

O princípio da Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo Brasileiro

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA¹

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema; 2. Origem do princípio da proteção da confiança legítima; 3. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima: aproximações e diferenças; 4. A consagração do princípio da confiança legítima no ordenamento jurídico brasileiro; 5. Requisitos, limites e efeitos do princípio da confiança legítima; 6. Autotutela administrativa e o princípio da confiança legítima; 7. Teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*) no Direito Administrativo; 8. Poder normativo e o princípio da proteção da confiança legítima; 9. Conclusões.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Atualmente, os princípios jurídicos, expressos e implícitos, exercem papel fundamental na interpretação e aplicação do direito, tendo em vista a consagração do pós-positivismo ou neopositivismo.

Nesse contexto, a atuação estatal deve se coadunar com a constelação de regras e princípios previstos no ordenamento, não sendo suficiente o mero respeito à legalidade formal. O respeito à lei e ao direito é uma exigência do princípio da juridicidade.²

A necessidade constante de se proteger o administrado justificou a consagração no direito comparado do princípio da proteção da confiança legítima, apesar de variações em relação aos seus fundamentos jurídicos e às nomenclaturas utilizadas (*affidamento legitimo*, *legitimate expectations*, “proteção da confiança”, “confiança legítima” etc).

¹ Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ, do CURSO FORUM (RJ) e do CURSO SUPREMO (BH). Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e da Cândido Mendes. Consultor Jurídico.

² Sobre o princípio da juridicidade, *vide* nosso trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

No direito comparado, o princípio da proteção da confiança vem sendo objeto de inúmeros estudos monográficos,³ além de receber dignidade normativa em diversos textos legais, como será demonstrado a seguir.

O estudo do princípio da proteção da confiança legítima, embora embrionário no Brasil, tem sido objeto de estudos específicos nos últimos anos, notadamente a partir de estudos pioneiros do professor Almiro do Couto e Silva.⁴

Resumidamente, a noção de proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários.

Geralmente invocado juntamente com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, o princípio da proteção da confiança possui características próprias que permitem destacá-lo dos demais princípios que gravitam no universo jurídico.

Neste trabalho, pretende-se analisar a origem, a noção, a aplicação e os limites do princípio em questão, bem como o seu diálogo com outros princípios afins.

2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

O princípio da confiança legítima nasce e desenvolve-se na Alemanha após a II Guerra Mundial, notadamente a partir da jurisprudência dos tribunais.

3 Podem ser citados, por exemplo: GARCIA MACHO, Ricardo. Contenido y limites de la confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *REDA*, n. 56, p. 557 - , out./dez. 1987. (versão eletrônica); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *RAP*, n. 159, p. 173-206, set./dez. 2002.; CASTILLO BLANCO, Frederico. *La protección de confianza legítima en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004; GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2001; CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et francais*. Paris: Dalloz, 2001.

4 Vide: SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

Atrelado ao princípio da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), o princípio da confiança legítima (*Vertrauensschutz*) foi consagrado inicialmente no célebre caso da “viúva de Berlim”, julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956.⁵

No referido caso, a viúva de um funcionário alemão, que residia na República Democrática Alemã, mudou-se para Berlim-ocidental, após ter recebido a informação, por meio de notificação oficial, de que, com a efetivação da referida mudança, receberia pensão do Estado. A pensão, no entanto, foi posteriormente retirada da viúva, sob o argumento de que a sua concessão descumpriu as normas vigentes. O Tribunal entendeu que, na hipótese, o princípio da legalidade deveria ceder espaço ao princípio da proteção da confiança legítima e que a viúva deveria continuar recebendo a pensão.

A peculiaridade do julgado, no entanto, está na superação da doutrina tradicional que limitava, eventualmente, os efeitos da anulação de atos administrativos para o futuro (*ex nunc*), quando esta limitação fosse necessária para a proteção do administrado, excepcionando a regra geral de que a retirada de atos ilegais do mundo jurídico opera efeitos *ex tunc*. No caso em tela, a decisão deixou de anular o ato ilegal para mantê-lo em vigor, com o respeito aos efeitos produzidos (o Estado permaneceu com a obrigação de pagar pensão à viúva), tendo em vista a prevalência do princípio da proteção da confiança legítima.⁶

Percebe-se, a partir do citado precedente, que, na origem, o princípio em comento foi utilizado para limitar a anulação dos atos administrativos que criavam benefícios aos particulares (“proteção da confiança *contra legem*”).

Atualmente, o direito alemão consagra a proteção da confiança legítima nos §§ 48 e 49 da Lei de Procedimento Administrativo (*VwVfG*),⁷ que determina que

5 A decisão foi confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal em 25/10/57. Sobre o caso, vide: GARCIA MACHO, Ricardo. Contenido y limites de La confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *REDA*, n. 56, out./dez. 1987. (versão eletrônica). É importante notar que Garcia Luengo aponta para precedentes em relação ao princípio da confiança anteriores à II Guerra Mundial, mas não se pode negar que o desenvolvimento do princípio se fortalece com o Pós-Guerra. Nesse sentido: COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 36.

6 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 38.

7 Sobre o princípio da proteção à confiança no direito alemão, vide: MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed.

a extinção⁸ dos atos administrativos pode ser total ou parcial, com efeitos retroativos (*ex tunc*) ou para o futuro (*ex nunc*), bem como pode gerar, em algumas hipóteses, direito do administrado ao ressarcimento.

Na Espanha, onde o debate doutrinário acerca do princípio é muito forte, o art. 3º, número 1, da Lei n. 4/99 (*Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común*)⁹ consagrou expressamente o princípio da proteção.

No Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça Europeu adotou de forma expressa o princípio da confiança legítima no caso *Lemmerz-Werke* (sentencia de 13/07/1965: asunto 111/1963).¹⁰ A jurisprudência comunitária desenvolveu o princípio, notadamente na década de 70, que hoje é reconhecido como princípio integrante do ordenamento jurídico comunitário, apesar de não ter sido consagrado expressamente em Tratados.¹¹

3. SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E CONFIANÇA LEGÍTIMA: APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS

O princípio da confiança legítima guarda estreita relação com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.¹²

São Paulo: Manole, 2006. p. 323 - .

- 8 Foi utilizado o termo genérico “extinção” para englobar as expressões retratação (ou retiro – *Rücknahme*) e revogação (*Widerruf*) que possuem significados distintos no direito alemão. A retratação pressupõe a existência de ato antijurídico (equivalaria à anulação no nosso ordenamento) e a revogação ocorre por razões de conveniência e de oportunidade. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 318-322.
- 9 “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.” (Grifo nosso). O princípio da segurança jurídica encontra-se previsto no art. 9.3 da Constituição espanhola.
- 10 SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 7, p. 96, jan./jun. 2000.
- 11 Vide: SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 7, p. 97, jan./jun. 2000; COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 91-94.
- 12 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 274, jul./set. 2004.; FILHO, José dos

No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, essa tese é defendida na doutrina (Jesús González Pérez, Frederico Castillo Blanco, dentre outros)¹³ e expressamente citada na Exposição de Motivos da Lei n. 4/99 (*Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común*).¹⁴

Não é fácil estabelecer uma linha divisória clara entre os três princípios, o que não impede, todavia, o apontamento de algumas distinções.

