

O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Marcelo Ribeiro Losso*

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Demonstra seu desenvolvimento em âmbito internacional e seu acolhimento e evolução no Brasil. Os particulares interagem com a Administração Pública com a presunção de legitimidade dos atos e da ação estatal. Pela ação administrativa podem os particulares ter suas expectativas violadas, gerando efeitos negativos nas atividades econômicas por trazerem desconfiança e instabilidade nas relações com o Estado. É necessária a proteção da confiança legitimamente depositada pelos particulares na Administração. Essa proteção se dá por vários princípios, sendo o princípio da proteção à confiança o que de forma mais direta resguarda as expectativas dos particulares. Foi acolhido no Brasil como princípio constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É com suporte no neoconstitucionalismo, após a Constituição de 1988, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional, com a nova interpretação constitucional, lançando mão da interpretação com utilização das cláusulas gerais, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação, que se desenvolve o Princípio da Proteção à Confiança no Brasil, inicialmente com acolhida jurisprudencial, sendo reconhecido como princípio constitucional, que se irradia no ordenamento jurídico e se apresenta como limite à Administração Pública, que não pode, de forma injustificada, romper a confiança nela depositada pelo cidadão. O princípio da proteção à confiança mostra-se indispensável ao resgate da confiança na Administração Pública.

Palavras-Chave: Econômico e social. Atividade econômica. Administração Pública. Proteção à confiança. Neoconstitucionalismo. Interpretação constitucional.

* Professor da Universidade Federal do Paraná. Assessor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

1 INTRODUÇÃO

Os particulares interagem com a Administração Pública com a presunção de legitimidade dos atos e da ação estatal conforme a moralidade e a legalidade a que está constitucionalmente obrigada. Pela ação administrativa podem os particulares ter suas expectativas violadas, gerando efeitos negativos nas atividades econômicas por trazerem desconfiança e instabilidade nas relações com o Estado. É necessária a proteção da confiança legitimamente depositada pelos particulares na Administração. Essa proteção se dá por vários princípios, sendo o princípio da proteção à confiança o que de forma mais direta resguarda as expectativas dos particulares.

O presente trabalho pretende colaborar com o estudo da identificação e desenvolvimento do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo brasileiro, a partir de uma interpretação jurídica que possa lhe dar maior efetividade, sem a violação de direitos fundamentais dos administrados, de forma a viabilizar uma corrente de confiança com reflexos positivos no Direito Econômico e Social.

Para tanto, busca-se o embasamento teórico sobre o significado de neoconstitucionalismo, seu desenvolvimento no Brasil e suas principais características.

Procura-se delimitar o princípio da proteção à confiança. Inicialmente estuda-se a teoria dos princípios, necessária ao entendimento da atuação do princípio da proteção à confiança de forma autônoma e de forma conjunta com outros princípios. Traz considerações sobre o valor jurídico *confiança*, demonstra-se os aspectos de aplicação do princípio e as formas de concretizar sua eficácia.

Pesquisa-se a origem e evolução do princípio na Alemanha e Espanha, o que se justifica porque o caminho percorrido nesses países assemelha-se em muito ao percurso enfrentado no desenvolvimento do estudo do princípio da proteção à confiança no Brasil.

Cuida-se da recepção do princípio no Direito Administrativo brasileiro. Faz-se o levantamento da recepção deste princípio, ainda que não sob essa denominação, no Supremo Tribunal Federal, onde são encontrados diversos precedentes que resguardam a confiança.

Ao final são trazidas as conclusões do estudo.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 Considerações gerais

Inicialmente há de se destacar que a expressão *neoconstitucionalismo* tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo.¹ O prefixo “neo” presume algo novo, ainda em desenvolvimento, que apresenta certo avanço em relação ao estado anterior. Ressalta Ana Paula de Barcellos (2009) que “o prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu”.

Embora seja possível vislumbrar elementos que justificam a visão de parte dos doutrinadores de que há algo, o que autorizaria falar de um novo período ou momento no direito constitucional, há de se ressaltar que, como fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável à sua própria história (BARCELOS, 2009). Daí a crítica de vários autores em não reconhecer um *neoconstitucionalismo*, mas sim um constitucionalismo em sua normal dinâmica e evolução.

Humberto Ávila lista as mudanças fundamentais, segundo ele ocorridas ou meramente desejadas, desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional:

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei) (ÁVILA, 2009).

Aponta, ainda, que as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo não são independentes, nem paralelas. Mantêm uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. E complementa:

[...] O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de

¹ São utilizadas como sinônimas as expressões "neoconstitucionalismo", "constitucionalismo avançado" e "constitucionalismo de direitos".

aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação (ÁVILA, 2009).

Por sua vez Luís Roberto Barroso resume que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, dentre as quais assinala:

[...] (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, p. 8).

Neste estudo serão tratadas com maior profundidade as transformações ocorridas naquilo que o autor denominou marco teórico, que retratam as principais características do neoconstitucionalismo, importantes para a compreensão do desenvolvimento do Princípio da Proteção à Confiança no Direito Administrativo Brasileiro.

2.2 Surgimento do Neoconstitucionalismo

Quanto ao marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil, a doutrina aponta ser um fenômeno que se desenvolveu mais vigorosamente a partir da Constituição de 1988. Diz Luís Roberto Barroso (2005, p.3) que “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988”.

