁴¹⁰ e Araújo⁴¹¹ entendem que esta seria uma barreira à legitimidade da confiança.

Oliveira⁴¹² defende que neste caso se deve aplicar a teoria da evidência, que impediria a convalidação de vícios manifestos, inclusive foi a solução adotada pela lei que regula o processo administrativo no estado do Rio de Janeiro (Lei 5.427/2009)⁴¹³, a primeira a prever expressamente o princípio da proteção à confiança legítima, e que no § 2º do seu artigo 53 dispõe que: “Sem prejuízo da ponderação de outros fatores, considera-se de má-fé o indivíduo que, analisadas as circunstâncias do caso, tinha ou deveria ter consciência da ilegalidade do ato praticado”.

⁴⁰⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 92.

⁴¹⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 190-191.

⁴¹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 91-93.

⁴¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Princípios do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 177.

⁴¹³ Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.

(...)

Art. 53. A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos administrados, desde que ressalvado o caso de comprovada má-fé.
§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Sem prejuízo da ponderação de outros fatores, considera-se de má-fé o indivíduo que, analisadas as circunstâncias do caso, tinha ou devia ter consciência da ilegalidade do ato praticado.
§ 3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

Couto e Silva critica a teoria da evidência por sua imprecisão, que levaria a uma avaliação impraticável da existência da boa-fé pela sua excessiva subjetividade. Argumenta o autor: “evidente para quem? Para o jurista ou para qualquer um do povo?”⁴¹⁴.

Considerando o aumento do volume e a complexidade das leis, assim como a presunção de legitimidade dos atos administrativos, seria muito complicado se averiguar em alguns casos concretos quais interessados sabiam ou poderiam saber que o ato era ilegal. Imagine-se a situação do pagamento de uma verba indenizatória ilegal por um determinado tribunal para todos os servidores e juízes. Poder-se-ia presumir que os servidores administrativos estariam de boa-fé e os juízes, conhecedores da lei, não? E entre os juízes, estariam de boa-fé aqueles que já julgaram demandas reconhecendo a legalidade de tal direito, e de má-fé aqueles que julgaram as demandas improcedentes?

Diante da dificuldade de se configurar a ausência de boa-fé nestas hipóteses, Couto e Silva afirma que “análises dessa espécie dariam margem a juízos altamente subjetivos e a tratamentos desiguais, baseados nesses mesmos juízos, o que facilmente poderia escorregar para a arbitrariedade”⁴¹⁵.

Portando, o mais adequado é reconhecer a boa-fé sempre que o beneficiário não tenha agido dolosamente para prática do ato ilegal, ou fornecido intencionalmente informações falsas, inexatas e incompletas⁴¹⁶. Neste mesmo sentido, conclui Maffini⁴¹⁷: “sempre que as razões pelas quais o ato que se apresenta viciado puderem ser consideradas como originadas de condutas atribuíveis ao destinatário do ato, terá esse obrado de má-fé, não sendo, pois, a sua confiança digna de qualquer proteção”.

Nobre Júnior⁴¹⁸ alega que existiriam situações em que seria notória a ilegalidade do ato, e, portanto, estaria ausente a boa-fé. Entre tais situações, o autor menciona: a) o pagamento de um terço de férias, por expressa previsão legal, a servidores aposentados; b) a nomeação para cargo efetivo sem a devida aprovação em concurso público; c) o pagamento de verba de gabinete para parlamentar aposentado; d) a concessão de alvará de

⁴¹⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 75.

⁴¹⁵ Ibid. p. 82.

⁴¹⁶ Ibid., p. 81.

⁴¹⁷ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 157.

⁴¹⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 200-201.

funcionamento para casa de lenocínio; e) o contrato de exclusividade entre a Administração Pública e construtora, garantindo que todas as obras públicas sejam realizadas por uma única empreiteira.

Os exemplos trazidos acima apenas explicitam algumas situações em que dificilmente o destinatário do ato estará de boa-fé por causa da flagrante desobediência à ordem jurídica, mas mesmo nestes casos, pode ser que o interessado ignore o vício do ato. Como exemplo, o caso julgado no MS 22.357⁴¹⁹, em que se mantiveram as contratações de empregados da INFRAERO selecionados sem concurso público, já que na época das contratações, logo após a entrada em vigor da CF/88, ainda restavam dúvidas sobre a necessidade de realização de concurso público para as estatais.

Apesar de alguns autores a exemplo de Juarez Freitas⁴²⁰ defenderem que em casos como estes existiria uma nulidade absoluta e, portanto, não se aplicaria o artigo 54 da Lei 9.784/99 (regra com suporte no princípio da proteção à confiança legítima), por ausência de boa-fé, na verdade, o que há é uma confusão entre má-fé e nulidade absoluta. Se o ato administrativo é nulo, isso não quer dizer que sempre o interessado estará de má-fé, pois esta deverá ser verificada analisando-se as circunstâncias de cada caso concreto.

A má-fé do destinatário do ato não se presume, ela precisa ser devidamente comprovada pela Administração Pública⁴²¹. Esse é um princípio geral do direito, consolidado na máxima: “a boa-fé se presume, a má-fé se prova”⁴²². A própria Lei 13.460/2017 (proteção

⁴¹⁹STF. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 5/2/2004, DJ 17-9-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP nº 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922).

⁴²⁰ FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.

⁴²¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 198.

⁴²² STJ. PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

e defesa dos usuários dos serviços públicos), em seu artigo 5º, II, assegura a presunção de boa-fé dos usuários dos serviços públicos⁴²³; neste mesmo sentido, o artigo 54 da Lei 9.784/99 (Lei do processo administrativo federal) expressa que a má-fé deverá ser comprovada para impedir a decadência do direito da Administração para anular seus atos benéficos.

3.2.1.2.1 Investimento na confiança

Outro fato que reforça a existência de um estado de confiança legítima é o investimento nesta confiança, que ocorre quando o beneficiário do ato administrativo se mobiliza praticando atos concretos por ter confiado na continuidade dos efeitos do ato administrativo inicial. Isso demonstra que o ato fez despertar uma expectativa legítima, portanto, a confiança apenas é “tutelável quando servir de fundamento para um comportamento específico daquele que confia”⁴²⁴.

Seguindo a orientação da legislação alemã, Maurer assevera que a legitimidade da confiança só restaria configurada quando o favorecido consumiu as prestações ou quando realizou disposições patrimoniais irreversíveis⁴²⁵.

Ao tratar da legitimidade da confiança no estudo do *venire contra factum proprium* (figura estudada no item 2.3.3, que se assemelha ao princípio da proteção à confiança), Schreiber⁴²⁶ afirma que apenas na solução do caso concreto se poderá verificar a adesão à base da confiança, não sendo necessária uma manifestação externa para a sua

2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes. (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/8/2014, DJe 1/12/2014).

⁴²³ Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários;

II - presunção de boa-fé do usuário;

(*omissis*)

⁴²⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 97. Neste mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 413.

⁴²⁵ MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 73.

⁴²⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 141.

proteção; contudo, existiriam alguns indícios não cumulativos de que houve a efetiva confiança, tais como:

i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, iv) o grau elevado de repercussão exterior, v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante⁴²⁷.

Discorda-se dessa posição, pois para se configurar o *venire contra factum proprium* é necessário que o particular tenha feito algum investimento na confiança que provoque um prejuízo, contudo essa disposição não precisa ser necessariamente uma conduta comissiva e/ou patrimonial, podendo se dar também pela via omissiva⁴²⁸.

