

O Princípio da Proteção da Confiança

*Carlos José de Castro Costa**

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Nacional de La Plata (UNLP). Mestre em relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). Pós-Graduado em Direito pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESUDEPERJ). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da Universidade Iguazu – Campus V (UNIG). Professor do Curso de Pós-graduação da Fundação São José (FSJ). Professor do Curso de Pós-graduação do Centro Universitário Redentor (UNIRENTOR). Professor de Pós-Graduação do Instituto Torres. Professor de Pós-graduação do Centro de Ensino Superior de Vitória (CESV). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Iguazu (UNIG). Autor de diversos artigos científicos. Advogado.

*Celso Gouvêa Ferreira**

Graduando em Direito pela Universidade Nova Iguazu – Campus V Itaperuna- RJ.

*Éden Gattas Lyra**

Analista Judiciário da Justiça Federal do Rio de Janeiro, professor do Curso de Direito da Universidade Iguazu – Campus V, especialista em Direito Civil, Processual Civil e Direito Empresarial, orientador de trabalho de conclusão de curso.

Resumo

O presente artigo tem por escopo demonstrar a necessidade de se enxergar a proteção da confiança como princípio autônomo, e elevar sua natureza à categoria de direito fundamental, de modo que alcance o propósito pelo qual foi instituído e tenha a devida eficácia dentro de nosso ordenamento. Para tanto, é realizada uma análise acerca do seu surgimento, bem como da sua aplicação e seu modo de proteger a confiança, destacando como esse princípio vem assumindo uma forma própria, se sobressaltando de seus princípios-base como boa-fé e segurança jurídica. Traz também a aferição do princípio como fruto do Estado Social, ao se colocar ao lado de outros princípios norteadores da Administração Pública, mas em proteção tão somente do cidadão. O princípio da proteção da confiança há de ser invocado pelo administrado quando este for lesado por mudança abrupta no comportamento administrativo, causadora da quebra da confiança gerada no particular que acreditava no proceder coerente do Poder Público, a fim de que conquiste a manutenção do ato benéfico anterior. Serão abordados ainda os critérios de aplicação do princípio, a fim de dar-lhe maior eficácia quando invocado pelo julgador, de modo a suprir quaisquer lacunas que possam resultar em má utilização do princípio e consequente instabilidade jurídica, afetando os Poderes.

Palavras chave: Princípio da Proteção da Confiança. Legítima expectativa. Confiança Legítima. Direito Administrativo. Previsibilidade do Atuar Administrativo.

Abstract

This work is intended to show a need to see the legitimate expectations as an autonomous principle, and to elevate its nature to the category of fundamental right, so that it reaches the purpose that was founded and due efficacy within our order. Therefore, it is a detailed analysis of its amount, and its application and ways to protect the expectation, highlighting how the principle has taken on its own form, being startled from its basis as good faith and legal certainty. It is also a verification of the principle as a result of the Social State, when putting in the side of other guiding principles of Public

Administration, but in protection only for the citizen. The legitimate expectation principle has to be invoked by the private when this to injured by abrupt change of administrative behavior, breaking the genuine expectations from who that believes in the coherent act of Public Power, an end that achieves a maintenance for the profitable act. Criteria for applying the principle will also be said, an aim of greater effectiveness when in the hands of the judge, so that provision any gaps that may result in misapplication of the principle, and consequent legal instability and affecting to the Powers.

Keywords: Principle of the Protection of Legitimate Expectations. Legitimate expectations. Legitimate Confidence. Administrative law. Predictability of Administrative Operate.

1 Introdução

No presente trabalho, além do levantamento histórico acerca do seu surgimento, também buscou-se demonstrar a importância do princípio da confiança na defesa do cidadão prejudicado pelo atuar administrativo, quando pautado na incoerência e na falta de previsibilidade. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o particular acaba ficando desamparado já que a Administração Pública se utiliza do Princípio da Legalidade ou da Supremacia do Interesse Público para rever seus atos em prejuízo do administrado. Daí o surgimento do princípio da confiança legítima para resguardar a confiança depositada pelo particular nas condutas administrativas, de modo que se estabilize o ato para manter a condição favorável até então verificada com o mesmo.