Humberto Ávila vai além, defendendo ser este o movimento mais visível após aquela Constituição:

[...] Embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil (ÁVILA, 2009).

Na Europa continental, o marco histórico é bem anterior, o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Constituição alemã de 1949, e, ainda, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951.

Aponta Luís Roberto Barroso (2005, p. 3) que foi a partir daí que teve início “uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica”. Outras referências de importância são a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Além disso, na década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

2.3 Força Normativa da Constituição

Ao longo do século XX experimentou-se uma relevante alteração de paradigma, atribuindo à norma constitucional o *status* de norma jurídica. Com isso restou superado o modelo que tinha a Constituição como um documento político, voltado a nortear a atuação dos Poderes Públicos. Suas propostas ficavam condicionadas à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Não se reconhecia no Judiciário um ator relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Isso iniciou na reconstitucionalização no segundo pós-guerra. Movimento iniciado na Alemanha e, posteriormente na Itália, alastrou-se depois para Portugal e Espanha.

Atualmente reconhece-se a força normativa da Constituição, bem como o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Segundo Luís Roberto Barroso (2005, p. 5), as

normas constitucionais são dotadas de imperatividade,² atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. Como inerente ao neoconstitucionalismo, tal debate sobre a força normativa da Constituição apenas ganhou corpo no Brasil ao longo da década de 80.

Luís Roberto Barroso afirma que:

[...] Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada (BARROSO, 2005, p. 5).

2.4 Expansão da Jurisdição Constitucional

Até 1945 vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo.³ No pós-guerra sobrevieram novas constituições, e também um novo modelo, o da supremacia da Constituição.⁴ Nesse modelo os direitos fundamentais passam a ser constitucionalizados, ficando imunes em relação ao processo político majoritário. Desloca-se parte do Poder antes restrito ao Legislativo para o Judiciário, que passa ter a função de proteger os direitos fundamentais. Diversos países europeus vieram a adotar um modelo próprio⁵ de controle de constitucionalidade, vinculado à criação de tribunais constitucionais.

Essa mudança ocorreu inicialmente na Alemanha (1951) e na Itália (1956), difundindo-se a partir de então o modelo de tribunais constitucionais por toda a Europa continental.

No Brasil o controle de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana, de 1891, de forma incidental. Pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965 foi

² A imperatividade da norma jurídica representa a capacidade de se impor pela força a realização dos efeitos pretendidos pela norma, se necessário, ou de se impor algum tipo de consequência ao seu descumprimento, capaz de provocar, ainda que de forma substitutiva, a realização do efeito normativo previsto ou seu equivalente. (BOBBIO, 1997, p. 21-22).

³ Com base na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. (BARROSO, 2005, p. 5).

⁴ Este inspirado na experiência americana. Louis Favoreu afirma que “a maioria dos países atualmente dotada de um Tribunal Constitucional ficaram, em um certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente”. (FAVOREU, 2004, p. 18).

⁵ O denominado modelo europeu ou sistema europeu continental apresenta-se atualmente o mais difundido. (BARACHO, 2005, p. 447). Esse modelo tem sido amplamente difundido nas mais variadas partes do mundo, como América Latina, Ásia, África, Coreia do Sul, Tailândia, África do Sul, Europa Central e Oriental, entre outros. (BARACHO, 2005, p. 473).

introduzida a ação direta, destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado. A partir da Constituição de 1988 houve a expansão da jurisdição constitucional, com a ampliação dos legitimados a promover a propositura das ações, com a criação de novos mecanismos de controle concentrado (ex: ação declaratória de constitucionalidade), além da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto ao controle de constitucionalidade existente no Brasil, Marcelo Lamy resume:

[...] Nosso sistema misto possui complexidade ímpar. Adotamos diversas formas de controle preventivo não-jurisdicional (interno e externo), em especial o veto, a rejeição de proposições pelas Comissões de Constituição e Justiça, a rejeição de projeto de lei delegada. Possuímos controle preventivo jurisdicional difuso para garantir o devido processo legislativo. Incorporamos o controle sucessivo não-jurisdicional, em especial com a sustação de atos do Executivo pelo Legislativo, a rejeição de Medida Provisória. Utilizamos o controle sucessivo jurisdicional difuso de longa data e com procedimentos renovados recentemente. E, sobretudo, incorporamos controle sucessivo jurisdicional concentrado em diversas formas processuais (LAMY, 2005, p. 573).

Ainda sobre a matéria, esclarecendo as atividades do Supremo Tribunal Federal, comenta Luís Roberto Barroso:

[...] No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas (BARROSO, 2005, p. 6).

2.5 A Nova Interpretação Constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Reconhecendo a força normativa da Constituição, ou seja, que as normas constitucionais são normas jurídicas, a essa interpretação são aplicáveis os elementos tradicionais de interpretação do Direito (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), bem como os critérios de solução de eventuais conflitos normativos (hierárquico - lei superior prevalece sobre a inferior; temporal - lei posterior prevalece sobre a anterior; e especial - lei especial

prevalece sobre a geral (BARROSO, 2005, p. 6).

Contudo, as especificidades das normas constitucionais, há muito levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.⁶ Mais do que isso, reconheceu-se nos últimos tempos que as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são totalmente aplicáveis aos problemas vinculados à realização da vontade constitucional. Isso resultou num processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado.