Em relação ao princípio da segurança jurídica, é lícito afirmar que este princípio possui conotação ampla que abrange a ideia de confiança legítima. Isto porque o princípio da segurança jurídica pode ser compreendido a partir de dois aspectos:¹⁵ a) objetivo: estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo em vista a necessidade de se respeitarem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB); b) subjetivo: proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Direito público atual: estudos em homenagem ao professor Nelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 300.

- 13 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 65; CASTILLO BLANCO, Frederico. *La protección de confianza legítima en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 97 - .
- 14 Transcreva-se o trecho retirado da Exposição de motivos: “En primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente.”
- 15 Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 273/274, jul./set. 2004.; FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34.

Não obstante a boa-fé do particular, que acreditou nas expectativas geradas pela atuação estatal. Não seria lícito supor que determinado particular, por má-fé, sustente a confiança legítima para obstar a atuação estatal, sob pena de se beneficiar da própria torpeza. Ausente a boa-fé não há que se falar em confiança legítima, mas, sim, em “confiança ilegítima”.

Pedro José Jorge Coviello¹⁶ sustenta que a segurança jurídica é um valor e possui caráter genérico, sendo lícita a sua invocação pelo Estado e pelos particulares. De outro lado, a confiança legítima se dirige ao particular para protegê-lo da atuação do Estado.

Da mesma forma, existe uma profunda aproximação entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima. Aliás, a ideia de proteção à confiança legítima foi introduzida em alguns países europeus (ex: Espanha e Itália) por meio do princípio da boa-fé.

Na Espanha, Jesús Gonzáles Pérez¹⁷ demonstra a íntima ligação entre os dois princípios, geralmente aplicados concomitantemente pelos tribunais. Mesmo antes da sua consagração pelo ordenamento jurídico espanhol, a proteção da confiança dos particulares era efetivada pela jurisprudência por meio do princípio da boa-fé. Não há, segundo o autor, uma clara diferença entre os requisitos e os efeitos dos dois princípios.

O princípio da boa-fé tem sido considerado em duas acepções: a) objetiva: diz respeito à lealdade e à lisura da atuação dos particulares; e b) subjetiva: relaciona-se com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito.

Por esta razão, alguns autores¹⁸ sustentam que a caracterização da confiança legítima depende neces-

sariamente da boa-fé do particular, que acreditou nas expectativas geradas pela atuação estatal. Não seria lícito supor que determinado particular, por má-fé, sustente a confiança legítima para obstar a atuação estatal, sob pena de se beneficiar da própria torpeza. Ausente a boa-fé não há que se falar em confiança legítima, mas, sim, em “confiança ilegítima”.

Não obstante a enorme dificuldade de diferenciação entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima, alguns autores procuram estabelecer diferenças pontuais. Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ entende que “o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da Administração e do lado do administrado”, uma vez que ambos devem atuar com lealdade e correção. Por outro lado, o princípio da confiança legítima protege a boa-fé do administrado.

4. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme assinalado anteriormente, o princípio da segurança jurídica, em virtude de sua amplitude, inclui na sua concepção a confiança legítima e a boa-fé.

Destarte, ainda que não exista norma constitucional que acolha expressamente o referido princípio, o seu fundamento constitucional implícito seria a própria cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB),²⁰ que pressupõe, necessariamente, a ideia de segurança jurídica.

Na legislação infraconstitucional, o princípio da segurança jurídica é mencionado no art. 2º da Lei n. 9.784/99,²¹ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

16 Nas palavras do autor: “*Ello marca una distinción importante con la seguridad jurídica. Ésta, por ser un valor, es genérica y abarca a todos los componentes de la vida comunitaria. Por lo tanto, nada impide que la invoque tanto el propio Estado como el particular o administrado, sea la relación de derecho público como privado. La confianza legítima se sitúa, por el contrario, en la persona del particular – y no en el Estado – en su aspecto subjetivo y se orienta a protegerla frente al daño que le ocasiona la actuación estatal.*” COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 392.

17 Segundo o autor: “*Antes de que se recibiera en nuestro Ordenamiento jurídico el principio de la confianza legítima, las situaciones jurídicas que éste trata de proteger habían quedado protegidas en general por la jurisprudencia aplicando el principio general de la buena fe. Y cuando acoge el principio de la confianza legítima va a hacerlo – y sigue haciéndolo – invocando conjuntamente uno y otro.*” GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 64.

18 Pedro José Jorge Coviello leciona: “(...) la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos, y que para su evaluación necesita la con-

urrencia de la buena fe de éste como componente insoslayable.” COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 408.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. In: *Direito público atual: estudos em homenagem ao professor Nelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 304.

20 Conforme lição de J. J. Gomes Canotilho: “*O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.*” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

21 “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.” (Grifo nosso)

E possível perceber o esforço da doutrina moderna em fundamentar a consagração e a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima a partir do princípio da segurança jurídica. A falta de menção expressa ao princípio da proteção da confiança nunca foi obstáculo para sua utilização.

Os esforços doutrinários foram recompensados recentemente com a consagração do princípio da confiança legítima na Lei n. 5.427, de 01 de abril de 2009,²² que trata dos atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Todavia, como será demonstrado a seguir, o princípio da proteção da confiança ainda não foi consagrado definitivamente na jurisprudência pátria, que costuma invocar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé para proteger as expectativas legítimas dos administrados.

Salienta-se, por oportuno, que a necessidade de proteção da confiança dos cidadãos se impõe a todos os atos estatais, provenientes do Executivo, Legislativo e Judiciário, independentemente da função exercida. O Estado, em sua totalidade, deve respeitar a segurança jurídica, o que implica o dever de zelar pela confiança gerada por seus atos aos particulares de boa-fé.

5. REQUISITOS, LIMITES E EFEITOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

A aplicação indiscriminada do princípio da proteção da confiança legítima acarreta, por certo, consequências indesejáveis ao Direito.

De fato, o princípio da irretroatividade das normas, consagrado no art. 5º, XXXVI, da CRFB, com a proteção de situações consolidadas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), bem como a proteção de expectativas legítimas satisfazem o ideal de estabilização jurídica.

No entanto, a ideia de irretroatividade não impede as inovações legislativas e a alteração de determinados regimes jurídicos. Não se pode pretender, como lembra Eduardo García de Enterría, a “petrificação ou congelamento do Direito”.²³ Aliás, é da essência da ati-

vidade legislativa a inovação na ordem jurídica, assim como é natural que o Executivo implemente novas políticas públicas e altere a sistemática de determinados serviços para satisfazer as necessidades da coletividade (ex: concessão de gratuidades para determinados grupos sociais e aumento de tarifa em serviços públicos concedidos).

