

Requisitos de aplicação do princípio da proteção da confiança

Arthur Sombra Sales Campos¹

Resumo: Discute-se neste trabalho o princípio da proteção da confiança, um importante instrumento de proteção de expectativas legítimas dos cidadãos diante de alterações de comportamento estatal que não respeitem o planejamento feito pelos particulares de acordo com a orientação anteriormente adotada pelo Poder Público. Inicialmente, analisa-se brevemente o histórico e os fundamentos do princípio. Em seguida, examinam-se os requisitos para seu emprego em casos concretos, com o propósito de delimitar objetivamente o âmbito de sua incidência, racionalizando e restringindo a sua aplicação. Por fim, analisa-se brevemente o limite à aplicação do princípio da proteção da confiança imposto pela reserva do possível.

Palavras-chave: Segurança jurídica; Expectativas legítimas; Proteção da confiança.

Introdução

As atividades humanas dependem de certa medida de segurança e estabilidade. Em que pese seja impossível esperar certezas absolutas em toda atividade que se empreende, a completa incerteza, por outro lado, impede a atuação dos sujeitos.

Por essa razão, as normas que compõem o ordenamento jurídico tentam garantir a segurança e previsibilidade das relações jurídicas. No âmbito do

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado.

Este artigo foi construído a partir do trabalho de conclusão de curso “Mecanismos de proteção das expectativas legítimas no caso da rescisão da coisa julgada material”, apresentado na Universidade Federal da Bahia em 2012, sob a orientação do Professor Doutor Fredie Didier Jr.

Direito Público, essa assertiva é particularmente verdadeira, tendo em vista o princípio da legalidade que conforma a atuação do Estado em relação aos particulares.

Todavia, não se deve impedir o avanço, a mudança e as alterações na forma de agir do Poder Público. A atuação estatal deve adaptar-se às constantes modificações da sociedade contemporânea. Da mesma maneira que se busca a estabilidade e previsibilidade, não se deseja um engessamento da atuação estatal.

O Estado deve avançar, mas, ao mesmo tempo, as necessárias modificações não podem prejudicar totalmente os particulares que atuaram de acordo com as orientações estatais anteriormente adotadas. Compatibilizar esses objetivos de estabilidade e avanço, aparentemente em conflito, significa impor ao Estado um dever de mudança suave, de alterações racionais de seus posicionamentos, sempre resguardando as expectativas geradas nos particulares pela atuação estatal.

Buscando dar efetividade a esse ideal de mudanças gradativas e suaves, surgiu no seio da jurisprudência alemã o princípio da proteção da confiança. Aplicado nas relações de Direito Público, o princípio busca resguardar o cidadão lesado por alterações na conduta estatal, defendendo as suas expectativas legítimas, criadas em virtude de uma prévia atuação estatal (ARAÚJO, 2009, p. 24-25).

Por meio da aplicação deste princípio, pretende-se proteger o cidadão, que, confiando em um ato do Estado, planeja-se de acordo com essa atuação estatal, sendo posteriormente surpreendido com a revogação ou alteração daquele ato, sua base de confiança. Nessas hipóteses, protege-se a expectativa que tinha o sujeito com a continuidade daquele ato, mantendo a eficácia do ato revogado por algum tempo, de modo a não prejudicar o planejamento feito pelo particular, ou então criando uma regra de transição entre o regramento anterior, em que se fiava o sujeito e a nova orientação estatal, adotando uma posição intermediária para aquele caso concreto e conciliando os interesses de permanência e mudança.

Neste estudo, pretende-se realizar uma breve exposição sobre o princípio, concentrando a análise nos seus requisitos de aplicação prática, de

modo a delimitar seu âmbito de incidência.

1 Origem do instituto

A feição moderna do princípio da proteção da confiança teve sua origem a partir da segunda metade do século XX, sendo construído pela jurisprudência alemã como forma de solucionar diversas situações de quebra de confiança legítima dos cidadãos em relação ao Estado. Inicialmente, contra condutas desleais do Estado, os tribunais alemães passaram a aplicar o dever de lealdade imposto pela boa-fé objetiva, estendendo a aplicação do princípio ao Direito Público (ARAÚJO, 2009, p. 22-25).

A partir desse marco, a posição dos tribunais avançou para delinear e conferir autonomia ao princípio da proteção da confiança, inicialmente empregado como meio para proteger a iniciativa privada de mudanças no planejamento econômico e para impedir a retroatividade de determinados efeitos oriundos da anulação de atos administrativos ilegais que haviam gerado benefícios aos particulares. Rapidamente o âmbito de incidência do princípio se expandiu, alcançando as mais diversas formas de atuação estatal que pudessem atingir os particulares e neles gerar expectativas.

A evolução do instituto culminou na Lei de Processo Administrativo Federal da Alemanha de 1976, que, em seu §48, regulou o modo de proceder no desfazimento de atos administrativos, reservando os incisos II e III para tutelar a forma de proteção da confiança do particular no caso de anulação de ato que lhe garantia efeitos favoráveis. O dispositivo foi um marco, por ter positivado enunciado normativo que visa a garantir eficiência ao princípio da proteção da confiança, uma vez que estipula prazos para a anulação de atos administrativos inválidos que confirmam benefícios aos particulares (ARAÚJO, 2009, p. 27-28)².