Diferentemente da interpretação jurídica tradicional que percebe as normas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*, a nova interpretação constitucional reconhece que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo (papel da norma). Por vezes só é encontrada a resposta constitucionalmente adequada no caso concreto. Quanto ao julgador, não lhe caberá uma mera função de conhecimento técnico, para dizer o direito. Passa a ser co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao valorar o sentido das cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis.

A nova interpretação lança mão das cláusulas gerais, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação, que serão tratadas adiante. Não representa uma ruptura, sendo resultado de uma evolução seletiva, que ainda conserva diversos elementos tradicionais, aos quais são somadas novas idéias que possibilitam uma resposta às novas demandas.

As chamadas *cláusulas gerais*, para Alberto Gosson Jorge Junior (2004, p. 17) são enunciados normativos com o conteúdo propositalmente indeterminado e que têm o intuito de propiciar uma adaptação entre o sistema jurídico embasado em normas de conteúdo rígido e uma realidade dinâmica que demanda respostas mais ágeis para a solução dos conflitos sociais. O *conceito jurídico indeterminado* é aquele entendido como um dispositivo vago e que possibilita interpretação ampla, não depende de edição posterior de outra norma, tendo grande amplitude, ou fluidez, como defende Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 29). Ambos contêm termos ou expressões abertas, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, para definir o sentido e o alcance da norma.

⁶ Dentre esses princípios pode-se citar: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2005, p. 6).

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção frente às regras é outra característica relevante.

A existência de *colisões de normas constitucionais* passou a ser percebida como algo natural e inevitável. As Constituições consagram bens jurídicos que se contrapõem. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é necessária a atuação do intérprete que criará o Direito aplicável ao caso concreto.

Ainda no caso de colisões de normas constitucionais, surge a figura da *ponderação*, que é a técnica utilizada pelo intérprete para fazer concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, em último caso, escolher o direito que irá prevalecer, no caso concreto, para cumprir da melhor forma a vontade constitucional.

A *argumentação* apresenta-se relevante nos casos que comportam mais de uma solução possível e razoável. Tais decisões que demandam a criatividade do juiz potencializam o dever de fundamentação por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes. Visa dar legitimidade e racionalidade da sua interpretação. Segundo Luis Roberto Barroso nessas situações, o intérprete deverá:

[...] (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Esse conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, a que convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, foi de grande importância no desenvolvimento do Princípio da Proteção à Confiança no Direito Administrativo em âmbito internacional e no Brasil.

3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

3.1 Considerações Gerais - Teoria dos Princípios

Inicialmente cumpre buscar o significado de *princípio*. No âmbito jurídico José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que *princípios*:

[...] são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 49).

José Cretella Neto (2006, p. 54) entende que toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturas e desenvolvimentos subsequentes dessa ciência.

Pelas menções nesse estudo, importante ainda compreender o que se entende por princípios jurídicos fundamentais. Para Juarez Freitas princípios fundamentais são:

[...] os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas (FREITAS, 2004a, p. 56).

Em outra obra o mesmo autor sustenta que tais princípios fundamentais são “os princípios de estatura constitucional, norteadores das relações de administração pública” e complementa:

[...] encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expresso, embora alguns se mostrem desvendáveis somente por inferência ou por desenvolvimento interpretativo. Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como os máximos vetores teleológicos para aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios) (FREITAS, 2004b, p. 24).

A propósito da menção a normas, regras e princípios mostra-se relevante trazer a

diferenciação sobre tais conceitos, posto ser recorrente o questionamento se são termos equivalentes.

Como já demonstrado, princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas. Formam a base de normas jurídicas, e podem ou não estar positivados (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 49). Suas funções primordiais são orientar o legislador na elaboração de leis justas e possibilitar a correta interpretação da lei pelo julgador na solução dos conflitos de interesse.

Em caso de conflito entre dois ou mais princípios, entende Norberto Bobbio (1991, p. 91-97) inexistir antinomia em sentido próprio. Nenhum dos princípios é excluído do ordenamento jurídico. Há uma conjugação dos valores, ou, na hipótese de não ser isso possível, deve-se optar pela aplicação de um dos princípios no caso concreto. Nesse caso a justificativa é prioritariamente de ordem política e social, em detrimento da jurídica.

Esclarece Almiro do Couto e Silva que:

[...] os princípios meramente indicam caminhos para soluções que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e sopesados a fim de que se apure com que “peso” ou em que “medida” deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio em outro (Couto e Silva, 2005, p. 21).

Ao tratar de normas, José Afonso da Silva (1992, p. 85-86) expressa serem esses preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a possibilidade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem. Por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Juarez Freitas (2004a, p. 58) defende que as normas estritas ou regras podem ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Portanto, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do

ordenamento.

Ao comentar sobre a relação dos princípios com as normas jurídicas, Norberto Bobbio ensina que os princípios gerais são normas como todas as demais, observando, contudo, que podem ser expressos ou não-expressos. Os não expressos são

[...] aqueles que se podem tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema. (BOBBIO, 1991, p. 157).

Almiro do Couto e Silva traduz o entendimento de Alexy, sobre as diferenças entre princípios e regras, *verbis*:

Ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam, tanto quanto possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas, sejam realizadas na maior medida. Princípios são, pois, *comandos de otimização*, os quais se caracterizam por poderem ser atendidos em distintos graus e que a medida do seu preenchimento depende não apenas das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é definido pela combinação de princípios e regras (ALEXY *apud* COUTO E SILVA, 2005, p. 21).