Desta forma, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima depende da ponderação com os demais princípios em colisão no caso concreto. Hartmut Maurer,²⁴ ao tratar da retratação de atos administrativos benéficos ilegais, demonstra que a hipótese revela um antagonismo entre o princípio em estudo e o princípio da legalidade que deve ser resolvido pelo método da ponderação.

A aplicação do princípio da proteção da confiança legítima, na linha defendida por Jesús González Pérez,²⁵ a partir da jurisprudência do contencioso administrativo do Tribunal Supremo Espanhol, depende da existência dos seguintes requisitos:

- a) ato da Administração suficientemente conclusivo para gerar no administrado (afetado) confiança em um dos seguintes casos: a.1) confiança do afetado de que a Administração atua corretamente; a.2) confiança do afetado de que a sua conduta é lícita na relação jurídica que mantém com a Administração; ou a.3) confiança do afetado de que as suas expectativas são razoáveis;
- b) presença de “signos externos”, oriundos da atividade administrativa, que, independentemente do caráter vinculante, orientam o cidadão a adotar determinada conduta;
- c) ato da Administração que reconhece ou constitui uma situação jurídica individualizada (ou que seja incorporado ao patrimônio jurídico de indivíduos determinados), cuja durabilidade seja confiável;
- d) causa idônea para provocar a confiança do afetado (a confiança não pode ser gerada por mera negligência, ignorância ou tolerância da Administração);
- e) cumprimento, pelo interessado, dos seus deveres e obrigações no caso.

Os requisitos conformadores do princípio apontam, no outro extremo, para situações em que a confiança legítima não estará presente e, por isso, não será protegida

22 “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.” (Grifo nosso).

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *RAP*,

n. 159, p. 182, set./dez. 2002.

24 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 323-324.

25 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 69-74.

da. Em outras palavras, existem requisitos negativos ou, como é mais adequado, limites de aplicação do princípio, que podem ser enumerados da seguinte forma:

- a) não se pode falar em confiança legítima nas hipóteses de má-fé do administrado. Para que a confiança seja legítima é essencial, como já assinalado, a boa-fé do administrado. Não se pode conceber a existência de expectativas legítimas em relação ao administrado que atua com má-fé, hipótese contrária ao direito. Vale, aqui, o princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Ao tratar do princípio da proteção da confiança, Pedro José Jorge Coviello²⁶ assinala que “*la buena fe es su componente esencial y prácticamente liminar, puesto que sin ella no es procedente invocarla*”. O administrado não pode atuar (ex: prestar informações falsas ou concorrer para prática de ilegalidade, com o intuito de beneficiar a si próprio ou terceiros) ou se omitir (ex: não prestar as informações relevantes e necessárias para correta decisão administrativa) com o propósito de enganar o Poder Público.
- b) não pode existir mera expectativa de direito por parte do administrado. É verdade que o princípio da proteção da confiança não se resume às hipóteses em que exista direito adquirido do administrado, caso específico protegido expressamente pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB. O princípio em tela tem uma elasticidade maior e alcança as situações ainda não consolidadas no patrimônio do particular. Isto não quer dizer que a simples expectativa do particular em relação à determinada atuação administrativa seja suficiente para invocação do princípio. É essencial que a expectativa seja “qualificada”, o que depende da presença dos requisitos elencados anteriormente.

É muito amplo o campo de incidência do princípio da confiança legítima. No direito comparado e no direito brasileiro, o princípio tem sido aplicado com diversas finalidades, tais como:²⁷ limitação ao exercício

da autotutela administrativa, garantia de tratamento igualitário entre os administrados, fixação de regras transitórias (ou outras medidas) para promoção de alterações normativas e ressarcimento por frustração das expectativas legítimas.

Os efeitos extraídos do princípio da proteção da confiança legítima podem ser divididos em dois grupos:

- a) efeitos negativos ou de abstenção: o Poder Público deve se abster de adotar atos administrativos restritivos ou ablativos (ex: limitação do poder de autotutela administrativa; impossibilidade de fixação de sanção administrativa etc) e
- b) positivos: o Poder Público tem o dever de editar atos administrativos benéficos que reconheçam ou ampliem os direitos dos administrados (ex: dever de nomeação em concurso público aos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital; dever de conceder autorização para exercício de determinadas atividades quando o beneficiário se encontra na mesma situação fático-jurídica dos demais autorizatários; responsabilidade civil decorrente dos atos editados por agente público de fato putativo;²⁸ dever de pagamento dos valores decorrentes de contratos administrativos verbais;²⁹ etc), bem como o dever de ressarcir os administrados que tiveram a confiança violada (ex: revogação de permissão de uso qualificada ou condicionada, antes do prazo estipulado, acarreta direito à indenização ao permissionário).

Nesse contexto, em ambos os efeitos (negativos e positivos), o princípio da confiança funciona como um mecanismo de redução da discricionariedade do administrador. Em algumas hipóteses, é possível conceber a redução total da discricionariedade (“redução da discricionariedade a zero”)³⁰, quando as diversas possibi-

26 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 402.

27 Vide: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 74-81; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 277-278. jul./set. 2004.

28 Lembra-se que o agente público de fato putativo é aquele que não possui vínculo formal e legítimo com o Estado, mas que aparenta ser um agente de direito em relação aos administrados de boa-fé.

29 O art. 60, parágrafo único da Lei n. 8.666/93 afirma que, em regra, o contrato administrativo verbal é “nulo e de nenhum efeito”. Todavia, a doutrina e a jurisprudência reconhecem o direito do contratado ao recebimento dos valores acordados com fundamento nos princípios da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa. Vide, por exemplo: STJ, RESP n. 317.463/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 03/05/04, p. 126.

30 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 169-170.

lidades de escolha colocadas pela norma, em abstrato, são reduzidas, tendo em vista as condições jurídicas em jogo, de modo a se retirar, na hipótese concreta, a discricionariedade do administrador.

O STJ, em decisões reiteradas,³¹ afirmou que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do concurso teriam direito à nomeação e posse. Isto porque a veiculação (promessa legítima), em edital, do número de vagas faz com que a nomeação e a posse, que, em princípio, seriam atos discricionários, transformem-se em atos vinculados, gerando, em consequência, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital.

Na hipótese acima, o STJ, apesar de não ter feito menção expressa, utilizou-se da confiança legítima para limitar a discricionariedade do administrador, transformando-a em atuação vinculada. Em consequência, a confiança legítima pode ser utilizada como importante fator de efetivação do princípio da igualdade nas hipóteses em que a atuação do Poder Público gerar confiança legítima aos administrados que se beneficiarão de determinados atos administrativos.

Imagine, por exemplo, a hipótese em que o Poder Público promete deduções fiscais e autorizações de funcionamento para empresas que atuam em determinado segmento empresarial com o objetivo de desenvolver a região. Confiante na promessa sólida do Poder Público, uma empresa faz investimentos importantes na região e requer os benefícios prometidos. Não poderia o Poder Público se negar a conceder tais benefícios, sob o argumento de que desistiu de desenvolver a região, pois esta conduta contraria a confiança legítima.

6. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Conforme mencionado anteriormente, o princípio da confiança legítima foi inicialmente utilizado no exercício da autotutela administrativa, tanto para os casos de anulação, quanto para as hipóteses de revogação.

Na anulação, o controlador realizará a ponderação de interesses para resolver o conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção da con-

31 STJ, MS n. 10381/DF, Rel. Min. Nilson Naves, Terceira Seção, DJE 24/04/09; RMS n. 19.478/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, DJE 25/08/08; RMS n. 15.420/PR, Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJE 19/05/2008; RMS n. 20.718/SP, Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJE 03/03/2008. O STF adotou o mesmo entendimento recentemente (Informativo de Jurisprudência do STF n. 520).

fiança. Já na revogação de atos legais, mas inconvenientes ou inoportunos, o citado conflito não ocorre e o princípio da proteção da confiança se apoia no princípio da legalidade.³²

O exercício da prerrogativa da autotutela administrativa deve ser limitado no tempo por razões de segurança jurídica, bem como pela confiança legítima dos administrados gerada pela presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos.³³

Por esta razão, o art. 54 da Lei n. 9.784/99,³⁴ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública anule os seus atos administrativos que gerem efeitos favoráveis ao administrado. Quanto aos atos restritivos ou ablativos, o prazo decadencial não tem incidência.

Ressalta-se que as normas sobre processo administrativo são elaboradas autonomamente por cada Ente federado, ausente a competência da União para elaboração de normas gerais nessa matéria. Nesse sentido, a Lei n. 9.784/99 aplica-se exclusivamente em âmbito federal, não se estendendo aos demais Entes.³⁵

32 Essa é a lição de Hartmut Maurer: “o princípio da proteção à confiança entra na revogação de atos administrativos benéficos ainda mais fortemente no primeiro plano do que na retratação de atos administrativos beneficentes. Ele agora não mais se põe em antagonismo com o princípio da legalidade, mas une-se com ele e é por ele apoiado.” MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 342. Lembra-se que retratação citada pelo autor equivale à anulação no Direito Administrativo brasileiro.

33 No Direito francês, por exemplo, a autotutela administrativa foi inicialmente delimitada pelo Conselho de Estado quando do julgamento do caso *Dame Cachet* em 03/11/1922, quando se fixou o prazo de dois meses para a Administração anular os seus atos administrativos irregulares que criavam direitos (tratava-se do mesmo prazo para interposição de recurso à justiça administrativa). É importante notar, todavia, que a jurisprudência foi alterada no julgamento do caso *Ternon*, de 26/10/01, quando se afirmou que o prazo para anulação (*retrait*) de atos administrativos individuais e benéficos seria de quatro meses. LONG, M. et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 854-865.

34 “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.”

35 Nesse sentido: SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 311, jul./set. 2004.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de

E importante notar que o STJ firmou o entendimento de que, em relação aos atos praticados antes da Lei n. 9.784/99, o termo inicial do prazo decadencial seria a data da entrada em vigor da referida norma, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei.³⁶ O problema desta interpretação do STJ, caso levada ao extremo, é considerar ilimitado (no tempo) o poder de anulação de atos administrativos quando ausente norma legal específica que estabeleça prazo decadencial de maneira expressa, o que contrariaria o princípio da segurança jurídica.

Desta forma, é preferível defender a tese de que a Administração Pública, mesmo sem norma legal específica, encontra-se limitada no seu poder de anulação de atos ilegais, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Para efetivação desses princípios, deve-se buscar analogicamente o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos.

Em virtude da autonomia do Direito Administrativo, a analogia deve ser feita com a legislação que trata das normas jurídicas administrativas, envolvendo a relação entre a Administração e o administrado, não sendo adequada, portanto, a utilização do Código Civil como parâmetro.³⁷ A legislação administrativa fixa, normalmente, os prazos de prescrição e de decadência em 5 anos (ex: art. 1º da Lei n. 9.873/99; arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei n. 4.117/65; art. 23, I, da Lei n. 8.429/92; art. 28 da Lei n. 8.884/94; Dec. n. 29.910/32, etc.). Em consequência, na ausência de norma legal específica, deve ser considerado o prazo decadencial de 5 anos para anulação de atos administrativos.³⁸

Não exercida a prerrogativa da autotutela no prazo legal, opera-se a decadência administrativa.³⁹ Isto quer dizer que a Administração Pública perde o direito de anular os atos favoráveis ao particular, ainda que ilegais.

Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 934. No entanto, o STJ admite a aplicação, por analogia, da Lei n. 9.784/99 aos demais Entes federados que não possuem legislação específica (RMS 21.070-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 14/12/09. Vide: Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 416).

36 Nesse sentido: MS n.s 9.112/DF, Rel. Min. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14/11/05, p. 174.

37 O art. 205 do Código Civil prevê: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

38 Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.590; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 684; BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99. In: *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 1, p. 506-510.

39 Não se trata, pois, de perda da pretensão (prescrição administrativa), mas, sim, do próprio direito de anulação do ato ilegal.

A exceção se dá em relação aos ilegais quando configurada a má-fé do administrado, na forma da ressalva contida no art. 54 da Lei n. 9.784/99. Conforme mencionado anteriormente, o pressuposto da decadência administrativa é a boa-fé do administrado.⁴⁰ É evidente que o administrado, que age com o propósito de enganar a Administração para obter vantagem indevida, não pode invocar a “confiança legítima” para pretender a permanência do ato administrativo.

Há controvérsia doutrinária no tocante à caracterização da mencionada má-fé. É razoável supor que a intenção do legislador, apesar da ausência de clareza da norma, é impedir a decadência quando houver má-fé do administrado, e não do administrador. Isto porque a ilegalidade do ato, que pode compreender a atuação imoral do administrador, não pode prejudicar o particular de boa-fé. Trata-se de uma norma protetiva da confiança legítima do particular.⁴¹

Existem hipóteses de extrema complexidade para caracterização da boa-fé, notadamente quando o administrado, sem contribuir para edição do ato administrativo, conhece a ilegalidade ou não tem conhecimento por grave negligência.

Após afirmar que no direito alemão essas hipóteses excluem a proteção da confiança, Almiro do Couto e Silva⁴² sustenta que elas não são suficientes para o

40 Nesse sentido: FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As Leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 304, jul./set. 2004. Em sentido contrário, Weida Zancaner defende a observância do prazo de 10 anos, previsto no art. 205 do CC, quando verificada a má-fé do destinatário. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 79.

41 Nesse sentido: SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 304-305, jul./set. 2004. Em sentido diverso, Juarez Freitas sustenta que a má-fé em geral (seja do administrado, seja do administrador) afastaria o prazo decadencial de cinco anos. FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As Leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100.

42 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 305-306, jul./set. 2004.

afastamento do princípio da confiança, mormente quando analisada a jurisprudência dos nossos tribunais (ex: manutenção de atos ilegais nos casos de constatação de equívocos curriculares de alunos de estabelecimento de ensino superior, após anos de estudos e da expedição de diploma).