Em seguida, será traçada a origem do princípio da confiança legítima, abordando desde o contexto histórico, passando pelos sobre-princípios que o originaram, até a sua roupagem atual.

Na sequência, as nuances do princípio, desde os seus requisitos de aplicabilidade – e conseqüente graduação numa escala de intensidade –, aos óbices à sua utilização, no caso concreto, ao ser avaliado e ponderado pelo julgador.

Por fim, menciona-se seu patamar normativo e aporte constitucional, valendo-se de sua natureza oriunda do Estado Democrático de Direito e as maneiras de se proteger a confiança no ordenamento.

É certa a mutação constante dos costumes de uma sociedade, e o Direito deve acompanhar essas mudanças. Por vezes, alterações repentinas no comportamento estatal já enraizado podem quebrar expectativas genuínas criadas pelos administrados,

gerando instabilidades jurídicas, sociais e econômicas, afetando direta e negativamente o particular.

O homem precisa se planejar ao longo de sua trajetória. O Estado, através de normas e artifícios, consegue incentivar ou coibir a prática de condutas e atividades. Portanto, o administrado necessita tomar conhecimento sobre como o Poder Público vem agindo diante de determinado fato antes de promovê-lo.

Diante disso, fazem-se necessárias e essenciais, para a vida em um Estado Democrático de Direito, a preservação de valores fundamentais como segurança, estabilidade, previsibilidade e coerência, a fim de possibilitar o desenvolvimento pessoal e profissional dos cidadãos. Qualquer comportamento estatal que aja diferentemente, sem zelar pelo mínimo de parâmetros de estabilidade e perdurabilidade, acaba por retirar do administrado e da coletividade a capacidade de desenvolvimento, deixando-os desprotegidos e desorientados.

Embora não pertença ao gênero norma, ou não positivado no texto constitucional, ainda que venha a confrontar entendimento que ateste a necessidade de se prezar pela estrita legalidade, a proteção da confiança deve ser alvo de ponderação em prol de se alcançar um bem maior, humano e digno, diminuindo a distância entre a Administração e o administrado. Há, enfim, de se reconhecer o seu valor de Direito Fundamental.

2 O princípio da proteção da confiança

2.1 Surgimento

O princípio da proteção da confiança, também conhecido como princípio da confiança legítima é mais antigo do que se possa pensar. Tendo amadurecido durante séculos até tornar-se alvo de estudo em meados do séc. XX e ganhar o apelo jurídico.

Um caso relevante ocorreu na França em 1922, chamado de *Arrêt Dame Cachet*. Uma lei de Março de 1918 indenizava proprietários de imóveis locados por beneficiar locatários carentes com uma isenção de parte do custo do aluguel. *Madame Cachet* requereu sua indenização, mas esta só lhe foi paga parcialmente. Diante disso, inconformada, contestou tal decisão através de recurso hierárquico ao Ministro das Finanças. Além de entender que *Madame Cachet* não estaria albergada pelos preceitos

dessa lei, o Ministro revogou a indenização fracionária que ela havia recebido. Novamente questionou-se o ato e o caso foi ao *Conseil d'Etat*, que não entrou no mérito da indenização, mas revogou o parecer do Ministro por violar os direitos adquiridos por *Madame Cachet* em virtude da primeira decisão da Administração que os concedera.

Esse breve caso demonstra dois pilares jurídicos em confronto: a necessidade de se resguardar o princípio da legalidade e a primordialidade da estabilização das decisões individuais, da qual se espera encontrar o equilíbrio.

O caso mais aparente, o qual possibilitou várias discussões acerca do tema e responsável por embasar julgados semelhantes por toda a Europa, é o da viúva de Berlim.