Quanto ao princípio da proteção à confiança legítima, o comportamento concreto praticado pelo particular que poderá lhe causar prejuízo caso o ato inicial seja anulado não precisa ser um gasto patrimonial no sentido positivo de efetivo consumo das verbas; ele também pode ocorrer por omissão, em que o cidadão, por acreditar que o ato administrativo era seguro, deixou de exercer algum direito e orientou sua vida contando com a continuidade do ato estatal⁴²⁹. Por exemplo, aquele servidor público que, por acreditar que a concessão de sua aposentadoria se deu de forma regular, deixou de contratar um seguro de vida, ou o aluno que tendo como certo o seu contrato de financiamento estudantil (FIES), deixou de fazer a seleção para uma Instituição de Ensino Pública.

Em se tratando de expectativas geradas por um ato administrativo ilegal, o vício deve ser compensado pelo prejuízo suportado pelo beneficiário. Portanto, o prejuízo deve estar devidamente comprovado, sob pena de afronta ao princípio da igualdade, pois não seria justo que aqueles beneficiados por um ato ilegal obtenham benefícios que os demais que não confiaram não terão. Esta desigualdade precisa ser equilibrada pelo dano, que justificaria o tratamento diferenciado daqueles beneficiados pelo ato ilegal.

O princípio da proteção à confiança legítima não tutela a confiança como um fim em si mesma; a sua finalidade é impedir que aquele que confiou no ato administrativo ilegal sofra prejuízos e fique numa situação pior do que se não houvesse confiado. “A existência do prejuízo irrazoável, na comparação com a posição anterior, constitui, portanto,

⁴²⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 141-142.

⁴²⁸ JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 202.

⁴²⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 100.

requisito indispensável para a incidência do princípio da proteção da confiança legítima”⁴³⁰. Este prejuízo não precisa ser unicamente patrimonial.

Por fim, é necessário que exista um liame entre a confiança despertada e o dano sofrido, pois a confiança somente pode ser protegida se ela foi a causa do prejuízo⁴³¹.

3.2.1.3 Frustração da confiança

Este último requisito exige que a expectativa criada, desde que presentes todas as condições anteriores, tenha sido efetivamente frustrada, o que neste caso específico ocorre com a anulação do ato administrativo inicial.

A identidade do sujeito que praticou o ato inicial com o que o frustrou costuma ser apontada, especialmente no estudo da doutrina dos atos próprios, como um requisito essencial. Afirma Pérez: “a regra que proíbe ir contra os atos próprios incidirá, portanto, sempre que seja uma mesma pessoa (física ou jurídica) a que tenha realizado a conduta vinculante e o ato contraditório”⁴³².

Apesar de parecer que somente poderá restar configurada a tutela da confiança quando a mesma pessoa que praticou o ato inicial haja sido aquela que o desfez, Schreiber⁴³³ defende que essa não parece ser a melhor posição a ser adotada.

Quanto ao sujeito passivo (aquele em quem a confiança é gerada), o autor afirma que haverá situações em que o comportamento inicial que beneficiou uma determinada pessoa poderia criar uma expectativa em um terceiro na mesma situação. Exemplifica com o caso de um fabricante de automóveis que adotava a prática reiterada de substituir os veículos vendidos que apresentassem defeito nos dois primeiros anos de fabricação, e que negou tal benefício a um comprador, alegando que o contrato apenas previa a substituição caso o problema ocorresse no primeiro ano.

⁴³⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 194.

⁴³¹ JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 205.

⁴³² PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madri: Civitas, 2009, p. 250.

⁴³³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 156.

Nas relações jurídico-administrativas, a questão acima se relaciona mais estreitamente com o requisito da legitimidade da confiança e com a força vinculante dos precedentes administrativos, situação que pode ser enquadrada na espécie de base de confiança analisada no item 2.4.2 (práticas administrativas)⁴³⁴.

O mais importante neste ponto é analisar a necessidade de identidade do sujeito ativo da criação da confiança e de sua frustração. No âmbito público, esta questão ganha certa complexidade, dada a própria organização da Administração Pública.

Em regra, para que o princípio da proteção da confiança legítima possa operar como limite à anulação do ato administrativo, a pessoa jurídica que praticou o ato administrativo benéfico ilegal é que deverá anulá-lo⁴³⁵. Por exemplo, se um determinado Estado da federação fez surgir uma expectativa no particular, usurpando a competência da União, esta não pode ficar impedida de anular tal ato.

No caso concreto, pode-se mencionar a concessão pelo Estado da Bahia de títulos indevidos de propriedade sobre território indígena no sul daquele Estado. Nesta situação, a União não pode restar vinculada a este ato ilegal e inconstitucional, devendo buscar a sua anulação judicial nos termos do artigo 231, § 6º, CF/88, o que ocorreu no julgamento da ACO 312 pelo STF⁴³⁶.

⁴³⁴ Sobre este tema: DÍEZ-PICAZO, Luiz M. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 98, maio/ago. 1982. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 11/11/2017.

⁴³⁵ PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2009, p. 250.

⁴³⁶ STF. Ementa: 1) AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO SUL DA BAHIA EM RESERVA INDÍGENA. (...) 5) A HOMOLOGAÇÃO AUSENTE, DA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA REALIZADA EM 1938, NÃO INIBE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA NO LOCAL, ORIGINANDO A IMPOSSIBILIDADE DE SE TER POR VÁLIDOS ATOS JURÍDICOS FORMADOS POR PARTICULARES COM O ESTADO DA BAHIA. (...) 9) NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DE RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU, CONFORME DEMARCAÇÃO DE 1938. AQUISIÇÃO A NON DOMINO QUE ACARRETA A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE NA REFERIDA ÁREA INDÍGENA, PORQUANTO OS BENS TRANSFERIDOS SÃO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO (SÚMULA 480 DO STF: Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos artigos 4, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas). (...) 13) AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS QUANTO AOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE E REGISTROS IMOBILIÁRIOS REFERENTES AOS IMÓVEIS ABRANGIDOS PELO ESPAÇO GEOGRÁFICO DEMARCADO EM 1938 E COMPROVADO NESTES AUTOS, TOTALIZANDO APROXIMADAMENTE 54 MIL HECTARES. SOB ESSE ÂNGULO, A AÇÃO FOI JULGADA PROCEDENTE PARA RECONHECER A CONDIÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE TERRA INDÍGENA SOBRE A TOTALIDADE DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 E TOTALIZANDO CERCA DE 54 MIL HECTARES CORRESPONDENTES À RESERVA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU, E DECLARAR A NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS NA ÁREA DA RESERVA. 14) AS

Mas isso não impede que a confiança dos proprietários de boa-fé possa justificar a responsabilização do Estado da Bahia pelos danos sofridos, nos termos do artigo 37, § 6º, CF/88, até porque os títulos de propriedade concedidos possuíam presunção de legitimidade. A ausência de identidade entre aquele que fez surgir a expectativa legítima e aquele que a frustrou neste caso, não autoriza que o princípio da proteção à confiança opere impedindo a anulação do ato, contudo é possível a responsabilização do estado federado, resolvendo-se a questão em perdas e danos.