Em que pese não seja desconhecido pela doutrina brasileira, aqui

2 Deve-se registrar que o atual art. 54 da Lei 9.784 de 1999, que estipula prazo decadencial de 5 anos para a anulação de atos administrativos de efeitos favoráveis ao particular, inspira-se neste dispositivo da legislação alemã (ARAÚJO, 2009, p. 27).

poucos estudos doutrinários se desenvolveram sobre o tema³. Nos tribunais, sua aplicação é bastante incomum, em razão da tradicional visão dicotômica entre direitos adquiridos e “meras” expectativas de direitos⁴.

2 Fundamento legal do princípio da proteção da confiança

Muito se discute sobre qual seria o fundamento do princípio da proteção da confiança, de onde poderia ser extraído. Existem basicamente duas correntes a respeito do tema: a primeira, que tenta fundamentar o mencionado princípio na boa-fé objetiva; e a segunda corrente, que o entende como sendo derivado de institutos de Direito Público, como o Estado de Direito ou a segurança jurídica.

A primeira corrente entende que o princípio da proteção da confiança imporia ao Estado comportamento segundo a boa-fé objetiva, de modo que seria dela derivada. O Poder Público deveria atuar em conformidade com seu comportamento anterior ou ao menos respeitar atos que, com base nele, tivessem sido praticados quando surgisse o interesse em alterá-lo, numa aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* no Direito Público (MODESTO, 2002, p. 7-10). Aqueles que se filiam a essa corrente extraem esse dever de obediência à boa-fé objetiva do princípio da moralidade, descrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República (GIACOMUZZI, 2005, p. 382).

A segunda corrente extrai o princípio da proteção da confiança do Estado de Direito, ou da segurança jurídica, ou ainda de uma cadeia entre esses princípios. Destaca-se nesta corrente o pioneiro Almiro do Couto e Silva, para quem o princípio da proteção da confiança seria a natureza subjetiva da segurança jurídica (SILVA, 2005, p. 3-4). Neste ponto, o jurista é seguido diversos doutrinadores, como Humberto Ávila, para quem o princípio da proteção da confiança “*uma aplicação ‘subjetivada’ do princípio da segurança jurídica*” (ÁVILA, 2009, p. 396).

Valter Shuenquener de Araújo também entende que a proteção da

3 Cumpre destacar o pioneiro artigo publicado pelo Professor Almiro do Couto e Silva, que já em 1987 discutiu a matéria. O referido trabalho é citado nesse estudo em sua versão mais atualizada.

4 Anote-se que Luís Roberto Barroso, em parecer sobre o tema, traz diversos julgados em que os tribunais pátrios preservaram a confiança legítima dos particulares, ainda que tenham fundamentado suas decisões com base na segurança jurídica ou boa-fé objetiva (BARROSO, 2006, p. 267-269).

confiança deriva da segurança jurídica e do Estado de Direito. Contudo, alerta que, desde que se considere o princípio da proteção da confiança como apto a defender as expectativas legítimas dos cidadãos, perde importância a questão do seu fundamento. A real preocupação do operador do direito que pretenda aplicar a proteção da confiança deve ser a efetivação do princípio. Quanto ao fundamento, é importante apenas que se assegure estatura constitucional ao princípio, vez que a sua aplicação frequentemente implica tensão com outras normas da Carta Magna (ARAÚJO, 2009, p. 56-57)⁵.

3 A tradicional dicotomia entre direitos adquiridos e expectativas de direitos

No direito brasileiro, a doutrina e jurisprudência costumam tentar resolver os conflitos envolvendo posições jurídicas alcançadas pelos particulares com base na visão dicotômica que separa direitos adquiridos de expectativas de direitos. O direito adquirido mereceria tutela por possuir guarida constitucional (art. 5º, XXXVI da Constituição da República), enquanto as “meras” expectativas de direito não deveriam receber tutela, por não ter o direito em si se incorporado ao patrimônio do particular.

O direito adquirido é aquele cujos pressupostos para aquisição já foram plenamente cumpridos, de modo que já se integrou ao patrimônio jurídico do sujeito. A expectativa de direito, por outro lado, é um direito em vias de aquisição (ARAÚJO, 2009, p. 68). Nesse caso, o direito ainda não se englobou ao patrimônio jurídico do particular, pois seus pressupostos aquisitivos ainda não se configuraram integralmente.

Apesar da persistência dessa dicotomia, na prática observa-se a sua incapacidade de solucionar de maneira justa e razoável os diversos problemas de direito intertemporal surgidos em casos concretos. Isso porque as expectativas de direito são agrupadas sem qualquer critério, criando uma vasta categoria que considera como se fossem a mesma coisa a mera esperança de aquisição de um direito, desprovida de fundamentos sólidos, e situações praticamente consumadas, quase iguais aos direitos adquiridos.

⁵ Por fim, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança encontram fundamento no Estado de Direito em nosso ordenamento jurídico (MC na Questão de Ordem na Petição n. 2.900-RS e o relatório para acórdão no Mandado de Segurança n. 24.268-MG).

Para ilustrar as iniquidades que podem surgir ao tentar tutelar as posições estabilizadas exclusivamente com base no direito adquirido, ignorando as expectativas legítimas de direitos, vale utilizar um exemplo⁶.

Imaginemos que uma emenda constitucional promova uma reforma no sistema previdenciário dos servidores públicos, nos moldes daquelas promovidas pelas emendas n. 20 e n. 41, implicando em redução significativa dos proventos que serão recebidos pelos aposentados. Todavia, nessa emenda hipotética, não se criou uma regra de transição com um regramento intermediário entre o antigo e o novo regime, ao contrário das emendas reais mencionadas.