Relevante traçar, ainda, a conceituação de sobreprincípio e subprincípio, que, embora não representem categorias autônomas, serão utilizadas nesse trabalho.

Sobreprincípio consiste numa noção peculiar de alguns princípios, por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos (ÁVILA, 2004, p. 39). Nessa espécie de princípios há uma “conjugação hermenêutica de diversos outros subprincípios que são conformados e, ao mesmo tempo, dão conformação ao sobreprincípio que se posta sobre eles” (MAFFINI, 2006, p. 39).

Os subprincípios têm fins mais restritos e são conjugados com os sobreprincípios, com fins mais amplos, o que possibilitará uma melhor compreensão dos fins de cada subprincípio.

O estudo sobre as normas e os princípios visa auxiliar na compreensão dos diversos princípios que se encontram em estreita correlação com o princípio da proteção à confiança.

3.2 Confiança

A confiança é estudada em diversos ramos do conhecimento. Na economia é elemento básico de um dos ramos mais modernos da doutrina econômica: a Nova Economia Institucional. Segundo tal doutrina o desenvolvimento econômico de uma sociedade é ditado pelo modo de ser de suas instituições. São estas essenciais para o desenvolvimento social porque norteiam as relações de cooperação entre os indivíduos, reduzindo a insegurança estratégica, essa entendida como a “condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas conseqüências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 96).

Daí resulta que, quanto maior o grau de insegurança estratégica, menor a cooperação entre os indivíduos. Conseqüentemente, quanto maior o grau de confiança na conduta de outrem, maior o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento da sociedade. Portanto, cabe às instituições, inclusive os canais reconhecidos de expressão do direito, como a jurisprudência e a doutrina, a função de reduzir a insegurança e promover a confiança, de modo a melhorar a eficiência e desenvolvimento da sociedade.

No âmbito do Direito, pode-se dizer que a confiança é um valor jurídico como a ordem, o bem comum, o interesse social e a segurança, dentre outros, que o ordenamento jurídico busca preservar. Há de se consignar a dificuldade de delimitar confiança, para efeitos jurídicos, o que já foi apontado por Manuel Frada:

[...] a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação de seu âmbito, já de si problemática. Não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica (FRADA, 2004, p. 17).

Jesús González Pérez, ao explicar sobre confiança nas relações com a Administração Pública, traz que:

Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con que nos relacionamos. En el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas la actuación que cabe esperar de una Administración pública respecto de otra o respecto del

administrado, o el administrado de la Administración pública (GONZÁLEZ PÉREZ, 2004, p. 67).

Esse valor – confiança – deve ser protegido nas relações em geral. Dentre os vários princípios vinculados a essa proteção pode-se citar o da proteção à confiança, da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade, etc.

3.3 Princípio da Proteção à Confiança

Juarez Freitas (2004b, p. 60) comenta que “parece inequívoco que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidúcia mútua, no plano institucional”.

O estudo do princípio da proteção à confiança no Brasil é recente. Presente antes em outras áreas do Direito, tem merecido maior atenção dos autores de Direito Administrativo.

Considerando que tal princípio representa uma face do princípio da segurança jurídica e que esse, por sua vez decorre do Estado de Direito (MAFFINI, 2006, p. 53-55), pode-se concluir que, no estudo no âmbito do Direito Administrativo, tal princípio exerce influência em todas as atividades estatais, seja em âmbito legislativo,⁷ executivo ou judicial.⁸

Judith Martins-Costa (2006, p. 96-97) assinala que o princípio da confiança liga-se fundamentalmente com a) a proteção das expectativas; atuando ainda b) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.

No primeiro aspecto, como proteção das legítimas expectativas, a autora cita Sylvia Calmes para quem a proteção da confiança indica que “o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, relativamente ao qual ele deve poder dirigir sua confiança” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 96).

O segundo aspecto, como *fundamento* e como *fonte* representa no dizer de Judith Martins-Costa (2006, p. 97-98) a atribuição, às declarações negociais, de um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico. Assim o declaratório pode retirar da declaração

⁷ Influi na atividade legislativa do Estado, como no caso da irretroatividade das leis; obediência, na formulação de leis, aos atos jurídicos perfeitos, à coisa julgada e ao direito adquirido; a necessidade de previsão de regras transitórias em casos de alterações significativas de situações jurídicas; a previsão de preservação parcial ou total de efeitos de normas supervenientes julgadas inconstitucionais. Mais recentemente, a *proibição de retrocesso*, no sentido de criar obstáculos às alterações legislativas que visem mitigar conquistas sociais já adquiridas pela coletividade ao longo do tempo (MAFFINI, 2006, p. 31).

⁸ Na atividade jurisdicional repercute o princípio da proteção à confiança por exemplo, na observância da coisa julgada ou, ainda, dos efeitos vinculantes de decisões do STF como demonstração da previsibilidade da atividade jurisdicional do Estado.

seu conteúdo, conforme os usos e as circunstâncias do caso, e os padrões de razoabilidade.

Quanto à eficácia, vinculada ao primeiro aspecto, a expressão princípio da confiança indica a) o limite ao exercício de direito e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada e/ou b) a fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta (MARTINS-COSTA, 2006, p. 97).⁹

É inegável a vinculação do princípio da proteção à confiança com vários princípios gerais de direito e princípios do Direito Público e do Direito Administrativo, tais como do Estado de Direito, da segurança jurídica, da boa-fé, da legalidade, da moralidade, da presunção de legitimidade, entre outros.