Todavia, ainda que a questão dependa da análise das circunstâncias específicas de cada caso concreto, parece mais adequada a caracterização da má-fé quando o administrador conhece a ilegalidade ou deveria conhecê-la. Aplica-se, no caso, a denominada teoria da evidência que afirma a impossibilidade de convalidação de vícios manifestos (evidentes) e graves, assim considerados aqueles que não suscitam discordância quando da edição do ato e dispensam conhecimento técnico de profissionais do Direito para sua caracterização.⁴³

Essa foi a solução adotada pelo art. 53, §2º, da Lei n. 5.427/09 (Lei do Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro), que dispõe: “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.”

Além da má-fé, existe outro limite para a convalidação dos atos administrativos viciados ou irregulares, sendo necessário, para sua compreensão, lembrar a distinção que prevalece no Direito Administrativo pátrio entre atos nulos e anuláveis. Os atos nulos são aqueles que apresentam vícios graves (insanáveis) e os atos anuláveis possuem vícios sanáveis.⁴⁴

Os vícios sanáveis, na opinião de José dos Santos Carvalho Filho,⁴⁵ são os relacionados à competência,

43 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 242.

44 Veja, por exemplo: FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100-104. Weida Zancaner distingue os atos administrativos em convalidáveis e inconvalidáveis. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85- .

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 158-160. O autor elenca três formas de convalidação: a) ratificação: corrige vícios de competência e de forma; b) reforma: o novo ato suprime a parte inválida do ato anterior e mantém a sua parte válida; e c) conversão: é a reforma com o acréscimo de conteúdo ao ato anterior (nesse caso, o administrador mantém a parte válida do ato anterior e substitui a parte inválida por outra nova). Essas espécies (e nomenclaturas) de convalidação foram acolhidas pelo art. 52, parágrafo único, da Lei n. 5.427/09 do Estado do Rio de Janeiro que dispõe: “Admite-se

à forma (inclusive vícios no procedimento administrativo) e ao objeto, quando este último for plúrimo (quando o ato possuir mais de um objeto). Por outro lado, os vícios insanáveis dizem respeito ao motivo, ao objeto (quando único), à finalidade e à falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.

Além dos vícios sanáveis, a convalidação pressupõe a inexistência de lesão ao interesse público, bem como a ausência de prejuízos a terceiros, conforme dispõe o art. 55 da Lei n. 9.784/99 (“Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”).⁴⁶

Em resumo, não será possível a convalidação por vontade da Administração nas seguintes hipóteses: a) má-fé do administrador; b) vícios insanáveis; c) lesão ao interesse público; d) prejuízos a terceiros.

Cabe ao administrador, diante das situações específicas, ponderar os interesses em conflito, com auxílio do princípio da proporcionalidade, para concluir pela convalidação ou necessidade de anulação do ato administrativo ilegal.

É oportuno registrar a possibilidade de declaração de nulidade parcial ou, em outros termos, de convalidação parcial quando esta medida for necessária à efetiva proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé do administrador. No processo decisório, o administrador, após o processo de ponderação, pode concluir pela declaração de nulidade do ato ilegal, mas com a necessidade de modulação dos efeitos temporais desta declaração.

Assim, ao invés de se aplicar a regra geral e declarar nulo o ato desde a sua origem (*ex tunc*), o administrador pode aplicar efeitos não retroativos (*ex nunc*) ou, ainda, determinar que a nulidade só produzirá efeitos em momento futuro.

convalidação voluntária, em especial, nas seguintes hipóteses: I. vícios de competência, mediante ratificação da autoridade competente; II. vício de objeto, quando plúrimo, mediante conversão ou reforma; III. quando, independentemente do vício apurado, se constatar que a invalidação do ato trará mais prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção, conforme decisão plenamente motivada”.

46 No mesmo sentido dispõe o art. 52 da Lei estadual n. 5.427/09 (Lei do Processo administrativo do Estado do Rio de Janeiro): “Art. 52. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

A modulação dos efeitos na decisão proferida em sede de controle de legalidade (*rectius*: juridicidade) do ato administrativo é uma possibilidade que decorre da própria necessidade de ponderação dos interesses em jogo. Ademais, a sua efetivação, hoje, pode ser justificada a partir da aplicação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99,⁴⁷ que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

No Estado do Rio de Janeiro, o art. 53, §3º, da Lei n. 5.427/09, ao tratar do processo administrativo estadual, estabelece, de forma categórica, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida na autotutela administrativa.⁴⁸

Na norma que consagra a decadência administrativa, o legislador já procedeu à ponderação de interesses (ponderação em abstrato) para fixar o prazo máximo dentro do qual a Administração deverá anular os atos administrativos ilegais. Neste caso, o legislador optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da legalidade. Trata-se da denominada convalidação involuntária do ato administrativo, uma vez que o vício foi superado pelo decurso do tempo, e não necessariamente pela vontade (ao menos expressa) do administrador.

Todavia, o exercício da autotutela administrativa dentro do prazo quinquenal não afasta a necessidade de realização da ponderação de interesses por parte da Administração. No conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica (e o da confiança legítima), a solução dependerá das circunstâncias de cada caso (“ponderação em concreto”). Caso a Administração decida pela permanência do ato ilegal no mundo jurídico e/ou respeite os efeitos por ele produzidos, teremos a convalidação voluntária do ato administrativo que deverá ser necessariamente motivada.

47 “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.”

48 “Art. 53. (...) §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.”

A jurisprudência dos nossos tribunais utiliza-se frequentemente do princípio da segurança jurídica e, mais recentemente (com alguma timidez), do princípio da confiança legítima, para limitar a autotutela administrativa e resguardar os efeitos dos atos ilegais que beneficiam particulares.

O STJ,⁴⁹ por exemplo, com fundamento na segurança jurídica, convalidou atos de nomeação de agentes públicos que não foram precedidos de concurso público, conforme ementa abaixo colacionada:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

(...)

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembleia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II, da Constituição Federal, é indubiosamente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias.”

O Supremo Tribunal Federal,⁵⁰ com fundamento nos princípios da proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé, acolheu mandado de segurança para se manter a validade das contratações, sem concurso público, de empregados da INFRAERO, na forma da ementa a seguir transcrita:

49 STJ, RMS n. 25.652/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJE 13/10/08 (Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 368). No mesmo sentido: RMS n. 24.339/TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJE 17/11/08 (Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 374).

50 STF, MS n. 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 05/11/04, p. 6 (Informativo de Jurisprudência do STF, n. 349).

Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.”

7. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*) NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A proteção da confiança do administrado por meio da exigência de atuação leal e coerente do Estado ocorre, ainda, a partir da teoria dos atos próprios que é aplicável, modernamente, ao Direito Administrativo.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que alguns autores, como Luis M^a Díez-Picazo,⁵¹ procuram estabelecer diferenças pontuais entre a teoria dos atos próprios e a teoria dos precedentes administrativos, não obstante a coincidência dos fundamentos jurídicos (princípio da igualdade, da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança legítima). Enquanto a teoria

51 DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 98, p. 9, 16, mayo/ago. 1982. Após afirmar que a doutrina dos atos próprios incide dentro de uma mesma relação jurídica, conclui o autor: “Por el contrario, cuando hablamos del precedente administrativo, aludimos por definición a relaciones jurídicas distintas. Es evidente que nos referimos a lo que sucedió en un caso anterior, en una relación jurídica precedente. Además, a diferencia de lo que sucede en materia de actos propios, quien alega el precedente no suele ser la misma persona con respecto a la cual dicho precedente se produjo; es más, como se ha visto, si es la misma persona, se plantea un problema de aplicación del principio de igualdad.” Da mesma forma, José Ortiz Díaz, em artigo datado de 1957, afirma que a teoria dos atos próprios pressupõe uma “íntima relação de causa e efeito” entre o ato anterior e o posterior. Na teoria dos precedentes não existe necessariamente essa relação entre os dois atos. ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública* n. 24, p. 92, set./dez. 1957.

dos atos próprios constitui uma técnica que opera dentro de uma mesma relação jurídica, a teoria dos precedentes administrativos é aplicada em relações jurídicas distintas. O administrado que invoca o precedente não é o mesmo administrado em relação ao qual o precedente foi produzido.

Entretanto, na pertinente ponderação de Alexandre Santos de Aragão,⁵² as diferenças entre a teoria dos atos próprios e a teoria dos precedentes administrativos não podem ser consideradas de forma absoluta, notadamente pelo fato de que os fundamentos principiológicos e os efeitos dessas teorias são idênticos. Em razão disso, o autor prefere utilizar a nomenclatura mais abrangente “teoria das autolimitações administrativas”, que engloba as duas teorias em comento.

No presente trabalho a opção pela utilização da expressão “teoria dos atos próprios” justifica-se pelo fato de ser uma teoria consagrada na doutrina, sem desconhecer, contudo, a importância crescente da teoria dos precedentes administrativos.

A Teoria dos atos próprios possui três requisitos:⁵³

- a) identidade subjetiva e objetiva: o ato anterior e o ato posterior emanam da mesma Administração Pública⁵⁴ e são produzidos no âmbito da mesma relação jurídica;
- b) a conduta anterior é válida e unívoca, capaz de gerar a confiança (expectativa legítima) na outra parte da relação jurídica; e
- c) atuação contraditória: incompatibilidade do ato posterior com o ato anterior.

52 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 234, out./dez., 2006.

53 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 412; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 226-244; Héctor Mairal aponta, ainda, um quarto requisito: a inexistência de norma que autorize a atuação contraditória. MAIRAL, Hector A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 6-7.

54 Não pode haver contradição entre as atuações de órgãos distintos, integrantes da mesma entidade administrativa. Todavia, a aplicação da teoria em relação aos atos de entidades administrativas distintas, com personalidade jurídica própria, seria, em princípio, vedada, tendo em vista a ausência de relação hierárquica. Sobre as inúmeras questões envolvendo o requisito da identidade subjetiva, *vide*: LÓPEZ RODÓ, Laureano. Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los Propios actos. *Revista de Administración Pública*, n. 9, p. 11-53, set./dez. 1952.

Em princípio, alerta Jesús González Pérez,⁵⁵ não há requisito temporal para aplicação da teoria dos atos próprios, bastando a permanência das circunstâncias que ensejaram a conduta anterior vinculante. Nada obsta, todavia, que a conduta anterior esteja relacionada, expressa ou implicitamente, a determinado prazo que, uma vez transcorrido, afastaria a teoria dos atos próprios.

O principal efeito da teoria dos atos próprios é impedir toda e qualquer atuação contrária à conduta administrativa anterior e vinculante.⁵⁶ A partir dos requisitos arrolados anteriormente, verifica-se que a teoria dos atos próprios encontra fundamento no princípio da confiança legítima, mas com ela não se confunde, como será analisado a seguir.

Em primeiro lugar, assinala Jesús González Pérez⁵⁷ que a teoria dos atos próprios pressupõe a legalidade do ato anterior vinculante.

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.⁵⁸

Ao revés, o princípio da proteção da confiança legítima tem aplicação na hipótese de atos inválidos. Aliás, relembra-se que o princípio limita e condiciona o exercício do dever de anulação dos atos administrativos ilegais.

A presente diferenciação entre a teoria dos atos próprios e o princípio da confiança legítima é demonstrada, com clareza, por Pedro José Jorge Coviello:⁵⁹ “Un

elemento fundamental para habilitar la aplicación de la doctrina de los propios actos es que la conducta o acto iniciales sean válidos. En la confianza legítima, el acto o conducta pueden ser inválidos, pero la protección igual puede tener eficacia”.

Em segundo lugar, a teoria dos atos próprios tem aplicação no âmbito da mesma relação jurídica.⁶⁰ A contradição é verificada em uma relação jurídica concreta (entre partes determinadas), e não no âmbito de uma relação jurídica genérica entre o administrado e o Estado. Desse modo, no caso de um contrato administrativo, a discussão quanto à atuação de uma das partes contratantes que gerou confiança na outra parte será resolvida, eventualmente, por meio da teoria dos atos próprios. Por outro lado, o princípio da confiança legítima será observado se o citado contrato for anulado e se a parte contratante afetada estiver de boa-fé.⁶¹

O STJ,⁶² com fundamento na teoria dos atos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*), limitou o poder de anulação (autotutela) de contratos de promessas de compra e venda de lotes de imóvel municipal, celebrados por determinado Município. A pretensão de anulação dos contratos por parte do Poder Público municipal fundava-se na impossibilidade de regularização dos lotes. A decisão judicial concluiu pela necessidade de manutenção dos contratos e regularização dos lotes, pois a anulação geraria prejuízos aos particulares (adquirentes) que confiaram na regularidade do procedimento. Transcreve-se a ementa do julgado:

“LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS. – TENDO O MUNICÍPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTA 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”.

55 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 226-244.

56 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 226-244.

57 O autor afirma que a doutrina dos atos próprios “*presupone asimismo la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos – y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos*”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 220.

58 Essa é a lição de Eduardo Garcia de Enterría: “Tras de todo lo cual creo que puede establecerse firmemente que el principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundamento, ni siquiera como motivo lejano, que justifique de alguna manera la insitución del recurso de lesividad, el régimen de revocación de los actos administrativos que lleva parejo, o cualquiera de sus particularidades dogmáticas o positivas.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*. *Revista de Administración Pública*. n. 20, p. 77, mayo/ago. 1956.

59 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 414.

60 Nesse sentido: Díez-Picazo, Luis María. *La doctrina del precedente administrativo*. *Revista de Administración Pública*, n. 98, p. 16, mayo/ago. 1982. COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 415.

61 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 416.

62 RESP n. 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 22/06/98, p. 90.

E lícito afirmar que a teoria dos atos próprios pres-supõe, necessariamente, a existência da confiança legítima, mas a recíproca não é verdadeira. O princípio da proteção da confiança legítima tem acepção abrangente que não se restringe à teoria dos atos próprios.