Esse *leading case* trata de decisão do Tribunal Administrativo Superior de Berlim, em 14 de novembro de 1956 sobre o episódio da viúva de um funcionário público alemão. Ela recebera um informativo oficial de que faria jus a perceber uma pensão do governo alemão e para tanto deveria se mudar da Alemanha Oriental (República Democrática Alemã, sob o domínio soviético) para a Alemanha Ocidental. E assim, mudou-se e começou a receber o benefício, até que cerca de um ano após, a Administração revisou o ato de concessão, sustou sua paga, além de exigir-lhe restituição dos valores pagos, baseando-se na afirmação de que os requisitos não foram satisfeitos.

O Tribunal Superior se posicionou no sentido de manter a pensão, com base na ponderação de princípios, alegando que o confronto entre a legalidade e a legítima confiança gerada na viúva não deveria ser olhado tão somente sob a ótica legalista, pois exorbitaria, e muito, a esfera da legalidade estrita em diversos outros fatores. O princípio da legalidade não pode ser embasamento para o poder-dever do Estado anular todos seus atos administrativos ilegais tão somente por serem ilegais. A decisão ainda afirmou que o Poder Público deve buscar os fins do Estado Social. Tão logo, essa decisão foi ratificada pelo Tribunal Administrativo Federal alemão, que passou a firmar entendimento nesse sentido.

O cerne dessa passagem é pontualmente reconhecer que a secessão

Administração e privados, Estado e sociedade já não cabem na formulação do Estado Social. Há, portanto, uma relação íntima e bilateral entre os dois gêneros¹.

2.2 Conceito

Em suma, o princípio da proteção da confiança é o olhar social sob a necessidade de manutenção do ato administrativo, ainda que ilegítimo, quando verificada a confiança gerada no particular, sobre fato que afetou sua esfera individual, a fim de que este ato se estabilize.

Nos dizeres de Di Pietro (2009, p. 259):

Na realidade, não existe uma identidade absoluta, ainda que muitas vezes seja difícil a distinção. [...]. O princípio da proteção à confiança protege a boa fé do administrado; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração. O particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com a lei e o direito. Daí a possibilidade de manter os atos ilegais ou de regular os efeitos pretéritos dos atos inválidos.

Muito além dessa concepção, deve-se enxergar tal princípio como uma releitura do Estado (Estado-Social). Assumindo novas roupagens para sistemáticas que pereciam ao se chocar com regras *strictu sensu* (principalmente com a legalidade, base sólida enraizada em nosso ordenamento jurídico).

Há a corrente constitucionalista, que atribui base à confiança legítima na segurança jurídica². E por outro lado, defende a corrente civilista ser o princípio derivado da boa fé, sendo esta a base para seu advento. Conquanto, o mesmo autor aduz que se faz vital perceber que “independentemente do fundamento que se queira dar ao princípio da proteção da confiança, o mais relevante é que ele possa eficazmente desempenhar suas funções na tutela de expectativas legítimas” (2009, p. 56).

Além disso, é preciso notar que o princípio da proteção da confiança possui berço também no direito privado, a saber, no princípio da boa fé. É visível que se pode extrair

¹ Nesse sentido, Vasco Pereira da Silva: “o relacionamento entre a Administração e os particulares já não é mais entendido como um confronto episódico e fugaz de entidades contrapostas, mas antes como uma relação continuada e duradoura entre partes cooperantes” (2003, p. 74).

² Nas palavras de Valter Shuenquener de Araújo, a lógica é: “Estado de Direito — segurança jurídica — proteção da confiança” (2009, p. 54)

a proteção da confiança de institutos tradicionalmente civilistas, como a *suppressio* e a *surrectio*³.

2.3 Princípios Correlatos: Boa-fé e Segurança Jurídica

O princípio da proteção da confiança é, no Brasil, constantemente confundido com o princípio da segurança jurídica, com o da boa-fé, e alvo de utilização como se fossem sinônimos, mas não o são.