3.4 Princípio da Proteção à Confiança e o Estado de Direito

Não é fácil conceituar o que seja “Estado de Direito – ou suas variantes histórico-filosóficas ‘Estado Liberal de Direito’, ‘Estado Social de Direito’, ‘Estado Democrático de Direito’, ‘Estado de Justiça de Direito’” (MAFFINI, 2006, p. 40).

Contudo, por existir estreita ligação entre o princípio da proteção à confiança e o sobreprincípio do Estado de Direito, faz-se necessário seu estudo.

Inicialmente deve-se considerar que o Estado de Direito corresponde a uma norma expressa na Constituição Federal (art. 1º). Embora com previsão expressa, tem caráter principiológico, sendo reconhecido como um sobreprincípio (MAFFINI, 2006, p. 41), dada sua abrangência e sua correlação com diversos princípios, com incidências mais específicas.

Quanto ao conteúdo jurídico de Estado de Direito, relata Rafael Maffini (2006, p. 41) que, com base em levantamentos realizados no *site* do Supremo Tribunal Federal, com menção desse sobreprincípio, foram encontradas decisões que apontam para diversos sentidos.¹⁰

⁹ Em trabalho anterior a mesma autora já havia afirmado que: “no plano dogmático, a expressão proteção da confiança tem dupla acepção: a primeira como fonte produtora de deveres jurídicos e a segunda como limite ao exercício de direitos e de poderes formativos, diante das legítimas expectativas criadas nos outros pela conduta”. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 233).

¹⁰ O autor aponta que até 31.08.2005 foram encontradas 17 ocorrências com a expressão “Estado de Direito” e outras 31 com “Estado Democrático de Direito”, sendo em vários casos coincidentes. Os sentidos são assim resumidos: 1) o Estado deve observância à ordem jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional, o que determina a estrita observância do princípio da legalidade nas ações estatais; 2) em decorrência do entendimento anterior, de vinculação do Estado à ordem jurídica, decidiu-se no sentido de estar o Estado sujeito a controle jurisdicional de suas atividades, no que concerne à responsabilidade estatal das atividades prejudiciais a terceiros; 3) O Estado de Direito fundamenta a divisão de poderes; 4) o Estado de Direito pressupõe a efetivação

Resume o autor que as decisões do STF que tratam do sobreprincípio Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais:

a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias individuais; e) segurança jurídica.” (MAFFINI, 2006, p. 45).

Almiro do Couto e Silva (1987, p. 46) defende que o Estado de Direito apóia-se, num aspecto material, nas idéias de “justiça e segurança jurídica”, enquanto no aspecto formal compõe-se de uma série de elementos, destacando-se a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão de funções do Estado; c) a legalidade da Administração Pública; d) a proteção da confiança.

Sempre que analisado o significado do sobreprincípio Estado de Direito, resulta na menção ao princípio da segurança jurídica e, por vezes, ao princípio da proteção à confiança.

Isso denota a estreita vinculação entre esses princípios e a finalidade comum de proteção à confiança.

3.5 Princípio da Proteção à Confiança e Princípio da Segurança Jurídica

Pela estreita relação entre o sobreprincípio Estado de Direito com o princípio da segurança jurídica (e da relação desse com o princípio da proteção à confiança) impõe-se o estudo do princípio da segurança jurídica.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo” (MELLO, 2006, p. 118).¹¹ E complementa:

[...] a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente

de direitos e garantias fundamentais; 5) o Estado de Direito traz íntima relação com o princípio da segurança jurídica (MAFFINI, 2006, p. 41).

¹¹ Em sentido contrário, José Roberto Vieira entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no caput do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. (VIEIRA, 1990, p. 98).

para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles (MELLO, 2006, p. 119).

Complementando a idéia da significação do princípio da segurança jurídica, Rafael Maffini salienta que tal princípio decorre de uma

[...] confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança, o que necessariamente se dá em face da conjugação de várias normas jurídicas, dentre os quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança dentre outras tantas (MAFFINI, 2006, p. 49).

A estreita relação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança é reconhecida pelos juristas. Ao discorrer sobre o princípio da segurança jurídica, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito (CANOTILHO, 2000, p. 256).

A idéia de segurança se traduz num princípio que apresenta duas faces: uma objetiva, que envolve questões de limites à retroatividade dos atos estatais, inclusive os legislativos, já há muito positivados em nosso sistema constitucional¹², e outra, subjetiva, ligada à proteção da confiança das pessoas nos atos, condutas e procedimentos estatais, objeto deste estudo.

Têm-se reconhecido nessas duas faces dois princípios, o da segurança jurídica, quando se trata do aspecto objetivo, e o da proteção à confiança quando se trata do aspecto subjetivo (CANOTILHO, 2000, p. 256).

José Joaquim Gomes Canotilho explica de forma didática:

¹² Constituição Federal de 1988, Art. 5º: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2000, p. 256).