8. PODER NORMATIVO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

A estabilidade das relações jurídicas, frise-se mais uma vez, possui caráter relativo, pois o direito deve adaptar-se às alterações sociais, econômicas e políticas. Trata-se de uma ideia antiga, consagrada, por exemplo, no art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (segunda versão de 1793), ao proclamar que “uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”, bem como no pensamento de Thomas Jefferson no sentido de se evitar o “governo dos mortos sobre os vivos”.⁶³

Os princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé não pretendem petrificar o direito, mas, sim, obstar as alterações jurídicas (inclusive normativas) brutais e inesperadas que aniquilam a confiança dos administrados em relação às promessas estatais e às consequências de determinadas relações jurídicas. Nesse sentido, o princípio da confiança legítima funciona como um mecanismo limitador da retroatividade dos atos normativos, com destaque, no presente estudo, para as normas regulamentares editadas pela Administração.

A velocidade dos câmbios normativos e a própria descentralização normativa acarretam, por si só, certa instabilidade jurídica.⁶⁴ Eduardo García de Enterría sustenta que a inflação legislativa e regulamentar afeta um valor substancial da vida: a segurança jurídica. As alterações legislativas são tão delirantes que afetam a máxima consagrada em vários países, segundo a qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º da LICC). Tal máxima soa quase como um sarcasmo, pois, por mais qualificado que seja o jurista, é impossível exigir que as pessoas conheçam todas as leis que inundam o ordenamento jurídico.⁶⁵

63 Vide: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66-68.

64 Vide: BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005.

65 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000. p. 49.

Percebe-se que a principal justificativa para a existência das leis – garantir estabilidade às relações sociais e, portanto, segurança jurídica – acabou sendo subvertida na prática. O legalismo exagerado gerou insegurança jurídica e aniquilou os ideais positivistas, razão pela qual, hoje, os princípios gerais de Direito, condensadores éticos de justiça e imunes à fugacidade da lei, são considerados fundamentais para a compreensão da ordem jurídica.⁶⁶

No direito comunitário, a limitação à retroatividade normativa é aceita a partir do princípio da proteção da confiança legítima. Sob a influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a jurisprudência comunitária diferencia dois tipos de retroatividade: a) retroatividade autêntica (própria, real ou verdadeira) e b) retroatividade aparente (imprópria, falsa ou quase retroatividade).

Na retroatividade autêntica, a norma possui efeitos retroativos e alcança os fatos iniciados e finalizados no passado. Ao revés, na retroatividade aparente, a norma produz efeitos para o futuro, mas alcança, também, as relações jurídicas que se iniciaram no passado e que ainda estão em andamento.

Não se pode deixar de mencionar a existência de outras classificações em relação à retroatividade dos atos jurídicos em geral, com destaque para a classificação que aponta três tipos de retroatividade.⁶⁷ A retroatividade dos atos pode ser classificada em: a) grau máximo: a lei nova é aplicada às relações instituídas sob o manto do ordenamento anterior, incluídos os efeitos já produzidos; b) grau médio: a nova norma é aplicada aos fatos anteriores, com exceção dos efeitos já consumados (os efeitos pendentes se submeterão à nova norma); e c) grau mínimo: a lei se aplica aos efeitos futuros das relações jurídicas já constituídas. O STF,⁶⁸ em acórdãos da relatoria do ex-Ministro Moreira Alves, consagrou essa classificação em alguns julgados e admite, em princípio, apenas a retroatividade mínima.

66 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000. p. 103-104.

67 GARÍN, Beatriz Belando. *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 2008. p. 28-29. Na visão da autora, a irretroatividade de disposições sancionatórias ou restritivas, consagrada no art. 9.3 da Constituição Espanhola, abrange a retroatividade máxima.

68 Vide, por exemplo: STF, AI 258337 AgR/MG, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 04/08/2000, p. 27; RE n. 140499/GO, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 09/09/94, p. 23444.

O direito comunitário tem rejeitado, em regra, a retroatividade autêntica e admitido a retroatividade aparente.⁶⁹

Nada obstante, a retroatividade aparente também tem sido restringida em razão do princípio da confiança legítima. Isto porque, consoante já assinalado, o referido princípio é mais abrangente que o princípio da irretroatividade das normas, não se restringindo tão somente à proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mas se aplicando também na proteção das expectativas legítimas dos administrados.

É preciso que as normas jurídicas, ainda que aplicadas para o futuro, não afetem, de maneira imprevisível, as situações jurídicas iniciadas no passado e ainda não terminadas, em especial aquelas que são duradouras e de trato sucessivo. Imagine-se, por exemplo, a transição de regime jurídico dos servidores públicos estatutários e as relações contratuais que são afetadas pela alteração da legislação.

Por essa razão, o Tribunal de Justiça europeu tem apontado uma série de medidas para assegurar a previsibilidade das normas com retroatividade aparente. Iñigo Sanz Rubiales⁷⁰ assinala que as medidas possuem caráter normativo (previsão de disposições transitórias ou de uma *vacatio legis* razoável para que os administrados tenham tempo suficiente de se prepararem para a nova normatização) e não normativo (utilização pelo Poder Público dos meios de informação – ex: imprensa – para comunicar aos administrados da intenção de alteração da legislação, dentre outras possibilidades).

Os tribunais brasileiros não se utilizam, em regra, do princípio da proteção da confiança legítima para decidirem questões relacionadas com a sucessão de normas no tempo. A jurisprudência nacional utiliza-se, normalmente, do princípio da irretroatividade da

69 Vide: SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 107-110, jan./jun. 2000. O autor demonstra que a jurisprudência comunitária admite, excepcionalmente, a retroatividade autêntica por razões de interesse público e para resguardar a confiança dos administrados, como, por exemplo, nos casos em que o caráter retroativo da norma é um mecanismo para preencher o “vazio legal” oriundo da declaração judicial de uma norma.

70 SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 115-117, jan./jun. 2000.

norma (art. 5º, XXXVI, da CRFB) para determinar que a lei nova só tem incidência para o futuro, não alcançando as relações em curso.

O STJ,⁷¹ por exemplo, já afirmou que a lei nova relativa à correção monetária não incide sobre os contratos em curso. No mesmo sentido, decidiu o STF⁷² pela impossibilidade de aplicação da lei nova aos contratos em curso, tendo em vista o ato jurídico perfeito.

Nas situações acima, os tribunais, com fundamento no tradicional princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CRFB), protegeram a confiança legítima dos administrados, mas as decisões comentadas não fizeram qualquer menção ao princípio da confiança legítima.

Existem, todavia, hipóteses em que a confiança legítima dos administrados não é protegida adequadamente pela jurisprudência pátria. Cita-se, por exemplo, o entendimento consagrado pelo STF⁷³ no tocante ao regime de aposentadoria dos servidores públicos. A concessão da aposentadoria, segundo a Corte, depende do preenchimento dos requisitos vigentes à época do pedido, sendo aplicáveis as novas normas aos servidores que ainda não completaram o período aquisitivo da aposentadoria.