Neste caso, o servidor que preencheu as condições para se aposentar um dia antes da entrada em vigor da emenda não será afetado pela reforma, por já ter o direito adquirido à aposentadoria pelo regramento anterior. Todavia, outro servidor a quem faltava apenas um dia para adquirir o direito de se aposentar seria prejudicado, aplicando-lhe o regramento novo, sem qualquer ressalva. Pensemos ainda em um terceiro servidor, ingressado no serviço público poucos meses antes da entrada em vigor do novo regramento, que a ele se aplicará. A injustiça em tutelar esse caso exclusivamente com base no direito adquirido é evidente. Segundo essa perspectiva, tanto o segundo como o terceiro servidor teriam apenas “meras” expectativas de direitos, igualando em tratamento jurídico situações absolutamente diversas, ignorando as particularidades que distinguem os casos.

Nesse ponto, vale destacar que a segurança jurídica pretende proteger a confiança do particular no Estado, em um sentido amplo. E a confiança do particular não está tutelada apenas na hipótese de que os direitos já incorporados ao seu patrimônio jurídico são respeitados. No exemplo dado, o segundo servidor, que durante toda a sua vida laboral contava com receber certo valor de proventos, verá seus planos ruírem em razão de uma alteração abrupta do ordenamento. Indubitavelmente, a segurança jurídica estaria severamente atacada por essa desarrazoada reforma.

O exemplo proposto demonstra que perceber essa segurança jurídica apenas como garantia de direitos adquiridos é conferir-lhe uma abrangência

6 O exemplo trazido é inspirado naquele trazido por Válder Shuenquener de Araújo (ARAÚJO, 2009, p. 71-72).

demasiado restrita. Busca-se demonstrar que a divisão das situações entre direitos adquiridos e meras expectativas de direitos é insuficiente e deve ser superada. Entende Valter Shuenquener de Araújo que a solução ideal exigiria uma ponderação entre os princípios em conflito, de modo que os diferentes graus de confiança dos particulares receberiam tratamento diferenciado, de acordo com suas particularidades (ARAÚJO, 2009, p. 81).

Assim, desponta o princípio da proteção da confiança como forma de assegurar uma passagem suave entre os comportamentos estatais contrapostos. No exemplo, não se exige necessariamente que se estenda o regime anterior a todos os servidores em vias de se aposentar. Todavia, impõe-se a adoção em seu favor de regras de transição entre o regime jurídico anterior e o novo, assegurando àqueles servidores próximos à aposentadoria um regime intermediário.

Ressalte-se que, embora seja certo que deva haver uma proteção das expectativas de direito legítimas dos particulares, não se pode exigir que elas sejam preservadas com a mesma intensidade que os direitos adquiridos. Neste sentido, Luís Roberto Barroso alerta que, malgrado deva haver uma proteção às expectativas, estas não devem ser resguardadas com a mesma força que os direitos adquiridos. Contudo, deve ser garantido o direito a uma transição razoável (BARROSO, 2006, p. 278).

Deste modo, verifica-se que, no âmbito da proteção das posições jurídicas estabilizadas em decorrência de atos do Estado, o princípio da segurança jurídica apenas se torna devidamente tutelado, recebendo a efetividade que merece, com a proteção das expectativas legítimas dos particulares, sendo insuficiente para tanto a proteção do direito adquirido. Para esta finalidade, é fundamental o princípio da proteção da confiança.

4 Função jurídica do princípio da proteção da confiança

Analisando a questão do ponto de vista do indivíduo, o propósito do princípio da proteção da confiança é garantir a defesa de posições jurídicas consolidadas em razão de um prévio comportamento estatal, que esteja sob ameaça de um novo ato do Estado, em desconformidade com o antes praticado. Busca-se a proteção de situações não resguardadas pelo direito adquirido, mas

ainda assim merecedoras de tutela.

Nesse viés, o princípio gera ao particular um direito de reação em face da atuação do Estado, que contradiz o seu posicionamento anteriormente adotado. Vendo a sua expectativa legítima violada, o sujeito tem direito a reagir, e sua expectativa deverá ser preservada. No dizer de Humberto Ávila (2009, p. 390), o princípio da proteção da confiança é um *“instrumento de defesa de direitos individuais”*.

Ademais, além dessa perspectiva individual, é de se ressaltar que, ao proteger a confiança dos indivíduos nos seus atos, o Estado está também garantindo a racionalidade das mudanças promovidas, com transições suaves que permitem uma adaptação mais tranquila pela sociedade.

As regras de transição, por exemplo, mecanismo constantemente utilizado como concretização da proteção da confiança, servem como “pontes” entre os atos estatais, mitigando a frustração da expectativa daqueles que pautavam sua atuação no ato modificado. Assim, assegura-se, ao mesmo tempo, o desejo de mudança do Estado e a estabilidade e previsibilidade almejadas pelo particular.

5 Condições para aplicação do princípio da proteção da confiança

Analizados os aspectos introdutórios sobre o princípio, resta estudar as condições necessárias para sua aplicação a casos concretos.