A União já reconheceu em sede administrativa que os proprietários de boa-fé, de fazendas situadas em territórios que posteriormente foram reconhecidos como indígenas, teriam direito a ser indenizados não só pelas benfeitorias, mas também pela terra nua, superando a previsão do art. 231, § 6º⁴³⁷, CF/88⁴³⁸. Este entendimento foi corretamente fundamentado no art. 37, § 6º, da CF, e no princípio da proteção da confiança legítima, pois aqueles proprietários teriam recebido os títulos de transferência diretamente da União ou do estado, o que comprovaria sua boa-fé.

Um ato administrativo pode ser praticado por um determinado órgão e anulado por outro do mesmo ente; neste caso, ainda se estaria diante da mesma pessoa jurídica de direito público, o que permite a proteção jurídica da confiança⁴³⁹. Contudo, há situações em que o ato de uma pessoa jurídica é anulado por outra, como no caso da

RECONVENÇÕES RELATIVAS ÀS TERRAS SITUADAS NO INTERIOR DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 IMPROCEDEM. CONDENAÇÃO DESSES RÉUS RECONVINTES, CUJOS TÍTULOS FORAM ANULADOS, A PAGAREM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA E COMPENSADOS OS HONORÁRIOS DOS OUTROS RECONVINTES QUE DECAÍRAM DA RECONVENÇÃO.

(ACO 312, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2012, DJe-054 DIVULG 20-3-2013 PUBLIC 21-03-2013 EMENT VOL-02683-01 PP-00001).

⁴³⁷ Artigo 231.

(...)

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

⁴³⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Consultoria Jurídica. Advocacia-Geral da União. *Parecer CEP/CGLEG/CONJUR/MJ nº 136/2010*. Brasília. 2010. Disponível em: <http://www.prms.mpf.mp.br/servicos/sala-de-imprensa/arquivo/2011/PARECER%20136.2010%20CJ.MJ%20e%20CGU-Indenizacao%20aos%20possuidores%20e%20proprietarios%20das%20terras%20posteriormente%20demarcadas.pdf>. Acesso em: 29/10/2016.

⁴³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 11/11/2017, p. 6.

declaração de invalidez pelo CNJ (órgão da União), de um ato administrativo praticado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (órgão do Estado), caso julgado pelo STF no mandado de segurança 30.662⁴⁴⁰ e já mencionado no item 2.2.

No âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, que possui personalidade jurídica própria, existe um recurso que é dirigido ao Conselho de Recursos da Previdência Social, órgão colegiado do Ministério do Desenvolvimento Social – MDS⁴⁴¹, que por sua vez é um órgão da União, pessoa jurídica diversa (artigo 126 da Lei 8.213/1991⁴⁴²). Neste caso, os atos administrativos relativos aos requerimentos de benefícios previdenciários podem ser revistos pelo referido Ministério.

Schreiber⁴⁴³ atentou para esta problemática, ao afirmar que no âmbito do Poder Público “parece inegável que a confiança do administrado não se dirige apenas à atuação coerente de certo ente administrativo, mas é legitimidade estendida a uma coerência global na atuação dos diversos órgãos da Administração Pública”.

Nestes casos, ainda que se trate de pessoas jurídicas diversas, a lei ou a Constituição definem que estas atuem visando um único fim, por meio de manifestações coerentes e coordenadas. Portanto, existe um liame entre ambas as condutas, podendo se invocar todos os efeitos do princípio da proteção à confiança legítima.

⁴⁴⁰ STF. EMENTA: Agravo regimental no mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Concurso público. Prazo de validade. Suspensão do curso do prazo de validade dos certames por ato administrativo do TJ/MT. Retomada do curso do prazo após mais de dois anos, com a consequente nomeação dos aprovados no certame. 4. Decisão do CNJ que declarou a nulidade do ato e determinou a exoneração dos servidores nomeados em período posterior àquele previsto no art. 37, III, da CF. 5. Situação excepcional. Exercício das funções públicas por mais de dez anos. 6. Presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública. Demora na tramitação dos feitos administrativos e judiciais relacionados aos fatos. Princípio da razoável duração do processo, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 30662 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/8/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 5-9-2017 PUBLIC 6-9-2017).

⁴⁴¹ De acordo com a Lei 13.341/2016, o Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS, antes integrante do Ministério da Previdência, passou a integrar o atual Ministério do Desenvolvimento Social – MDS.

⁴⁴² Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.

⁴⁴³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*: tutela da confiança e comportamento contraditório. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 159/160.

3.2.2 Pressupostos Hermenêuticos

3.2.2.1 A não aplicação de outros institutos jurídicos que assegurem a estabilidade das relações jurídico-administrativas

Conforme analisado no item 2.3, a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima é subsidiária dos demais princípios e regras que já garantem a segurança jurídica do cidadão com a mesma intensidade. Institutos como a garantia do direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e até mesmo o devido processo legal têm preferência, sendo desnecessário invocar o princípio da proteção à confiança legítima, sob pena de se “criar uma superposição de instrumentos e uma confusão de conceitos”⁴⁴⁴.

A maioria destas figuras jurídicas que concorrem com o princípio da proteção à confiança para a garantia da segurança jurídica do administrado já foi analisada no capítulo 2, contudo, existe um instituto que se aplica especificamente às hipóteses de anulação dos atos administrativos, o prazo decadencial, previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99, que será examinado neste momento.

3.2.2.1.1 Artigo 54 da Lei 9.784/99: a decadência do direito de anular os atos administrativos

Prescreve o artigo 54 da Lei do processo administrativo federal que decai em cinco anos o direito de a Administração Pública anular os atos administrativos favoráveis aos destinatários de boa-fé. Esta norma é a materialização pelo legislador da ponderação entre a segurança jurídica e os demais princípios e interesses em colisão⁴⁴⁵ e foi uma contribuição do professor Couto e Silva para a proteção da segurança jurídica nas relações jurídico-administrativas⁴⁴⁶.

Trata-se de uma regra e, portanto, aqui não cabe ponderação. Presentes os requisitos para a sua incidência, os efeitos favoráveis do ato viciado restarão preservados. Todavia, nada impede que antes do transcurso do lustrum legal, presentes os requisitos para a

⁴⁴⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 131.

⁴⁴⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 63.

⁴⁴⁶ Almiro do Couto e Silva participou da comissão que elaborou o anteprojeto da lei 9.784/99. *Ibid.*, p. 44.

aplicação do princípio da proteção à confiança legítima, este incida, mediante o processo de ponderação, levando em conta as circunstâncias do caso concreto⁴⁴⁷.

Ramos⁴⁴⁸ discorda e afirma que nenhum ato administrativo ilegal pode ser estabilizado durante o transcurso do prazo quinquenal, já que a lei definiu uma baliza temporal para a ocorrência deste evento:

Presentemente, em face da disciplina legal específica, menor ainda ficou o espaço para os defensores mais ortodoxos da chamada teoria da confiança do particular ante atos emanados do Poder Público, já que, ao menos durante o decurso do prazo decadencial, *expressamente fixado em lei*, é inconcebível se falar em convalidação de atos administrativos viciados por decurso de “prazo razoável”⁴⁴⁹.

Esta representa a posição minoritária, prevalecendo o entendimento de que, presentes os requisitos necessários à incidência do princípio da proteção à confiança legítima, este deve ser mantido. Assim, “ainda que um ato viciado tenha sido praticado por um período inferior a cinco anos, ele pode estar cercado de outras circunstâncias fáticas que autorizem tal manutenção”⁴⁵⁰.