O entendimento jurisprudencial pode gerar insegurança e frustrar as expectativas dos servidores públicos. Imagine a hipótese em que falta um ano para o servidor completar o período aquisitivo da aposentadoria, mas é promulgada nova legislação ampliando o requisito temporal (de idade e de contribuição) para concessão de novas aposentadorias. Caso o legislador não estabeleça regras de transição, o servidor, na situação em comento, ficaria desprotegido. Daí a importância de se aplicar o princípio da confiança legítima nessa e em outras hipóteses.

É importante mencionar, no entanto, que a aplicação do princípio da confiança legítima à atividade normativa depende do preenchimento de alguns requisitos que podem ser assim elencados:⁷⁴

71 STJ, ERESP n. 173.465/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ 28/10/2003 p. 179.

72 STF, ADI n. 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 04/09/92, p. 14089. Em sentido contrário, vide: STF, RE n. 253.473 AGR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16/12/05, Segunda Turma, p. 106.

73 STF, ADI 3.104/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 09/11/07, p. 29.

74 O elenco dos variados requisitos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência foram didaticamente sinteti-

- a) demonstração de surpresa do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo. A previsibilidade não é a do administrado supostamente afetado pela nova legislação, devendo ser auferida pelo padrão de um administrado “prudente e avisado”.⁷⁵ A confiança não será tutelada em face de normas transitórias, de normas confusas, de normas de duvidosa legalidade ou quando restar demonstrado que o particular tinha conhecimento de que haveria alteração legislativa (ex: administrado toma conhecimento de audiência pública com o objetivo de alterar a normatização vigente);
- b) comprovação de prejuízo do administrado com a alteração da norma;
- c) boa-fé do administrado, que não deve ter contribuído para edição das novas regras por meio de informações falsas ou incompletas, uma vez ser vedado que se beneficie da sua própria torpeza;
- d) ponderação entre a confiança legítima do administrado e o interesse público que a nova norma pretende concretizar (ex: saúde, educação etc). Caso os inconvenientes aos administrados superem os benefícios advindos da norma, a confiança legítima deverá ser respeitada. Ainda que a nova norma seja aplicada, a proteção da confiança será efetivada, eventualmente, por meio de indenização ao administrado.

Da mesma forma, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima normativa exige a adoção de uma série de providências (normativas ou não) de modo a evitar a imprevisibilidade da alteração legislativa, tais como:

- a) exigência de previsão de um regime de transição entre as normas jurídicas: conforme destacado anteriormente, a jurisprudência comunitária exige a previsão de disposições transitórias ou de uma *vacatio legis* apropriada para que os administrados não sejam surpreendidos com a alteração normativa;⁷⁶

zados pela professora Patrícia Baptista. *Vide*: BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 167-170, jul./set. 2006.

75 CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et francais*. Paris: Dalloz, 2001. p. 434-435.

76 SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo Comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 115, jan./jun. 2000.

- b) divulgação pelo Poder Público da intenção de promover mudanças normativas, com destaque para a utilização da imprensa, das audiências públicas ou outros meios disponíveis;⁷⁷
- c) obrigação de respeitar o prazo de vigência fixado na norma: o entendimento clássico majoritário é no sentido de que o poder de legislar e o poder de regulamentar as normas legais não ficam vinculados ao prazo de vigência fixado na norma anterior ou no ato administrativo. Ocorre que esse entendimento colocaria em risco a proteção da confiança dos administrados. Na lição de Patrícia Baptista, “mesmo que não se trate de um direito adquirido, a aplicação do princípio da proteção da confiança pode garantir ao particular a preservação do regime normativo revogado pelo prazo previsto inicialmente”.⁷⁸ Nesse sentido, o STJ,⁷⁹ após afirmar a possibilidade de alteração administrativa das normas de comercialização de bebidas, exigiu que a Administração respeitasse o direito da empresa de comercializar a bebida, com base na norma anterior, até o final do prazo da autorização administrativa;
- d) preservação da posição jurídica do administrado que confiou na norma anterior: o administrado, no caso, poderá ser excluído do alcance das novas normas. Isto não significa dizer que o administrado ficará eternamente excluído das novas normas, sendo razoável a estipulação de prazo;⁸⁰
- e) indenização: caso sejam ineficazes a previsão de medidas transitórias e a previsão de termo a ser respeitado, bem como na hipótese de prevalência do interesse público que justifique a mudança normativa, poderá haver dever de indenizar por parte da Administração;

77 Temos aqui as denominadas “medidas não normativas”. SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo Comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 116, jan./jun. 2000.

78 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 174, jul./set. 2006.

79 STJ, MS n. 10.673/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 24/10/05, p. 156.

80 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 177-179, jul./set. 2006.

f) anulação do regulamento que contraria a confiança legítima de todos os seus destinatários: trata-se de medida complexa, pois a anulação de atos normativos pode gerar justamente insegurança jurídica. Na medida do possível (ponderação de interesses), o tribunal deve optar pela indenização dos particulares que sofreram danos comprovados, mantendo a norma no mundo jurídico. De qualquer modo, nada obsta a anulação de atos normativos que violem a confiança legítima de todos os seus destinatários. Essa consequência já foi admitida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no caso *Töpfer*,⁸¹ mas a atividade anulatória daquele tribunal tem se dirigido aos casos em que o número de afetados pela nova norma é reduzido.

A escolha da melhor solução será feita em cada caso após um juízo de ponderação e com respeito ao princípio da proporcionalidade, o que não impede o estabelecimento de parâmetros preferenciais doutrinários. É razoável afirmar, por exemplo, que a previsão de regras transitórias, a obrigação de respeitar a vigência da norma anterior e o pagamento de indenização preferem, nesta ordem, a preservação da posição jurídica alcançada com apoio na norma revogada.⁸²

Considerado como princípio jurídico autônomo, o princípio da proteção da confiança representa a consagração dos valores éticos do Estado Democrático de Direito e se insere, com perfeita harmonia, no momento atual de constitucionalização do Direito (neoconstitucionalismo) e de pós-positivismo.

Tal princípio não tem o objetivo de impossibilitar as alterações jurídicas, mas, sim, evitar que estas sejam implementadas de maneira brusca e inesperada, frustrando a confiança legítima dos administrados, especialmente nas hipóteses em que a norma regulamentar produzir efeitos durante importante período de tempo.

A importância do princípio e o seu crescente estudo no direito pátrio decorrem, em certa medida, do processo de constitucionalização do direito, com a centralidade dos direitos fundamentais, pois não se pode conceber como válida a atuação estatal que frustra a confiança dos administrados.

Assim como ocorre com os demais princípios, a aplicação do princípio da confiança legítima dependerá do processo de ponderação levado a efeito pelo intérprete.

81 TJCE, as. 112/77 de 03/05/1978. Vide: SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 118, jan./jun. 2000.

82 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 171, jul./set. 2006.