A segurança jurídica é um princípio, esteja ele expresso ou não, comum aos ordenamentos jurídicos dos países democráticos. A Constituição pátria, inclusive, não o menciona taxativamente, porém, trata-se de elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. De forma singular, Luís Roberto Barroso sustenta que a segurança jurídica está atrelada a muitos valores, dentre eles a confiança nos atos do Poder Público; a estabilidade das relações jurídicas; a previsibilidade de comportamentos, dentre outras características (BARROSO, 2002).

Subtrai-se dos entendimentos doutrinários acerca do tema, que o princípio da segurança jurídica, se por um lado garante a inalterabilidade de determinadas circunstâncias, por outro assegura a capacidade de prever os efeitos jurídicos de seus atos no futuro. Deste modo, o administrado, conhecedor do Direito, antepõe-se a uma decisão posterior e pratica sua conduta hoje, confiando nessa certeza.

O instituto da *bona fides* oriundo do direito romano, hoje, convertido em boa-fé, é de certa forma associado à proteção da confiança. Além disso, a boa-fé, proveniente do direito privado, é hoje considerada princípio geral do direito, obviamente que devidamente adaptada às realidades do direito público e as peculiaridades do direito administrativo.

A boa-fé, ao reivindicar parâmetros de comportamento pautados na lealdade, cria expectativas legítimas aos interessados, expectativas que superam a boa-fé simplesmente e encontram pontos comuns à moralidade, à lealdade, até culminar na proteção da confiança. Inegável enxergar a boa-fé como um dos alicerces da confiança legítima. Justamente por isso, é visível em nosso ordenamento a utilização desse

³ A *suppressio* ocorre quando há uma demora desleal no exercício de um direito por parte de seu titular, criando para a outra parte confiança razoável para que aquele direito não mais lhe seja exigido. Do outro lado dessa mesma moeda, a *surrectio*, ou seja, o surgimento de um direito pela prática de condutas reiteradas, favorecendo quem depositou total confiança na frequência de certo comportamento (Dickstein, 2010).

princípio aplicado erroneamente ao invés de se utilizar o outro, e atingindo resultados equivalentes, desmedidas são suas semelhanças e propósitos.

Esta tênue relação é igualmente identificável quando invertemos o olhar, e notamos que a mera violação da confiança ou expectativa numa relação jurídica é o bastante para ultrajar a boa-fé.

3 Aplicabilidade

Para satisfazer o uso ideal do princípio é necessário se ater aos detalhes quanto à especificação dos fins, garantindo, através da interpretação razoável, ponderada, e coerente, que ele possa exercer o papel integrador de princípio e garantir a previsibilidade do atuar administrativo.

É estritamente necessário observar parâmetros para o bom desempenho da ordem jurídica. Para o exercício da proteção da expectativa legítima do administrado, não é diferente. Os pontos a seguir descritos esclarecem premissas que devem ser respeitadas e consideradas, a todo instante, na avaliação do caso concreto, de modo a sempre se garantir o arranjo jurídico-social equilibrado.

3.1 Requisitos

O princípio da confiança legítima é o resultado do enfrentamento da estabilidade e segurança jurídica com a mutabilidade das decisões. Ao preencher as lacunas deixadas pela boa fé e pela segurança jurídica, o aplicador deste mecanismo deve estar atento à adequação da subjetividade desse princípio ao caso concreto. Afinal, deve-se antes de proteger, identificar a confiança a ser resguardada, a fim de que se cumpram os propósitos deste instituto de reconhecida função social.

Os critérios para sua aplicação devem ser obrigatoriamente traçados. De modo que, já que a Constituição Republicana não delimitou suas arestas, resta orientar-se pela jurisprudência firmada, com o propósito de se resguardar uma sistemática congruente, um modo de agir pautado na justiça, para que a ferramenta criada para reafirmar a estabilidade jurídica não perca sua razão de ser e finde por inverter seu escopo e fabricar insegurança jurídica (SIMONETTI, 2017).