Percebem-se algumas diferenças nas condições para a incidência da decadência prevista no artigo 54 da Lei 9.784/99 e do princípio da proteção à confiança legítima. Para a ocorrência da decadência, o evento temporal é um elemento central, ao contrário do princípio da proteção à confiança legítima, em que o tempo será um dos elementos a ser considerado no momento da ponderação, havendo hipóteses em que sua aplicação se justifica independentemente do transcurso de qualquer prazo, como, por exemplo, nos casos de impossibilidade de repetição dos valores recebidos de boa-fé pelos

⁴⁴⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 64.

⁴⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 147/148. Neste mesmo sentido: COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 64. FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103-104.

servidores públicos, entendimento este consolidado na súmula 34 da Advocacia-Geral da União – AGU⁴⁵¹, e também na súmula do TCU 249/2007⁴⁵².

O único efeito possível da aplicação do artigo 54 é a manutenção do ato ilegal. Já o princípio da proteção da confiança legítima admite efeitos diversos, a depender de cada caso, podendo tanto o ato ilegal ser mantido, como também se poderá dar efeito *ex nunc* ou diferido para uma data futura à declaração de nulidade; admite-se, ainda, a proteção compensatória⁴⁵³.

Maffini⁴⁵⁴ tem uma posição mais restritiva quanto aos efeitos do princípio da proteção à confiança legítima, pois não reconhece que este sirva para preservar incólume o ato administrativo viciado fora da hipótese prevista no artigo 54 da Lei 9.784/99.

Não se concorda com esta posição, pois admiti-la seria restringir abstratamente os efeitos do princípio da proteção à confiança, quando se verifica que apenas na solução do caso concreto é que se poderá constatar o que vai ocorrer com o ato impugnado. Pensar de forma contrária poderá colocar em risco uma efetiva proteção da segurança jurídica⁴⁵⁵.

Por exemplo, nas hipóteses de pagamento administrativo de verbas remuneratórias continuadas para servidores públicos de boa-fé, passados cinco anos do pagamento da primeira prestação (artigo 54, § 1º), esta verba não poderá mais ser retirada dos vencimentos do servidor⁴⁵⁶; contudo, não escoado o prazo decadencial, a incidência do

⁴⁵¹ AGU. Súmula 34: Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

⁴⁵² TCU. Súmula 249/2007: É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais. Neste mesmo sentido, STJ REsp 1.244.182/PB e STF MS 25.641.

⁴⁵³ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 247-250.

⁴⁵⁴ MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 185.

⁴⁵⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 279.

⁴⁵⁶ STJ. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REVISÃO DA INCORPORAÇÃO DE HORAS EXTRAS. ATO CONCRETO, ÚNICO E DE EFEITOS PERMANENTES. O PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 54 DA LEI 9.784/99, QUANTO AOS ATOS ADMINISTRATIVOS ANTERIORES À SUA PROMULGAÇÃO, INICIA-SE A PARTIR DA DATA DE SUA ENTRADA EM VIGOR. DECADÊNCIA CONFIGURADA DO ATO ADMINISTRATIVO DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Constata-se nos autos que a Administração Pública promoveu a alteração dos cálculos das horas extras incorporadas ao vencimento do Servidor Público

princípio da proteção à confiança resolve a questão apenas impedindo a retroação dos efeitos anulatórios (*ex nunc*), ou seja, o ato é anulado, excluindo-se a parcela remuneratória indevida, mas o que foi pago não deve ser devolvido pelo servidor.

Contudo, haverá situações em que, por sua natureza, o ato viciado se torna imutável independentemente de qualquer prazo. Como exemplo se pode mencionar a decisão do STJ no julgamento do REsp nº 141.879/SP, em que a Quarta Turma, sob a relatoria do ministro Ruy Rosado, utilizando da boa-fé objetiva e do *venire contra factum proprium*, impediu que o município de Limeira/SP anulasse contratos de compra e venda de terrenos negociados pela edilidade, mas sem o devido registro do parcelamento⁴⁵⁷.

Sobre esta decisão, cabe uma pequena observação. O ato administrativo de venda destes imóveis contém uma ilegalidade, independentemente de poder ser convalidado ou de a situação poder ser regularizada. O fato é que o ato inicial é ilícito e, portanto, não se poderia invocar a teoria dos atos próprios, e sim o princípio da proteção à confiança legítima⁴⁵⁸.

Federal. 2. Buscou-se a alteração de um parâmetro estabelecido para o cálculo das horas extras. Todavia, os pagamentos que eram realizados todos os meses pela Administração não constituem a renovação desse parâmetro, mas, sim, mera consequência dele. 3. Esta Corte Superior adotou o entendimento de que tanto a fixação quanto a alteração ou supressão de cálculo da remuneração do Servidor são atos comissivos únicos e de efeitos permanentes, não se configurando, portanto, situação de prestação de trato sucessivo. Precedentes: AgRg no REsp 1.311.034/RN, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 1.6.2012; RMS 31.113/AL, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 1.2.2012; e AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 797.634/CE, Rel. Min. CELSO LIMONGI, DJe 3.8.2009. 4. O Superior Tribunal de Justiça entende que, caso o ato acoimado de ilegalidade haja sido praticado antes da promulgação da Lei 9.784/99, a Administração tem prazo de cinco anos a partir da vigência da aludida norma para anulá-lo; e, se tiver sido realizado após a edição da mencionada Lei, o prazo quinquenal da Administração contar-se-á da prática do ato tido por ilegal, sob pena de decadência, salvo comprovada má-fé. Precedentes: AgRg no REsp 1.314.724/RN, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 8.3.2013; AgRg no REsp 1.257.473/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 23.3.2012; AgRg no Ag. 1.116.887/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 15.8.2011; e AgRg no Ag. 1.342.657/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 18.4.2011. 5. A Administração já procedia ao pagamento das horas extras normalmente corrigidas desde 1997, ou antes, de modo que o prazo decadencial somente teve início em 1.2.1999 (data da publicação da Lei 9.784/99), encerrando-se em 1.2.2004. Assim, considerando que tanto o procedimento administrativo formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal-SEFIP, quanto o respectivo Acórdão 2.161/05 do TCU datam de 2005, deve-se reconhecer a decadência. 6. Agravo Regimental da UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE ao qual se nega provimento. (AgRg no REsp 1553593/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/5/2016, DJe 13/5/2016).

⁴⁵⁷ LOTEAMENTO. MUNICIPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS. TENDO O MUNICIPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTÁ PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79. A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 141.879/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/3/1998, DJ 22/6/1998, p. 90).

⁴⁵⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 304.

O STJ incorreu na mesma atecnia no julgamento do REsp nº 47.015/SP, em que o relator, Ministro Adhemar Maciel, entendeu como acertada a aplicação do *venire contra factum proprium* pelo tribunal de origem, em caso de venda de imóvel (por outorga de terra devoluta), pelo então secretário da Agricultura, que posteriormente teve a legalidade impugnada pelo Poder Público⁴⁵⁹.

O direito de a Administração Pública anular os seus próprios atos quando benéficos nas situações em que o destinatário esteja de boa-fé, decai independentemente da comprovação de um investimento na confiança, ao contrário do princípio da proteção à confiança⁴⁶⁰.

Quanto aos aspectos relacionados à configuração da boa-fé, o tratamento dispensado é o mesmo dado ao princípio da proteção à confiança legítima, o qual remete o leitor ao item 3.2.2.