A explicação de Pérez Luño aclara a ideia de objetividade e subjetividade. Sustenta que segurança é uma ideia objetiva, qualidade ou estado de carência de risco, enquanto certeza é forma subjetiva de conhecimento dos direitos individuais. E explica que é fato que as leis nos dão segurança objetiva. Quando contratamos ou transacionamos com base na lei, se o contrato ou o negócio funcionam, a lei cumpriu sua missão; se as partes se desentendem, o contrato não funcionou, e, em consequência, aquela segurança inicial torna-se uma incerteza subjetiva para as partes. Ambas afirmam que têm direitos, que a razão está com cada uma, vão à Justiça, e a coisa julgada, determinando o certo, liquida a questão e restaura a segurança da lei e a certeza dos direitos individuais (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 37).

Almiro do Couto e Silva (2005, p. 4-5) sintetiza que a incidência do princípio da proteção à confiança no aspecto subjetivo da segurança jurídica se dá de duas principais formas: a) impondo limites ao Estado em relação às prerrogativas de alteração de condutas ou modificação de atos que gerem efeitos favoráveis aos seus destinatários, ainda quando viciados; b) determinando consequências patrimoniais pelas alterações, quando existente

crença gerada nos beneficiários de que os atos eram legítimos, e, portanto, seriam mantidos.

Rafael Maffini resume a vinculação entre o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança:

[...] tendo por premissa que o princípio da proteção da confiança surge de uma dedução do princípio da segurança jurídica, poder-se-ia, para fins de previsão até mesmo terminológica, tratar da questão do seguinte modo: o gênero “princípio da segurança jurídica” *lato sensu*, tal como compreendido e sistematizado acima, ou seja, como resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade) poderia ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas concepções, em duas principais formas de incidência: a) o sentido objetivo, aqui designada de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica objetivamente considerada; b) o sentido subjetivo, assim considerado a proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação (MAFFINI, 2006, p. 55).

No que concerne à vinculação com o sobreprincípio Estado de Direito, explica o mesmo autor:

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos. (MAFFINI, 2006, p. 55).

Resta demonstrada, portanto, a estreita relação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, com as distinções quanto à atuação de um e outro.

4 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Considerando que no Brasil esse princípio encontra-se em fase inicial de desenvolvimento (MAFFINI, 2006, p. 79), é importante demonstrar, sua origem e evolução em determinados países nos quais o estudo e aplicação estão mais avançados, tais como Alemanha e Espanha, para depois adentrar na análise do desenvolvimento no Brasil.

Almiro do Couto e Silva (2005, p. 6-7) ao discorrer sobre a gênese e o desenvolvimento do princípio, relata que nas últimas décadas do século XX ganhou mais nitidez, tendo se destacado do princípio da segurança jurídica e tendo alcançado grande expansão e repercussão na Europa.

Reforça essa idéia o comentário de Javier Garcia Luengo (2002, p. 27-29) quando diz que abordado principalmente pela doutrina alemã do pós-guerra, com resultados consideravelmente positivos, ganhou corpo na Europa, não só dentre os países do âmbito jurídico de influência alemã, mas também nos demais grandes sistemas europeus, tendo sido admitido como princípio geral próprio dos estados membros no Direito Comunitário. Relata, ainda, que sua influência é sentida na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no desenvolvimento de ordenamentos anglo-saxões que relacionam a idéia de proteção à confiança com a coisa julgada e as expectativas legítimas. E adiante comenta:

[...] lo más destacable de la evolución de la protección de la confianza en la posguerra es, sin duda, la reinterpretación del principio desde la perspectiva constitucional y un desarrollo sin precedentes en la doctrina y la jurisprudencia, que supera, casi por completo, los reparos que inicialmente suscito en la doctrina, hasta el punto de que dicho desarrollo ha sido calificado como <<la marcha triunfal de la protección de la confianza>> (GARCIA LUENGO, 2002, p. 30).

O princípio da proteção à confiança originou-se no direito alemão. De origem jurisprudencial, surgiu de uma série de decisões que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos destinatários.¹³

O caso narrado como ponto de partida¹⁴ para a utilização do princípio da proteção à

¹³ Nesse sentido: (COUTO e SILVA, 2005, p. 7.); (MAFFINI, 2006, p. 81).

¹⁴ Embora tal decisão seja trazida como ponto de partida e seu desenvolvimento ter sido mais notório no pós-guerra, Javier Garcia Luengo comenta que, segundo Püttner havia apontado, o termo já havia sido detectado na

confiança (*vertrauensschutz*)¹⁵ foi analisado e teve decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlin, em 14 de novembro de 1956. Tratava-se do processo da viúva de um funcionário público que obteve, mediante ato administrativo, promessa de que, caso se transferisse de Berlin Oriental (República Democrática Alemã) para Berlin Ocidental, teria sua pensão normalmente paga. Após se mudar e passar a receber a pensão, as autoridades constataram ilegalidade por vício de competência. Com base nisso revisaram o ato e retiraram o benefício, além de determinar a devolução dos valores pagos com base no ato tido por ilegal. Levado à apreciação do judiciário, o Tribunal entendeu que, ainda que houvesse ilegalidade, no caso apresentado o princípio da proteção à confiança confrontado com o da legalidade, tinha mais peso, determinando que o ato não fosse desconstituído.

Na década de 70 o Tribunal Federal Constitucional reconheceu o princípio da proteção à confiança como princípio constitucional (COUTO E SILVA, 2005, p. 8). Em 25 de maio de 1978 foi editada a Lei de Processo Administrativo alemã que dispôs expressamente sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, em seus §§ 48 e 49.

Assim, com origem jurisprudencial, o princípio da proteção à confiança mereceu posituação no Direito Alemão, onde passou a ser ponderado com o princípio da legalidade.