O primeiro dos quatro elementos imprescindíveis ao princípio germânico trazido

ao nosso ordenamento jurídico pela doutrina, pacificado no meio acadêmico, é a base da confiança, também conhecida no direito comparado como “condição fática da confiança” – em tradução aos termos em francês e em alemão respectivamente, “*condition de fait de la confiance*” e “*Vertrauenstatbestand*”.

Essa característica resume-se na primeira atuação da Administração, aquela na qual se cria uma expectativa de direito e, para tanto, lê-se atuação como uma conduta comissiva ou omissiva (ARAÚJO, 2009). Essa expectativa criada baseia-se tanto na manutenção de uma situação ou condição, quanto em uma atuação futura da Administração em perfeita harmonia com a atuação anterior (LOPES, 2011).

Tem-se essa condição fática da confiança como primeiro pilar de uma cadência de episódios de sequência inalterável. Pois o ato inaugural é obrigatoriamente precedente ao surgimento da confiança legítima. Coerentemente, não há de se invocar o princípio para assegurar perspectivas antecedentes à base da confiança que lhe ampara.⁴

Naturalmente, o ato administrativo é uma ilustração mais palpável da base da confiança. Mas devemos entender que a aptidão de gerar a confiança pode surgir a partir de qualquer manifestação da Administração, omissiva ou comissiva, não comportando, absolutamente, um rol que traga a totalidade de condutas administrativas criadoras de confiança.

Cabe acrescentar que o ato administrativo não deve ser tomado apenas na função administrativa típica, qual seja, oriunda do Poder Executivo, mas sim toda e qualquer atuação proveniente de quaisquer dos três poderes. Pode-se afirmar, então, que o Poder Legislativo, ao desempenhar sua função administrativa, é plenamente capaz de produzir confiança para o particular (BANDEIRA DE MELLO, 2008).

Contudo, é preciso entender que o particular, em suas condutas, não gera legítima confiança à Administração. A ideia é que o princípio suporte tão somente o cidadão, mas de forma alguma possa ser invocado em defesa dos interesses do próprio Estado. Eis que se revela mais uma diferença entre este princípio e a Segurança Jurídica:

⁴ “ADMINISTRATIVO. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA. CURSO DE MEDICINA REALIZADO POR ESTRANGEIRO NO SEU PAÍS. REVALIDAÇÃO AUTOMÁTICA. INCAMBIMENTO. Tendo o autor, estrangeiro, cursado faculdade em seu próprio país, não estando, presumivelmente, submetido às mesmas eventuais agruras a que se sujeita um estudante transnacional, graduando-se, inclusive antes da edição da referida Convenção, não é aplicável a proteção da confiança, que vem estribando a concessão de antecipação em outros casos.” TRF4, AG nº 200504010478812, Quarta Turma, Rel. Des. Márcio Antônio Rocha, publicado em 08/03/2006.

esta última, de maneira oposta, pode ser invocada por qualquer das partes. Ademais, o ato indutor de expectativa não necessita ser lícito, até porque, ainda que viciado em sua origem, goza de presunção de legitimidade, apto a criar confiança. Assim, uma mera mácula no ato da Administração não é capaz, por si só, de afastar a aplicação do princípio da proteção da confiança.

Há, dentro da base da confiança, algumas configurações que devem se mostrar presentes, não como requisitos a serem avaliados a fim de identificar a ocorrência ou não do princípio, mas como elementos que se destacarão na medida da sua presença no caso, aferindo sua intensidade. Um deles é a individualização da base, maior intensidade, maior chance em gerar expectativas no particular atingido⁵. Outro critério a se observar é do grau de vinculação. Atos de eficácia externa, direcionados aos administrados, tendem a possuir maior vinculatividade normativa que os atos de eficácia interna, como uma mera circular administrativa, por exemplo. O terceiro critério é a aparência de legitimidade da base, na qual se avalia a presunção de validade desta. Para aferir essa presunção, leva-se em conta o grau hierárquico de quem produziu o ato, ou a quantidade de integrantes responsável por ele. Desse modo, mede-se a estimativa de estar em consonância com o Direito, e, por consequência, mais crível e capaz de estimular o particular será o ato.⁶