Existe regra com teor semelhante, mas aplicável especificamente ao ato de concessão de benefícios previdenciários; trata-se do artigo 103-A da Lei 8.213/91⁴⁶¹, que estabelece que a previdência social tem um prazo de dez anos para anular os seus atos de efeitos favoráveis, desde que o segurado esteja de boa-fé.

Em regra, o prazo decadencial previsto nos artigos 54 da Lei 9.784/99 e 103-A da Lei 8.213/91 não se aplica quando se trata de atos gravosos ao destinatário, podendo a Administração Pública revisá-los a qualquer tempo. Contudo, existe uma exceção prevista no final do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/91⁴⁶², referente ao ato de indeferimento de benefício previdenciário, não podendo este ser revisto passado o prazo de dez anos em que o segurado tomou conhecimento da decisão indeferitória.

⁴⁵⁹ (REsp 47.015/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/1997, DJ 9/12/1997, p. 64.655).

⁴⁶⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 239.

⁴⁶¹ Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

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

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

⁴⁶² Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Afora a diferença no prazo (dez anos) e no objeto do ato administrativo (atos benéficos praticados pela previdência social), as demais observações a respeito do artigo 54 aplicam-se ao artigo 103-A da Lei 8.213/99.

3.2.2.2 Ponderação de interesses

A proteção da confiança legítima é um princípio, e como tal se aplica por meio da ponderação com os demais princípios e interesses em jogo, para que possa operar na máxima medida possível, de acordo com as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Assim leciona Martins-Costa⁴⁶³:

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 o princípio que é, a confiança articula-se, no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete, com outros princípios e se submete a postulados normativos, como o da proibição do excesso e o da proporcionalidade.

Entre os diversos princípios, direitos e interesses a serem sopesados, identifica-se que o princípio da proteção à confiança legítima conflita diretamente com a indisponibilidade e a supremacia do interesse público, além dos bens específicos que representam a concretização destes institutos, como a proteção do erário, meio ambiente, bens públicos etc.

3.2.2.2.1 Proteção à confiança legítima *versus* indisponibilidade e supremacia do interesse público

Como já exposto no item 1.3.2, um dos limites constitucionais à indisponibilidade do interesse público é o princípio da proteção à confiança legítima, não sendo constitucionalmente adequada a conduta da Administração Pública que, gerando uma expectativa legítima no cidadão, posteriormente volta-se contra os próprios atos, anulando-os e frustrando a confiança ali depositada⁴⁶⁴.

⁴⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança jurídica como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, nº 27, p. 110-120, out./dez. 2005, p. 115.

⁴⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. 16ª ed. Livro eletrônico, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3.913.

Um exemplo da mitigação da indisponibilidade do interesse público por causa da aplicação do princípio da proteção à confiança legítima é a proibição de repetição dos valores recebidos indevidamente por servidores públicos de boa-fé, pela inadequada ou errônea interpretação da lei por parte da Administração Pública.

Nestes casos, o princípio da proteção da confiança ao entrar em conflito com a indisponibilidade do interesse público opera para manter os efeitos do ato ilegal, ainda que onerando os cofres públicos, em observância ao princípio da segurança jurídica, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, verifica-se que o princípio da proteção à confiança legítima também entra em rota de colisão com o princípio da proteção do interesse público. De acordo com Patrícia Baptista:

Por fim, no mecanismo de aplicação do princípio da proteção da confiança legítima não basta aferir se existe uma base apta a gerar confiança e se essa confiança é legítima. Será preciso, ainda, avaliar se, no caso concreto, a confiança despertada no particular prevalece quando confrontada com um interesse público invocado pela Administração em sentido contrário (por exemplo, o interesse público de preservação ambiental alegado pela Administração para revogar uma licença para construir). A terceira fase do procedimento de aplicação do princípio da proteção da confiança legítima se resume, assim, em essência, a um processo de ponderação entre o interesse do particular na confirmação de sua confiança e o interesse público cuja implementação levará à frustração daquela expectativa⁴⁶⁵.

Na solução do caso concreto, presentes os pressupostos fáticos para a incidência do princípio da proteção à confiança legítima, e após o devido processo de ponderação de todos estes elementos, pode ser que o interesse do particular prevaleça, reconhecendo-se um maior peso ao princípio da proteção à confiança legítima e sendo criada uma exceção às regras que regulam a anulação dos atos administrativos, especificamente aquela contida no artigo 53 da Lei 9.784/99, a qual será examinada a seguir.

3.2.2.2.2 Artigo 53: a superação da determinação legal para a anulação dos atos administrativos ilegais

Sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima para a manutenção de atos administrativos inválidos, uma das regras infraconstitucionais basilares que justifica o exercício da autotutela da Administração Pública acha-se insculpida no artigo

⁴⁶⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 160.

53 da Lei 9.784/99⁴⁶⁶, que determina a anulação dos atos ilegais. Aqui existe um problema: como superar uma regra que determina expressamente que os atos ilegais sejam anulados?

Para a operabilidade do princípio da proteção à confiança legítima, essa regra deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais até aqui indicados (Estado de Direito, segurança jurídica e proteção à confiança), permitindo que na solução do caso concreto, após o devido processo de ponderação, sua incidência seja afastada mediante a criação de uma regra de exceção que permita a produção de efeitos de um ato administrativo viciado.

Neste ponto, é importante verificar como se dá a aplicação da teoria hermenêutica aqui adotada, para a conformação das regras infraconstitucionais com as normas extraídas da Constituição⁴⁶⁷.

Para a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, os princípios são razões para as regras, assim como para a decisão do caso concreto; por sua vez, as regras também servem de razão para outras regras⁴⁶⁸ e, portanto, estas podem ser apresentadas como o resultado de um sopesamento entre princípios realizado pelo legislador⁴⁶⁹. Pesam em favor desta decisão (corporificada na regra) os princípios formais, como o democrático, do Estado de Direito, e os princípios que justificam as regras do processo legislativo⁴⁷⁰.

Nos casos em que se verifique que a aplicação da regra se mostra altamente injusta, seja porque o legislador não previu uma determinada situação, ou se previu, a sua aplicação ao caso concreto é inconstitucional, deverá ser realizada uma ponderação entre os princípios em colisão, sendo criada uma regra de exceção específica para aquela decisão concreta.

Em suma: afora o uso da equidade, que em qualquer caso respeita as possibilidades semânticas do texto, o intérprete apenas poderá deixar de aplicar uma regra por considerá-la injusta se demonstrar uma de duas situações: (i) que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que agora se apresenta perante o intérprete: imprevisão; ou (ii) que

⁴⁶⁶ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

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.

⁴⁶⁷ Vide item 1.4.

⁴⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

⁴⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabundância das regras jurídicas e das decisões *contra legem*. *Direitos, Estado, e Sociedade*. Rio de Janeiro. Nº 37, jul./dez. 2010, p. 157.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 162.

a incidência do enunciado normativo à hipótese concreta produz uma norma inconstitucional de tal modo que, ainda que o legislador tenha cogitado do caso concreto, sua avaliação deve ser afastada por incompatível com a Constituição. Sublinhe-se que tais fórmulas funcionam como exceções ao parâmetro geral da preferência das regras e, por isso mesmo, fazem recair sobre o intérprete o ônus argumentativo especialmente reforçado de motivação⁴⁷¹.