Outro país no qual houve grande desenvolvimento do princípio da proteção à confiança é a Espanha. O Direito Espanhol recepcionou os princípios gerais do Direito Comunitário Europeu, o que ensejou a aplicabilidade de tal princípio no país. Outro ponto que convergiu para a aplicação de tal princípio foi a larga utilização do princípio da boa-fé, que resultava em consequências assemelhadas àquelas decorrentes da proteção à confiança (MAFFINI, 2006, p. 88).

Tal qual no Direito Alemão, na Espanha o princípio também foi inicialmente recepcionado pela jurisprudência, principalmente a partir do final da década de 80 do século passado. A decisão apontada como a precursora da aplicação de tal princípio no Direito Espanhol é a exarada pelo Tribunal Supremo, em 28 de fevereiro de 1989, que versou sobre a não concessão de subvenção pública a um centro particular de formação profissional para o curso realizado nos anos de 1983 e 1984, uma vez que tal entidade tinha cumprido para tal período letivo as mesmas condições que permitiram o recebimento da subvenção pública no período letivo anterior, de 1982 e 1983. A decisão foi no sentido de reconhecer o direito à

jurisprudência do Tribunal Administrativo da Prússia muito tempo antes da guerra. Aponta decisões de 19/02/1892 e de 26/06/1930 (GARCIA LUENGO, 2002, p. 29-30).

¹⁵ Segundo Javier Garcia Luengo tal vocábulo corresponde exatamente à tradução de “proteção à confiança”. (GARCIA LUENGO, 2002, p. 29).

subvenção em favor da entidade uma vez que o ato de concessão do benefício no ano letivo anterior teria gerado uma *razoável esperanza* de que, uma vez cumpridas as mesmas condições, seria concedida a subvenção também no ano letivo seguinte.

Com a afirmação do princípio, inicialmente na jurisprudência, foi o mesmo positivado, o que veio a ocorrer primeiro em âmbito local por meio da *Ley foral navarra 6/1990*, de 02 de julho de 1990. A seguir foi positivado em âmbito nacional por meio da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, em 26 de novembro de 1992 (denominada Ley 30/1992)¹⁶.

O ponto de destaque no desenvolvimento do Princípio da Proteção à Confiança nesses países é que o mesmo surge inicialmente na jurisprudência para, a partir de então ser tratado pela doutrina e ser positivado. Não é coincidência que tal acolhimento ao princípio acompanha o surgimento do neoconstitucionalismo e das novas Cortes Constitucionais.

5 ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O princípio da proteção à confiança, embora pouco abordado pelos juristas no Direito Administrativo, não é desconhecido no cenário jurídico brasileiro, já tendo aplicação no Direito Consumerista, Direito Tributário e, ainda, no Direito Penal e no Direito Trabalhista.

No Direito Administrativo Brasileiro o caminho trilhado no estudo do princípio da proteção à confiança seguiu os passos do ocorrido em outros países. Iniciou com a abordagem jurisprudencial, sustentada pelo estudo doutrinário, e, por fim, chegando à positivação em determinados diplomas.¹⁷

Considerando o objeto deste estudo, será abordada a recepção do princípio no Direito Administrativo Brasileiro I) como princípio constitucional; II) na jurisprudência, com a abordagem do tratamento da matéria no Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ Essa Lei trazia em seu art. 106 a seguinte redação: “las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. A mesma lei foi depois alterada, por meio da *Ley 4/1999*, que trouxe de forma expressa tal princípio.

¹⁷ Embora seja possível encontrar normas legais anteriores, considera-se o marco da positivação deste princípio na legislação federal a inserção das disposições constantes da Lei nº. 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

5.1 Acolhimento como Princípio Constitucional

Cumpre esclarecer que, no estudo da recepção do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo Brasileiro, poucas são as menções expressas a essa denominação. Trata-se do princípio correntemente pela denominação de *princípio da segurança jurídica*, mas com o significado de proteção à confiança.

Sobre tal ocorrência, relata Almiro do Couto e Silva:

O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 11).

E, adiante finaliza: “Também são raras na doutrina nacional as manifestações que atribuem à segurança jurídica, vista como proteção à confiança, a posição de princípio constitucional.” (COUTO E SILVA 2005, p. 11).

Judith Martins-Costa (2004, p. 116) demonstra a mudança do significado de segurança jurídica no Supremo Tribunal Federal, contemplando-o no sentido de proteção à confiança. Em sua conclusão resume:

[...] pois é justamente a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança, considerados de um ponto de vista estático e tradicional, que fará revestir a nova conotação da confiança, princípio tão antigo, inerente às bases da formação de Roma (MARTINS-COSTA, 2004, p. 116).

Assim, nas decisões trazidas doravante, embora possam expressar outras denominações, ressalta-se que o sentido buscado sempre é de proteção à confiança.