Uma boa compreensão desses requisitos de aplicação é essencial para assegurar uma correta aplicação do princípio. Com efeito, não se deve olvidar que, protegendo as expectativas dos indivíduos, busca-se harmonizar mudança e estabilidade. Assim, caso se promova uma aplicação pouco criteriosa do princípio, a atuação do Estado ver-se-á seriamente restringida. Por outro lado, restringir demais a sua aplicação é o mesmo que simplesmente negar-lhe efetividade. Impõe-se, assim, a fixação de parâmetros claros e restritos para aplicação do princípio, delimitando seu âmbito de incidência.

5.1 A base da confiança

O primeiro requisito de aplicação do princípio em exame é a base da confiança, que é, em síntese, o ato ou omissão do Estado que traduza uma

manifestação de vontade real do ente público e que seja apto a gerar uma expectativa legítima. Deve ser um comportamento estatal objetivo para que possa gerar nos particulares uma expectativa legítima, uma manifestação de vontade estatal dotada de um grau razoável de confiabilidade (BARROSO, 2006, p. 278).

Por exemplo, não se pode dizer que um discurso do chefe do Executivo é uma base sólida de confiança, mas uma lei ou um decreto certamente o são.

Deve-se esclarecer que a interpretação quanto ao que seria base de confiança deve ser ampla. Atos do Legislativo, como leis, do Executivo, como regulamentos ou atos concretos que confirmam benefícios ao particular, ou até mesmo do Judiciário⁷ podem ser base de confiança.

Comportamentos reiterados da Administração podem ser considerados base de confiança, visto que os particulares, observando a prática reiterada de atos num determinado padrão, tendem a entender ser correto aquele proceder, mormente em vista da presunção de legalidade dos atos administrativos. Em determinadas situações específicas, mesmo a omissão do Estado pode ser considerada base de confiança, mormente quando reiterada (ARAÚJO, 2009, p. 85).

Segundo Humberto Ávila, parte da doutrina estrangeira acredita que a aptidão de um ato de servir como base da confiança deve partir de uma análise dos seus requisitos objetivos, como a validade. Diferentemente, Ávila defende que, para considerar um ato base de confiança, deve-se realizar um exame sempre casuístico, e não *a priori*. Para ele, o que caracteriza a base da confiança é a sua *“aptidão para servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade e de propriedade e não os requisitos objetivos que ela possua”* (ÁVILA, 2009, p. 398-404).

Assim, na análise da base de confiança, o fundamental não é analisar se a base é válida, de conteúdo claro ou positivo. O importante seria verificar se a base, embora inválida, obscura ou negativa, causou efeitos significativos nos direitos e princípios fundamentais. Uma base de confiança que, apesar de inválida, tenha feito o particular praticar diversos atos com lastro nela,

⁷ Sobre o tema, é indispensável a leitura de parecer elaborado por Luís Roberto Barroso, referência deste trabalho, em que examina a possibilidade da orientação jurisprudencial servir como base de confiança.

realizando gastos e ações irreversíveis, reclamaria proteção dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, por exemplo.

Assim, não se pode excluir, *a priori*, a aplicação da proteção da confiança a atos administrativos inválidos. A ilicitude da base da confiança não deve ser fator excludente da proteção da confiança, mas, sim, um “*elemento da ponderação entre as razões para proteger e as razões para negar a proteção da confiança*” (ÁVILA, 2009, p. 413). Assim, o juízo quanto à aplicação do princípio ao ato inválido é *a posteriori*, ponderando uma série de fatores para se aferir se, no caso concreto, a confiança merece ou não proteção, apesar da nulidade do ato. Com efeito, deve-se lembrar que a aparência de regularidade de um ato inválido pode gerar tanta confiança quanto um ato válido, especialmente em face da presunção de legalidade dos atos administrativos, e tanto o ato estatal válido como o nulo geram reflexos no plano de eficácia que não podem ser simplesmente desconsiderados pelo Estado (ÁVILA, 2009, p. 413).

Mesmo as normas inconstitucionais podem servir de base de confiança. Existe uma presunção de constitucionalidade em favor das leis aprovadas pelo Poder Legislativo que justifica que, na maioria das vezes, os particulares possam nelas confiar até o momento em que sejam reputadas inconstitucionais. Registre-se que, como se presume a compatibilidade da norma legal com o texto constitucional, a obediência a seus comandos é imperativa até a sua decretação judicial de inconstitucionalidade.

Inclusive, Almiro do Couto e Silva defende que, se o ato administrativo baseado em lei inconstitucional não for mais passível de revisão, não será afetado pela decretação de inconstitucionalidade do dispositivo legal de onde extraía fundamento. O fim da possibilidade de revisão do ato sedimentaria a confiança do particular em sua manutenção de forma definitiva, impossibilitando uma desconstituição, que, apesar de atender ao princípio da legalidade, ofenderia a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança (SILVA, 2005, p. 46)⁸.

Ainda quanto à base de confiança, entende Valter Shuenquener de Araújo que seria fundamental que o ato fosse claro ao demonstrar a manifestação de

8 Esse entendimento foi albergado pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, que relatou o Recurso Extraordinário n. 466.546-RJ.

vontade do Estado (ARAÚJO, 2009, p. 85-89). Se o ato é obscuro, não estaria claramente definida a orientação estatal, de modo que isso prejudicaria a sua aptidão para embasar expectativas legítimas.

Diversamente, Humberto Ávila defende que a obscuridade manifestação estatal não pode representar óbice automático para a utilização do ato impreciso como base de confiança. Para o autor, não admitir em nenhuma hipótese a utilização dos atos obscuros como base da confiança seria solução incompatível com o princípio da segurança jurídica e com a moralidade administrativa (ÁVILA, 2009, p. 410-411).