Portanto, é possível que essas regras sejam superadas, mas é importante salientar que superar uma regra é sempre mais difícil do que superar um princípio, pois nestes casos o sopesamento já foi realizado pelo legislador. Para se afastar a incidência da regra, é necessária a realização de um discurso com ônus argumentativo bastante acentuado, sopesando o princípio que serve de fundamento para a criação de uma exceção à regra com os princípios substanciais e formais que justificam a regra, sob pena de se substituir a ponderação legislativa pela judicial, sem o fundamento constitucional adequado⁴⁷².

Alexy⁴⁷³ explica que as regras possuem um caráter *prima facie*, sendo este, contudo, diferente do caráter *prima facie* dos princípios, pois aquelas têm um mandamento definitivo que pode ser superado por uma regra de exceção desde que sejam também sopesados os princípios formais, além dos substanciais; já os princípios não contêm um mandamento definitivo. Bustamente⁴⁷⁴ esclarece que os princípios possuem uma superabilidade imanente, já as regras, uma superabilidade excepcional.

Esse é o mecanismo para a tomada de decisões *contra legem*, que no Direito Administrativo autoriza uma interpretação que permite que um ato ilegal continue a gerar seus efeitos (juridicidade *contra legem*). Este tipo de operação jurídica exige o elevado ônus argumentativo que está sendo desenvolvido no decorrer desta dissertação.

Admitindo-se a superabilidade das regras que determinam a anulação dos atos ilegais e que os interesses individuais podem prevalecer diante do interesse público na solução da situação concreta, caso venha a ser identificada alguma ilegalidade no ato administrativo, a cessação dos seus efeitos não é mais uma medida que se impõe obrigatoriamente, devendo ser

⁴⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 221.

⁴⁷² BUSTAMANTE, Thomas. Princípios regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e das decisões *contra legem*. *Direitos, Estado, e Sociedade*. Rio de Janeiro. N° 37. Jul./dez. 2010, p. 161-162.

⁴⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104-105.

⁴⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231.

analisada a proporcionalidade na manutenção do ato, e dos seus efeitos, mesmo que parcialmente.

De acordo com a lições de Ávila⁴⁷⁵, não “há mais espaço para o denominado ‘princípio da livre anulação dos atos administrativos ilegais’”.

3.3 Efeitos

O princípio da proteção à confiança legítima vai produzir efeitos diversos, a depender da base de confiança e da configuração do caso concreto, conforme visto no item 2.4. Por exemplo, quando o ato inicial for um ato válido que posteriormente é revogado por razões de interesse público, haveria uma preferência pela proteção compensatória sobre a manutenção do ato inicial (item 2.4.1); já nos casos de atos administrativos normativos, a previsão de regras de transição se apresenta como uma opção mais adequada (item 2.4.4). Segundo esta lógica, no caso dos atos administrativos ilegais, os efeitos do princípio da proteção da confiança legítima apresentam uma configuração específica.

Verificados os pressupostos para a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos, este vai operar seus efeitos sobre o ato anulatório, que variam gradualmente desde sua eficácia máxima, com o bloqueio do ato invalidante, mantendo-se integralmente do ato viciado; passando pela modulação dos efeitos, em que se podem atribuir efeitos *ex nunc*, mantendo intactos os que já foram produzidos, ou diferido para uma data futura, em que se permite que o ato nulo produza seus efeitos por mais algum tempo; ou ainda, a exclusão do ato administrativo inicial mediante o pagamento de uma indenização ao destinatário confiante⁴⁷⁶.

A anulação do ato viciado com efeitos *ex nunc* é a regra em se tratando de atos administrativos de efeitos continuados, a exemplo de verbas remuneratórias de servidores públicos ou do pagamento de benefícios previdenciários⁴⁷⁷. Nesta hipótese, ainda não

⁴⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 477.

⁴⁷⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 248/250.

⁴⁷⁷ TRF1 – PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TUTELA ANTECIPADA. CASSAÇÃO. ACORDÃO. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. IRREPETIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS JURÍDICOS DO PODER PÚBLICO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ, DOS CÂNONES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA JUSTIÇA SOCIAL. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (APELAÇÃO 00414794620064019199, JUIZ FEDERAL EMMANUEL MASCENA DE MEDEIROS, TRF1 – PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 3/3/2016).

transcorrido o prazo decadencial, eventual vantagem pecuniária ilegal poderá ser cessada, sem que se repitam os valores até então recebidos de boa-fé⁴⁷⁸.

Por sua vez, o caso concreto pode exigir que a medida anulatória além de não ter efeito retroativo, seja postergada, o que permite ao cidadão adaptar-se ao impacto ocasionado pelos efeitos desta supressão⁴⁷⁹. Araújo assevera que “a expectativa legítima de um particular também pode justificar a invalidação de um ato administrativo com efeitos *ex nunc* ou a partir de um determinado momento no futuro”⁴⁸⁰.

Caso a manutenção do ato administrativo ilegal que tenha gerado uma expectativa legítima cause uma situação inviável de ser perpetuada, a questão poderá ser resolvida mediante o pagamento de uma indenização ao destinatário prejudicado. Sobre isto já decidiu o STF no julgamento do RE 330.834/MA⁴⁸¹, em que um oficial do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro recebeu um convite do Estado do Maranhão para assumir a direção da mesma corporação naquele local, sendo nomeado servidor efetivo sem concurso público; após a declaração da inconstitucionalidade da nomeação, o STF reconheceu o direito a uma indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

O pagamento de uma indenização seria a melhor solução também nos casos em que a manutenção da situação ilegal possa colocar em risco a vida ou a integridade física das pessoas, como a necessidade de demolição de construções que não observam os limites de segurança de rodovias ou ferrovias (área *non aedificandi*).

Baptista defende que a proteção compensatória seria preferível à manutenção do ato ilegal, pois haveria uma melhor conformação entre o interesse público em anular o ato e o interesse particular, contudo, esta posição recebe críticas no sentido de que isto poderia gerar graves ônus financeiros aos entes públicos, que assumiriam a obrigação de sempre ter de

⁴⁷⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 249.

⁴⁷⁹ Ibid.

⁴⁸⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 279.

⁴⁸¹ EMENTA: ESTADO DO MARANHÃO. OFICIAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. EXONERAÇÃO POR HAVER SIDO ADMITIDO SEM CONCURSO. REPARAÇÃO DAS PERDAS E DANOS SOFRIDOS, COM BASE NO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Legitimidade da pretensão, tendo em vista que a nomeação do recorrente para a corporação maranhense se deu por iniciativa do Governo Estadual, conforme admitido pelo acórdão recorrido, havendo importado o encerramento de sua carreira militar no Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual, com a exoneração, ficou sem os meios com que contava para o sustento próprio e de sua família. Recurso provido para o fim de reforma do acórdão, condenado o Estado à reparação de danos morais e materiais, a serem apurados em liquidação, respectivamente, por arbitramento e por artigos.(RE 330834, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 3/9/2002, DJ 22-11-2002 PP-00069 EMENT VOL-02092-05 PP-00994).

indenizar para desfazer situações já consolidadas – “um excessivo ônus oriundo do dever de indenizar também pode indevidamente impossibilitar o Estado de agir”⁴⁸².

Não se deve perder de vista que o princípio da proteção à confiança legítima deve ser analisado sob a ótica do destinatário e não da Administração Pública⁴⁸³, e que muitas vezes as situações instituídas não podem ser simplesmente indenizadas sem que causem graves injustiças, sendo mais adequada a preservação do ato.