5.2 Acolhimento na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Inicia-se a análise do acolhimento do princípio da proteção à confiança na jurisprudência pelos julgados do Supremo Tribunal Federal. Em que pese haver uma série de

julgados, inclusive referentes a decisões anteriores às adiante citadas, optou-se pela análise pontual, uma vez que trazem com maior clareza a noção de proteção à confiança, sendo decisões consideradas paradigmáticas pelos autores que se prenderam ao estudo da matéria.¹⁸

O primeiro caso trata de questão de ordem na Medida Cautelar nº. 2.900, cujo julgamento da Segunda Turma do STF, ocorrido em 27/05/2003, teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes. Envolve uma aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas que, após aprovação em concurso público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi admitida. Por conta disso, mudou seu domicílio para Porto Alegre e solicitou transferência de seu curso para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A transferência para UFRGS foi negada administrativamente. A interessada impetrou Mandado de Segurança, deferido por sentença prolatada em dezembro de 2000. Na decisão reconhecia-se o direito da impetrante em transferir-se e frequentar o curso na UFRGS e, determinava-se à autoridade impetrada que providenciasse imediatamente a transferência da aluna, permitindo que a mesma fizesse a matrícula e frequentasse as atividades discentes e todas as demais decorrentes de sua condição de estudante.

Em grau de recurso a 3ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região reformou a sentença, denegando a segurança. Isso motivou o recurso extraordinário e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente, então, já estava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS (o recurso foi interposto em outubro de 2002, portanto quase dois anos após a decisão de primeira instância). O Ministro Gilmar Mendes, em caráter liminar, concedeu efeito suspensivo ao recurso, o que foi confirmado, depois, pela 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal. Na fundamentação entendeu que “no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica”.

Os demais casos que tratam da matéria de forma mais direta são o Mandado de Segurança (MS nº. 24.268/MG)¹⁹ impetrado por uma pensionista contra ato do Tribunal de Contas da União que cancelou, de forma unilateral e sumária, o pagamento de sua pensão especial, concedida 18 anos antes e o Mandado de Segurança (MS 22.357/DF)²⁰, no qual se discutia a manutenção de atos de admissão de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sem concurso público, violando estipulações constitucionais.

Afora estes há diversos outros julgados “portadores de uma argumentação jurídica

¹⁸ Nesse sentido: (COUTO e SILVA, 2005); (MAFFINI, 2006); (MARTINS-COSTA, 2004, p. 110-120).

¹⁹ STF, MS nº. 24268/MG, Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.02.2004.

²⁰ STF, MS nº. 22357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 27.05.2004.

pertinente ao princípio da proteção da confiança.” (MAFFINI, 2006, p. 102).²¹ Depreende-se, portanto, que existem diversos precedentes no Supremo Tribunal Federal que, embora não mencionem expressamente o princípio da proteção à confiança, nele buscam fundamentos.

Contudo, recente decisão na Medida Cautelar no Mandado de Segurança MS nº. 28150 MC/DF (julgamento em 08/09/2009) reconhece definitiva e diretamente a existência de fundamento constitucional vinculado ao princípio da proteção da confiança, como projeção específica do postulado da segurança jurídica. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando questionar a validade jurídica de decisão da 2ª Câmara do TCU (Ac. nº 1.591/2007 - mantido pelo Ac. nº 1.024/2009 e pelo Ac. nº 3.270/2009), em julgamento que considerou ilegal a incidência de adicional de tempo de serviço sobre toda a remuneração, ainda que por sentença judicial anterior à Lei 8.112/90. A aposentadoria foi concedida em 25/06/1996 e o Tribunal de Contas da União somente apreciou a legalidade em 19/06/2007, ou seja, quase 11 (onze) anos após o deferimento administrativo de tal benefício.²²

5 CONCLUSÃO

A expressão *neoconstitucionalismo* tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. Embora muitos autores critiquem tal denominação e reconheçam um constitucionalismo em sua normal dinâmica e evolução, pode-se utilizar tal denominação para identificar um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional.

No Brasil o renascimento do direito constitucional ocorreu na reconstitucionalização do país, quando da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

Na Europa continental o marco histórico é o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, que propiciou, ainda, a criação de Tribunais Constitucionais.

As mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo com o reconhecimento da força normativa da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional, com a nova interpretação constitucional, lançando mão das cláusulas gerais, princípios, colisões de

²¹ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 23.383; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 434.222; Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº. 118.927.

²² STF, MS 28150 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08.09.2009.

normas constitucionais, ponderação e argumentação, propiciam o desenvolvimento do Princípio da Proteção à Confiança.

Tal princípio surge e se desenvolve inicialmente na Alemanha, disseminando-se, depois, para diversos países europeus. O caminho nesses países é o reconhecimento jurisprudencial, passando para a discussão doutrinária até chegar à positivação. Em todos os casos tal princípio se desenvolve após o fenômeno do neoconstitucionalismo, e acompanha as mudanças constitucionais nos diversos países.

No Brasil ocorreu o mesmo fenômeno, mas bem mais recentemente. É com suporte no neoconstitucionalismo, após a Constituição de 1988, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional, com a nova interpretação constitucional, lançando mão das cláusulas gerais, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação, que se desenvolve o Princípio da Proteção à Confiança no Brasil, inicialmente com acolhida jurisprudencial, sendo reconhecido como princípio constitucional, que se irradia no ordenamento jurídico e se apresenta como limite à Administração Pública, que não pode, de forma injustificada, romper a confiança depositada pelo cidadão.

O princípio da proteção à confiança mostra-se indispensável ao resgate da confiança na Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; RAMOS TAVARES, André. (Coord.) **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 445-488.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em 12 jul. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar; n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em 27.06.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

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

COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 29.06.2009

_____. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; RAMOS TAVARES, André. (Coord.) **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 537-573.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O Princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. 2008. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito): Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22. p. 228-255, set. 2002.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

_____. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852. p. 87-126, out. 2006.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.