A inconciliabilidade com a segurança jurídica ocorre porque, ao ignorar a confiança depositada no ato obscuro, é gerado um estado maior de insegurança para os particulares. Afinal, o cidadão deve orientar-se de acordo com os pronunciamentos estatais, obscuros ou não. Então, supondo-se que um sujeito, diante de um ato do Poder Público de termos imprecisos, resolva adotar uma das interpretações possíveis daquele ato, confiando que aquele é seu o correto sentido. Caso não seja a sua confiança naquele entendimento possível preservada, será apenas justamente por ter seguido a orientação estatal que considerava correta. Ou seja, será tratado da mesma maneira que o sujeito que simplesmente desconsiderou o ato estatal obscuro. Ensina Ávila que o resultado disso será um desestímulo à obediência de normas com algum grau de indeterminação, causando uma afronta maior à segurança jurídica do que a que seria causada pelo simples respeito às expectativas legítimas do cidadão (ÁVILA, 2009, p. 410-411).

Também a moralidade administrativa seria violada. Afinal, é dever do Poder Público a edição de atos claros e precisos, com conteúdos facilmente apreensíveis pelos particulares, de modo que estes possam, da maneira mais simples possível, concluir quais obrigações e direitos dali se originam. A obscuridade, pois, decorre de um descumprimento desse dever estatal. Assim sendo, ao desconsiderar de maneira automática o ato obscuro como base da confiança, o Estado seria beneficiado pelo descumprimento de seu dever de clareza. Criar-se-ia um estímulo para que o Estado se pronunciasse de maneira imprecisa, visto que posteriormente não teria que resguardar a confiança daqueles que se orientaram de acordo com uma interpretação razoável do ato

não adotada pela Administração (MEDAUAR, 2005, p. 115).

Dessa forma, parece acertada a ponderação feita por Humberto Ávila. Vale ressaltar, todavia, que o jurista leciona que a obscuridade do ato não pode *automaticamente* fazer com que a base da confiança seja desconsiderada. Num exame casuístico, contudo, pode-se concluir que a imprecisão dos termos da manifestação estatal é suficiente para que impeça que ela sirva como base de confiança. Entretanto, a análise da possibilidade ou não de utilização de um ato específico deve partir necessariamente de uma verificação das circunstâncias do caso concreto.

5.2 A existência de confiança no plano subjetivo

Uma importante condição que deve estar preenchida para emprego do princípio da proteção da confiança é a existência real de confiança do particular naquele ato estatal. O sujeito deve ter de fato depositado confiança na manutenção daquela manifestação do Estado, para que possa ser aplicado o princípio, devendo haver a comprovação de que se confiou na continuidade daquele ato.

O desconhecimento da existência do ato, portanto, afasta de plano a possibilidade de emprego do princípio ora tratado. Vale dizer que a presunção de conhecimento do ato em razão de sua publicação na imprensa oficial jamais pode servir isoladamente para justificar o emprego do princípio. Veja-se que o que se exige não é o simples conhecimento da manifestação do Estado, mas também a confiança na manutenção do ato e das suas consequências benéficas.

Por outro lado, não se exige que se tenha certeza da inalterabilidade da posição jurídica estabilizada. Com efeito, segundo Valter Shuenquener de Araújo, *“confiança não existe quando há desconhecimento total e nem diante de uma certeza absoluta. É no meio-termo que ela se situa”* (ÁRAÚJO, 2009, p. 90).

Quando a base de confiança for um ato inválido, é importante que o particular desconheça o vício que o macula. Afinal, em princípio, não poderia o particular confiar na continuidade de um ato estatal que sabia ser inválido ou oriundo de fraude.

Por óbvio, caso o vício do ato derive de alguma forma da atuação do sujeito, este não poderá invocar o princípio da proteção da confiança em seu benefício. Se ele sabia que estava causando a invalidade do ato, está caracterizada a sua má-fé, de modo que não merece tutela.

Registre-se que, caso o desconhecimento do vício seja atribuível à negligência do particular, este não poderá demandar o emprego do princípio da proteção da confiança. Aquele que falta com seu dever geral de cautela equipara-se ao sujeito que tinha conhecimento do vício que maculava o ato (ARAÚJO, 2009, p. 91).

A existência de confiança no plano subjetivo deve partir de uma análise acerca da confiabilidade da atuação do Estado. Deve-se questionar a plausibilidade da confiança depositada pelo particular, interrogando se é razoável que daquele ato se extraíam expectativas legítimas. Para tanto, deve ser realizado um exame de certos aspectos referentes ao ato.

O tempo em que perdurou, por exemplo, pode certamente causar no particular a impressão de que ele se manterá vigente no ordenamento. Quando a confiança for depositada em um ato inválido, a gravidade do vício pode também indicar a razoabilidade da confiança do particular. Por fim, a previsibilidade da alteração daquela manifestação estatal deve ser levada em conta.

A permanência da vigência do ato por um largo período de tempo certamente causa nos particulares a expectativa de sua continuidade. E isso tem grande importância, uma vez que os particulares formulam planos para o futuro a partir da análise da realidade jurídica vigente, esperando a sua manutenção. Quanto mais tempo perdura a vigência do ato estável, mais ações dos particulares são realizadas com lastro naquele ato, sedimentando-se nos sujeitos uma sensação de continuidade. Quanto mais a alteração estatal for comprometer os planos de longo prazo do particular, maior deve ser a racionalidade para revisão do ato anterior (CABRAL, 2011, p. 510).