Esta análise sempre dependerá da ponderação que será realizada no caso concreto, apesar de se poder identificar situações nas quais em regra irá prevalecer um determinado efeito (manutenção do ato, modulação dos efeitos da anulação ou pagamento de indenização). Ainda, haverá casos em que uma solução diversa se apresentará como a mais adequada.

⁴⁸² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016, p. 290.

⁴⁸³ MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001, p. 68.

4 CONCLUSÃO

O Direito Administrativo está passando por uma importante transformação, fruto da constitucionalização do sistema jurídico. O incremento da densidade mandamental dos princípios constitucionais impõe a revisão de diversos institutos basilares do regime jurídico-administrativo, visando promover os direitos fundamentais, que são o seu verdadeiro alicerce.

A produção, interpretação e aplicação das normas que regulam as relações jurídico-administrativas sofrem uma paulatina correção de rumo, voltando o Direito Administrativo, aos poucos, a dar primazia à sua finalidade garantística, frente ao predomínio até então existente de sua finalidade estrutural e o estudo das prerrogativas. A liberdade passa a ser levada a sério em seu cotejo com a autoridade.

Institutos como a legalidade, a indisponibilidade e a supremacia do interesse público passam por um processo de filtragem constitucional. A legalidade estrita é substituída pela juridicidade; na solução dos casos concretos envolvendo a Administração Pública, deve ser observada não apenas a lei, mas todo o direito, havendo forte influência dos princípios e valores constitucionais.

Já se começa a admitir a relativização da indisponibilidade do interesse público quando este conflite com valores constitucionais, a exemplo do princípio da segurança jurídica. Assim como, atualmente, não seria mais constitucionalmente adequado falar em uma supremacia do interesse público, mas sim no princípio da proteção do interesse público, que algumas vezes pode não prevalecer em face dos interesses privados.

A Constituição Federal de 1988 acomoda um amálgama de interesses, valores e princípios conflitantes, natural de uma Carta democrática, o que se agrava na tensionada relação entre a Administração Pública e os indivíduos. Apresenta-se a ponderação como o método mais adequado para a solução destes conflitos, técnica adotada neste trabalho, tendo como norte hermenêutico a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. De acordo com Binensbojm, “o Estado democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um Estado de ponderação”⁴⁸⁴.

Entre estes conflitos, percebe-se que, muitas vezes, as condutas praticadas pela Administração Pública despertam na sociedade e nos seus indivíduos uma expectativa legítima de estabilidade no comportamento do Poder Público. Quando esta expectativa é

⁴⁸⁴ Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 112.

frustrada, alguns princípios constitucionais passam a ser invocados para preservar o valor confiança.

O princípio da proteção à confiança legítima ao lado da boa-fé objetiva é um dos que operam nestas circunstâncias. Este princípio corresponde ao aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito. Trata-se de um princípio originário da jurisprudência dos Tribunais alemães, em decisões da década de cinquenta do século passado, que aos poucos foi se espalhando pela Europa continental, sendo erigido como princípio geral do direito comunitário europeu.

No Brasil ganha espaço na legislação federal, estadual e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do STF, que em diversas decisões (vide item 2.2) reconhece a proteção à confiança legítima como um princípio constitucional.

Por se tratar de um princípio com *status* constitucional, seu âmbito de aplicação é vasto, aventando-se a possibilidade de sua utilização como limite à atuação não só do Poder Executivo, mas também do Legislativo, como uma garantia de proteção às expectativas de direito, mitigando a retroatividade imprópria e fomentando a prudência do legislador com a previsão de regras de transição razoáveis, quando da sucessão de leis ou da alteração de regimes jurídicos; e do Judiciário, evitando a alteração abrupta de situações já consolidadas, pela virada de jurisprudência, ou no âmbito do controle de constitucionalidade, o que se acha positivado no artigo 27 da Lei 9.868/99 (ADI/ADC) e no artigo 11 da Lei 9.882/99 (ADPF).

Apesar dessa gama de possibilidades, esse princípio tem ganhado um maior espaço na orientação das relações jurídico-administrativas, especialmente nos casos em que um ato administrativo faz despertar uma expectativa legítima no beneficiário que, posteriormente, tem sua confiança quebrada.

No âmbito das relações administrativas, o princípio da proteção à confiança pode operar: a) servindo de limite à revogação de determinados atos administrativos; b) vinculando o Poder Público às suas promessas, informações e práticas reiteradas; c) nos casos de responsabilidade pré-negocial do Estado; d) como limite ao poder normativo administrativo; e) bloqueando a anulação de alguns atos administrativos viciados.

Esta última hipótese é o objetivo específico deste estudo. Presentes determinados requisitos, o ato nulo pode continuar a produzir alguns de seus efeitos. Admite-se que em determinadas circunstâncias seja possível superar a regra de que o ato nulo não produz efeitos, até porque é verificado no plano concreto que diversos efeitos fáticos e jurídicos foram produzidos, devendo estes ser levados em conta no balanceamento a ser

realizado na análise do caso. A anulação com efeito *ex tunc* pode ser causa de uma grande injustiça.

Para a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima é necessária a presença de alguns requisitos, que podem ser divididos em pressupostos fáticos: a) base de confiança positiva; b) legitimidade da confiança; c) frustração da confiança depositada na base; e pressupostos hermenêuticos: a) a não aplicação de outros institutos que assegurem a estabilidade da relação jurídico-administrativa; b) a ponderação de interesses.

A base de confiança deve ser uma manifestação de vontade expressa da Administração Pública, com a finalidade inequívoca de reconhecer um benefício ao interessado. O beneficiário do ato deve estar de boa-fé (subjéctiva), pois se agiu de má-fé sua confiança é ilegítima. Para confirmar a legitimidade desta confiança também é necessário que haja um investimento, devendo existir um prejuízo a ser suportado por aquele em quem a expectativa foi despertada.

Em regra, a confiança deve ser frustrada pela mesma pessoa que a criou, contudo, levando em consideração a complexa organização administrativa do Poder Público, a lei ou a Constituição poderá exigir que entes diversos atuem de forma coerente e coordenada, abrindo-se espaço para incidência do princípio da proteção à confiança legítima nestes casos.

Na seara dos pressupostos hermenêuticos, por se tratar de um princípio subsidiário, caso existam outros princípios ou regras que garantam a segurança jurídica com a mesma intensidade, estes é que deverão ser aplicados, a exemplo do princípio da boa-fé objetiva conforme analisado no item 2.3.3, e do artigo 54 da Lei 9.784/99, que prevê o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração Pública promova a anulação dos atos administrativos benéficos aos destinatários de boa-fé. Materializadas as circunstâncias que permitam a incidência desta regra, não há necessidade de invocar o princípio da proteção à confiança legítima.

Igualmente, as condições presentes no caso concreto precisam ser ponderadas. Nesta etapa deverão ser sopesados o interesse privado na manutenção do ato e o interesse público específico, devendo ser levadas em consideração todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes, a fim de se adotar a decisão mais justa para o caso.

Por se tratar da superação de uma regra expressa, contida no artigo 53 da Lei 9.784/99, que determina a anulação dos atos ilegais, e em respeito às competências do legislador, é necessária uma argumentação robusta para se criar uma exceção a esta regra, visando à adoção de uma solução constitucionalmente adequada ao caso concreto, afastando a sua incidência e permitindo a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

Presentes os requisitos autorizadores da aplicação do princípio da proteção à confiança legítima, no caso específico em que atue como limite à anulação dos atos administrativos, este tem o potencial de: a) impedir a anulação do ato ilegal que continuaria a produzir efeitos; b) modular os efeitos do ato invalidante para que opere apenas dali em diante (*ex nunc*) ou determinar que a anulação ocorra apenas em uma data futura, mantendo os efeitos do ato viciado por mais algum tempo; c) em casos que se torne obrigatório o expurgo do ato ilegal, ensejar a responsabilização do Estado ao pagamento de uma indenização.

Apesar de se poder identificar situações em que irá preponderar determinado efeito, como no caso do pagamento de verbas remuneratórias indevidas a servidores públicos por errônea interpretação da lei, que antes de vencido o prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/99, a incidência do princípio apenas impede a repetição dos valores recebidos de boa-fé (anula-se com efeito *ex nunc*), na maioria das vezes esta definição só poderá ocorrer na solução do caso específico.

O estudo do princípio da proteção da confiança legítima se justifica para promover um maior conhecimento desta figura jurídica e, conseqüentemente, proporcionar uma melhor delimitação de sua abrangência e condições de aplicação, o que permite uma maior segurança e um substrato científico adequado aos aplicadores do direito.

Percebe-se que ainda não existe uma uniformidade na doutrina e na jurisprudência sobre qual a fundamentação adequada para vincular a Administração Pública às expectativas legítimas. São utilizadas figuras como boa-fé, *venire contra factum proprium*, segurança jurídica, enriquecimento sem causa, irrepetibilidade de verbas alimentares, servidor de fato, teoria do fato consumado, que apesar de remontarem à noção de estabilidade das relações jurídicas são utilizadas como artifícios retóricos, muitas vezes inadequadamente.

A aplicação do princípio da proteção à confiança legítima contribui com uma melhor sistematização para a solução destas questões, fixando critérios os mais estritos possíveis⁴⁸⁵, e ainda potencializa a proteção da segurança jurídica no seu aspecto subjetivo, pois “tem uma aptidão de estimular mais eficazmente a constância do Poder Público”⁴⁸⁶.

A compreensão do seu âmbito de proteção específico, aliada à definição de requisitos e pressupostos para sua incidência, tem um grande potencial para garantir uma proteção efetiva da segurança jurídica do indivíduo nas suas relações com o Poder Público e, ao mesmo tempo, inibe a sua utilização inapropriada, evitando o decisionismo.

⁴⁸⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, p. 123.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 139.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editora Gedisa, 2004.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 11/11/2017.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2016.

ARIGHO, Redmond. Legitimate expectations in irish and EU law: lessons for Ireland? *Irish Journal of European law*. 2016, vol. 19(1). Disponível em: <https://www.isel.ie/article/download-free/id/214>, acessado em: 08/09/2017.

ASCENSÃO. José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 1997.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvado, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 02/05/2016.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 de novembro de 2013.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. *Teoria dos princípios*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo.

_____. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 Abr. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. Necessidade da regulamentação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 18, jan.-mar. 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLANCO, Frederico A. Castillo. *El Principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho. Documentación Administrativa, El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*. Madrid: Solana e hijos A.G/S.A, nº 263-264, Mai./Dez. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz na terra, 1997.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. *Positivismo Jurídico: noções de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alice Maria Gonzáles. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 4, nº 14, julho – setembro, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, vol. 12/2002, p. 169-225, out.-dez./2002, DRT/2002/459.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela, en particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo. Palestra apresentada no IV congresso internacional e congresso mexicano de direito administrativo: Universidade autônoma do México, Puebla, 23 a 25 de outubro de 2011*.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público: e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORDEIRO, Antônio Menezes; ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CASSANGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Estado de Exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto do formalismo como garantia do relativismo ético. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, jan./jun. 2009.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. O princípio da segurança jurídica no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. In: *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luiz M.^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº. 98, maio/ago. 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público: e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 8th ed. London: Macmillan, 1915.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Revista de Administración Pública - RAP*. Madrid. nº 159, set./dez. 2002.

_____. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública* 40, 1963.

EHRHARDT JR, Marcos; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. A reparação de chances perdidas e seu tratamento no direito brasileiro. *Civilistica.com*. ano 5, n.1, 2016.

EHRHARDT JR, Marcos. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. *Revista de Ciência Jurídicas Pensar*. V. 18, nº 2, 2013.

FAVOREU, Louis Joseph. *La constitucionalización del derecho*. Paris: Económica, 1996.

FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GIOVANI, Bigolin. *Segurança jurídica: a estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.112.

GONZÁLES, Felipe Iglesias. *La revocación de actos administrativos favorables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Peru: Fondo Editorial, 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

IVANEGA, Miriam Mabel. Seguridad jurídica y buena fe en los contratos administrativos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. in: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta S.A, 2010.

JIMÉNEZ, Luis Arroyo. Ponderación, proporcionalidade y derecho administrativo. In: ORTEGA, Luis; SIERRA, Suzana de la. *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KRELL, Andreas J. A importância do raciocínio tópico retórico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*. Vol. 09, nº 01, Rio de Janeiro, 2016, pp. 244-271, DOI: 0.12957/rqi.2016.18744.

_____. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Interesse público (primário) e interesses difusos no direito ambiental: o aspecto “político” de sua concretização. *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63/2011, p. 11-48, julho/setembro, 2011.

LARENZ, Karl. LARENZ, Karl. *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Brasília* a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*. Coimbra: Almedina, 2011.

LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editora Ariel, 1994.

MAFFINI, Rafel da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

_____. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 14, n. 54, abr./jun. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. in ÁVILA, Humberto (org.) *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança jurídica como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, nº. 27, p. 110-120, out./dez.

MAURER, Harmut. *Elementos do Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Fábio Mauro de. Caducidade e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONCADA, Luiz Cabral de. Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II*, FDUL, Coimbra Editora, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. 16ª ed. Livro eletrônico, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Princípios do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 770/1999, p. 53-92, Dezembro, 1999.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado (São Paulo)*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 252-278, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*. Out./1955, ano VII.

PÉREZ, Jesús Gonzales. *El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madri: Civitas, 2009.

PONGO, Alejandro Arrieta. *El principio de protección de la confianza legítima ¿Intento de inclusión en el ordenamiento peruano?* Ita Ius Esto, nº 1, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guilherme Andrés. *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps: théorie dite de la non-retroactivité des lois*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

SACCHÍS, Luis Prieto. Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales. in: ORTEGA, Luis; SIERRA, Suzana de la. *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. in: CARBONEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre os direitos fundamentos e os interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 845/2006, p. 22-36, março, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico in: *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: Fernando Dias Menezes de Almeida et al (orgs.), *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais/fasc. civ.* Ano 91, v. 798, abril 2002.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

SCHNEIDER, Jens-Peter. *Seguridad Jurídica e protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán. Documentación Administrativa, El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*. Madrid: Solana e hijos A.G/S.A, nº 263-264, Mai./Dez. 2002.

SOUZA, Eduardo Nunes. Perfil dinâmico da invalidade negocial. in: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo n. 79, jul./set. 1986, ano XIX.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

THOMAS, Robert. *The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277010634_The_Protection_of_Legitimate_Expectations_in_UK_Administrative_Law, acessado em 30/08/2017.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

VALIM, Rafael. o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.