Vale registrar, contudo, que, malgrado o tempo em que o ato permaneceu valendo tenha relevância para aferir a confiança do particular, um dilatado período de vigência não é absolutamente necessário para a comprovação de que surgiram expectativas legítimas. Com efeito, em determinados casos, o ato

é dotado de tamanha confiabilidade que, mesmo que permaneça vigendo por um período relativamente curto, é razoável considerar que uma expectativa legítima possa ter dele surgido.

A respeito disso, Humberto Ávila destaca que a relação entre a força da base da confiança e o tempo é inversamente proporcional: quanto mais longo for o tempo de vigência do ato, menos força se exigirá da base da confiança; por outro lado, quando o tempo de eficácia do ato do Estado for curto, a base da confiança deve ser mais robusta (ÁVILA, 2009, p. 417). Determinados atos, em razão de sua intensidade e presumida certeza, criam expectativas muito firmes entre as partes, mesmo quando praticados por curto período de tempo. Outros atos, em razão de sua natureza tênue ou ambígua, apenas podem gerar expectativas legítimas, caso acompanhados do fator temporal⁹.

A solidez da confiança do particular também deve ser analisada partindo de um exame da previsibilidade da alteração daquele comportamento estatal. Efetivamente, a possibilidade de alteração de determinados atos do Estado é natural à sua própria sistemática, sendo plenamente possível para o particular prever esta modificação. Decisões, judiciais ou administrativas, podem ser impugnadas por recursos e reformadas por uma instância superior. Já atos legislativos, como leis e emendas à Constituição, são atos dotados de maior estabilidade, e a sua alteração é, em princípio, inesperada. É o que leciona Barroso, para quem *“será relevante saber, para avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de uma futura modificação do ato do Poder Público”* (BARROSO, 2006, p. 279).

Se a base de confiança possuía baixa pretensão de permanência, reduz-se a possibilidade de tutela do cidadão que confiou naquela orientação. Afinal, o princípio da proteção da confiança deve proteger o exercício responsável da liberdade pelos particulares (ÁVILA, 2009, p. 414-415). Se o particular confiou demais em um ato estatal cuja revisão era previsível, não agiu com responsabilidade, sendo pouco provável que mereça tutela. No entanto, o mesmo autor alerta que excepcionalmente a grande possibilidade de alteração

9 Neste sentido, Luís Roberto Barroso que entende que o tempo em que o ato perdurou vigente é um fator relevante para aferir a plausibilidade da confiança do particular, mas concorda com Ávila ao sustentar que tal critério não é absoluto (BARROSO, 2006, p. 278-279).

do ato pode ser compensada por outros elementos, como o largo decurso de tempo de vigência de um ato provisório¹⁰.

Ademais, quando o ato no qual se confiou é inválido, a gravidade do vício de que padece a manifestação do Estado pode ser utilizada como parâmetro para aferir a razoabilidade da confiança do particular. Afinal, erros grosseiros ou vícios muito sérios não costumam passar despercebidos por um sujeito diligente, de modo que há uma tendência de que, quanto mais grave o defeito do ato, mais provável seja o conhecimento pelo indivíduo da mácula na atuação estatal (ARAÚJO, 2009, p. 93). Sendo muito provável que o particular saiba do vício na manifestação do Estado, é razoável que lhe seja negada a tutela da proteção da confiança em razão do seu conhecimento prévio.

Entretanto, registre-se que tal ponderação deve ser feita com bastante cuidado, visto que por vezes uma séria ilegalidade de um ato pode passar despercebida pelo mais diligente dos indivíduos. É possível que o particular desconheça, razoavelmente, um vício gravíssimo que macule um ato, merecendo tutela de sua confiança.

Deste modo, percebe-se que a gravidade da mácula apenas pode servir de indício razoável de que o particular tivesse conhecimento do defeito. No caso concreto, contudo, a situação pode demonstrar que, embora existisse um sério vício no ato, os particulares legitimamente depositaram confiança nele.

Valter Shuenquener de Araújo cita um julgado do Supremo Tribunal Federal no qual se reconheceu que, mesmo diante de uma grave violação à Constituição Federal, é possível haver desconhecimento do defeito e tutela das expectativas legítimas oriundas do ato maculado (ARAÚJO, 2009, p. 94-95). A decisão foi proferida no Mandado de Segurança n. 22.357/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal examinou a situação de diversos indivíduos contratados pela INFRAERO, empresa pública federal, sem a realização de concurso público. No caso em exame, apesar da violação ao texto constitucional na contratação ser extremamente grave, diversos fatores ensejaram a preservação da confiança dos particulares naquele ato e a manutenção das contratações inconstitucionais. Ressaltou-se no julgado que, à época das contratações, havia

¹⁰ É o caso das decisões judiciais que antecipam os efeitos da tutela liminarmente, mas que se mantêm produzindo efeitos por longo período de tempo, e que acabam sendo mantidas em razão da chamada “teoria do fato consumado”.

incerteza no âmbito da doutrina e jurisprudência quanto à necessidade de realização de concurso público pelas empresas públicas. Em outras palavras, admitiu-se que, apesar da gravidade da inconstitucionalidade, era razoável que houvesse desconhecimento do vício.

Também se considerou relevante que o Tribunal de Contas da União tenha, em acórdão proferido à época, convalidado as contratações realizadas, limitando-se a afirmar que as futuras admissões deveriam respeitar a regra do concurso público. Por outro lado, destacou-se que, apesar da não realização de concurso para as contratações, nem por isso elas foram imorais ou impessoais, visto que foi realizado um rigoroso processo seletivo para a escolha dos candidatos aprovados. A finalidade de realizar concurso público, garantia de impessoalidade e moralidade nas contratações, foi plenamente atendida, de modo que não haveria sentido na anulação das contratações.

Registre-se que não se está a dizer que o Supremo Tribunal Federal chancelou uma inconstitucionalidade. Com efeito, a segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva do Estado, fundamentos do julgado, têm assento constitucional. E o que se verificou no caso em discussão um conflito entre duas normas constitucionais, e a solução deveria partir, como partiu, de um exercício de ponderação entre os valores em contenda. Diante das circunstâncias particulares da situação, prevaleceu a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima. Assim sendo, longe de admitir uma inconstitucionalidade, a decisão preservou valores igualmente constitucionais.

5.3 Exercício da confiança através de atos concretos

Para aplicação do princípio da proteção da confiança, há quem entenda que seria necessária a comprovação de que o particular, além de confiar na manifestação estatal (base de confiança), praticou atos concretos lastreados nele. Segundo esse posicionamento, a confiança apenas adquiriria relevância jurídica caso fosse exteriorizada através de medidas concretas (ARAÚJO, 2009, p. 95-97).

Vale pontuar que deve haver uma relação de causalidade entre as medidas tomadas pelo particular e o comportamento estatal, demonstrando

que o particular atuou em razão da existência do ato em que confiava. Assim, se o sujeito começou a realizar um ato e apenas posteriormente adveio uma manifestação estatal que lhe conferia um benefício, ele não merece tutela do princípio da proteção da confiança, pois já havia iniciado a prática do ato antes mesmo do ato do Poder Público (ARAÚJO, 2009, p. 98).

É importante registrar que os atos praticados pelos particulares não precisam ter necessariamente um conteúdo patrimonial, bastando que se demonstre que foram praticados atos calcados no comportamento estatal modificado (ARAÚJO, 2009, p. 99).

Critica-se a exigência desse requisito, em razão da dificuldade prática em se comprovar, em alguns casos, que se realizaram condutas fiadas naquela manifestação estatal. Pode ocorrer de o particular realmente confiar na manutenção de uma orientação do Estado, mas demonstrar que atuou com base nessa convicção é muito difícil.

Seria possível solucionar esse problema por meio de uma ponderação quanto à necessidade de cumprimento desse requisito partindo das peculiaridades do caso concreto. Assim, apesar de em regra se exigir o cumprimento da condição, quando a demonstração do efetivo exercício da confiança por atos concretos depender da produção de prova impossível, esse requisito poderá ser relevado.

Humberto Ávila propõe solução semelhante. Para ele, há uma conexão entre as diversas condições de emprego do princípio em estudo, de modo que a presença menos intensa de uma delas pode ser compensada pela presença mais intensa de outras. Assim, malgrado seja exigida a presença de exercício concreto da confiança, não é absolutamente necessário que essa atuação concreta do particular seja muito intensa, onerosa ou duradoura, desde que outras condições de emprego do princípio estejam presentes em intensidade suficiente para compensar a presença pouco intensa do elemento de exercício concreto da confiança (ÁVILA, 2009, p. 436).

5.4 Comportamento estatal que frustre a confiança

A mais evidente das condições para proteção da confiança é a existência de um ato estatal posterior que modifique aquele anteriormente proferido,

frustrando as expectativas legítimas do particular. Por óbvio, para que lese a confiança do sujeito, o novo comportamento do Estado deve ser desfavorável a ele.

Registre-se que o que se exige é apenas a existência de um comportamento novo que afete um anterior, não sendo estritamente necessário que tal alteração ocorra subitamente (ARAÚJO, 2009, p. 103-104). Não é indispensável, embora seja relevante na maioria dos casos, que a modificação comportamental seja brusca. Afinal, em determinadas situações, ainda que a mudança não seja súbita, este fator temporal não terá qualquer relevância. Por exemplo, quando o sujeito orientou toda a sua vida confiando na continuidade do ato estatal, de forma irreversível, um câmbio nesse ato vai frustrar suas expectativas, seja de forma brusca ou não. Todavia, ressalte-se que, na maioria dos casos, uma modificação no comportamento estatal que não seja súbita vai permitir que os particulares adaptem-se em tempo razoável ao novo regramento.

Por outro lado, ressalte-se que não é toda frustração que justifica proteção da confiança. Afinal, o particular não tem direito subjetivo à manutenção dos atos estatais, sob pena de engessamento da atuação do Poder Público. Por outro lado, quando as mudanças afetarem de forma insignificante os direitos fundamentais de liberdade, propriedade e igualdade, não se justifica a manutenção dos atos estatais desfeitos (ÁVILA, 2009, p. 436-437).

6. A relação entre as condições e a ponderação

Estando presentes todas as condições enumeradas, não pairam dúvidas quanto ao fato de que merecerá proteção a confiança do particular. Ausentes todas elas, por outro lado, não haverá expectativa legítima a tutelar. Questiona-se, contudo, qual é a solução em situações nas quais há um desequilíbrio entre a intensidade com que estão presentes os elementos necessários para emprego do princípio em apreço.

A resposta é dada por Humberto Ávila, que defende que, apesar de ser necessária a presença de todos os elementos, *“a fraca intensidade de um deve ser compensada pela alta intensidade de outro, de modo que, na média, possa ser possível afirmar a densidade mínima dos seus pressupostos”* (ÁVILA, 2009, p. 437-438). Em outras palavras, por vezes um elemento estará presente com

tal intensidade que poderá compensar a fraca presença de outros.

7. O limite imposto pela reserva do possível

Malgrado estejam acima enunciadas as condições para emprego do princípio da proteção da confiança, ainda que todas elas se encontrem presentes num caso concreto, é possível que sua aplicação seja inviável. Isso ocorre em razão do limite imposto pelo princípio da reserva do possível. Afinal, o interesse privado do particular na manutenção do ato que lhe traz benefícios não pode exigir do ente público uma prestação desarrazoada ou que desborde das suas possibilidades orçamentárias.

O limite da reserva do possível exige que a demanda individual não descumpra dois requisitos. Em primeiro lugar, o particular não pode exigir do Poder Público uma pretensão desarrazoada, pois a aspiração de proteção da confiança do particular não deve contrariar frontalmente o interesse público, ultrapassando o que é razoável de ser exigido do Estado. Por outro lado, ao empregar o princípio da proteção da confiança não se deve olvidar que os recursos do Estado são limitados e que devem atender às mais diversas finalidades. Sendo assim, vê-se que também não se pode fazer uma exigência inviável do ponto de vista financeiro, que causaria sérios prejuízos ao erário¹¹.

Assim sendo, além das quatro condições acima vistas, que devem estar presentes para haver a tutela da confiança do particular, não pode a sua pretensão esbarrar no limite da reserva do possível. Tal observação é particularmente importante nos dias atuais, tendo em vista a atuação dos magistrados brasileiros proferindo decisões que desconsideram as reais capacidades estatais de atendimento das demandas individuais.

No entanto, vale observar que, caso se conclua pela hipótese de protetividade da confiança, o ônus argumentativo de demonstração de que o pleito do particular desborda dos limites impostos pela reserva do possível será do ente estatal. Com efeito, caberá ao Poder Público demonstrar porque,

¹¹ Ingo Sarlet também aponta um terceiro aspecto da reserva do possível: deve haver a possibilidade de dispor dos recursos para aquela finalidade (SARLET, 2009, p. 287). De nada adianta que o Estado disponha de recursos para atender à demanda do particular se normas orçamentárias impedirem que aqueles valores sejam utilizados para a finalidade pretendida pelo indivíduo.

em razão do interesse público, a expectativa legítima do sujeito não merecerá tutela. Afinal, é o Estado quem pode dizer se a pretensão do cidadão é financeiramente inviável, devendo produzir prova de suas alegações.

A título de exemplo, cite-se a hipótese de que servidores estaduais demandam o estado, pleiteando que se reconheça a sua legítima expectativa em relação ao recebimento de benefício pecuniário que foi extinto por reforma no regime jurídico dos servidores. O estado, por sua vez, deverá comprovar que, embora as expectativas dos servidores sejam legítimas, o benefício não pode ser mantido, por impossibilidade financeira, porque a sua manutenção levaria a Administração a extrapolar o limite de gastos com despesas de pessoal, previsto no art. 19, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

Conclusão

Estabelecidas as premissas anteriormente expostas, é possível extrair algumas conclusões quanto ao princípio discutido.

Em primeiro lugar, deve-se destacar o seu importante papel de instrumento de proteção de expectativas legítimas, expectativas de direito que merecem tutela como forma de resguardar a segurança jurídica. Por outro lado, conclui-se também que o emprego do princípio deve ser feito de forma criteriosa, preenchidos os requisitos que caracterizam uma expectativa como legítima, merecedora de tutela, a fim de evitar um indesejado engessamento da atividade estatal. Por fim, deve-se observar, sempre, o limite imposto pela reserva do possível, de modo a evitar que se imponha ao Estado uma obrigação desarrazoada ou financeiramente inviável.

Referências Bibliográficas

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

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica no Direito Tributário**: entre permanência, mudança e realização. Tese apresentada para concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico

e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, n. 1, 2006, p. 261-288, abril/junho de 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 de março de 2013.

BRASIL, Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 09 de março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição (MC) n. 2.900-RS. Requerente: Roberta de Leon Valiente. Requerido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de 2003. **Diário da Justiça**, 01º de agosto de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.268-MG. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outros. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2004. **Diário da Justiça**, 17 de setembro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.357-DF. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Sousa e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de 2004. **Diário da Justiça**, 05 de novembro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.546-RJ. Recorrente: União Federal. Recorrido: Marcílio Cardoso de Araújo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça**, 17 de março de 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada dinâmica**: limites objetivos e temporais. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2011. 593 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

GIACOMUZZI, José Guilherme. “Nunca confie num burocrata: A doutrina do ‘estoppel’ no sistema da ‘common law’ e o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37 da CF 88)”. In: **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. “Segurança jurídica e confiança legítima”. In: **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 de maio de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

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 próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (lei nº 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.2, abr/mai/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista-eletronica-de-direito-do-estado>>. Acesso em 21 de maio 2012.