O grau de modificabilidade da base tem a dizer sobre a pequena ou grande possibilidade de duração da atuação. Atos que passam a ideia de duradouros geram maiores expectativas que os atos de caráter transitório. Dessa maneira, tendo o particular ciência da possibilidade de alteração da conduta administrativa, a confiança a ser protegida é menor, uma vez que o administrado se encontra alertado. Isso ocorre com os atos administrativos precários, cuja perda de vigência e eficácia é conhecida de antemão.

O segundo elemento protagonista como requisito é a própria confiança, ou seja, o aspecto subjetivo do administrado em face da base da confiança. A partir do conhecimento que tem dessa base, o particular planifica sua vida pautada em futuras

⁵ Nesse sentido, orienta Humberto Ávila “quanto maior a proximidade entre o Poder Público e o cidadão, maior a lealdade que se cria, e tanto maior será o engano com a modificação posterior” (2011, p. 392).

⁶ Esse entendimento já é aparente em nossa jurisprudência desde 1997, cabendo citar o REsp nº 47.015/ SP, na qual o STJ se manifestou da seguinte forma: “Se o suposto equívoco foi causado pela própria Administração Pública, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição.”

estimativas de ações da Administração. Esse conhecimento advém de qualquer meio: intimação pessoal, publicação, e a observância da atuação administrativa.

Como visto anteriormente, as condutas aptas a criar expectativas legítimas a um cidadão não são restritas a ponto de serem enumeradas. Pelo contrário, são complexas e indetermináveis. Por isso, encontra-se uma perspectiva deveras coerente, apoiada principalmente por autores europeus como Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, e Sylvia Calmes, a qual não se deve descartar desta alçada, como por exemplo, as promessas verbais e as condutas internas da administração que se tornem um protocolo ou hábito administrativo. Embora não sejam voltadas ao público geral, essas condutas acabam por criar o dever de coerência na Administração quanto a seus destinatários, tendo suporte também no princípio da boa administração.

Para que a confiança como elemento se faça presente, nada diferente se pode esperar além de uma sólida boa-fé com relação à base, de modo que se acredite fidedignamente na perenidade do ato e de seus resultados. Outro aspecto a se observar é a congruência e adequação da expectativa, pois não há que se proteger situações plenamente ilegítimas.

Há um ponto complexo em relação a isso quando vislumbramos um caso em que o particular tem conhecimento da ilicitude da base da confiança, pois esse fator pode promover a inaplicação do princípio. E esse conhecimento é um critério que diminuirá a intensidade da base da confiança.

Mais uma vez, destaca-se o tempo como um fator importante, pois é uma ferramenta que reforça a “aparência de legitimidade” e maquia uma desconfiança de eventual ilicitude.

Na contramão opera o particular que age de má-fé, conhecendo vício grave ou concorrendo para a ilegalidade, a qual resultará em total ausência de confiança. Não será plausível que se peça a manutenção do favorecimento, com base no princípio, após a Administração retificar o ato por ciência da desonestidade do administrado.⁷

A necessidade de o particular praticar atos comissivos ou omissivos apoiado nas expectativas criadas é o terceiro elemento basilar.

⁷ A legislação brasileira tutela de forma eficaz a questão da má fé, em Lei 9.784/99, Art. 54. “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Este é um requisito que não soa unânime na doutrina. Uma das divergências doutrinárias, por exemplo, é apontada por Pedro Moniz Lopes, que suscita ser o efetivo investimento na confiança inicialmente irrelevante. Ele ainda traça, em oposição, que se fosse preciso apurar um dano, excederia a esfera da proteção da confiança e adentraria na seara da responsabilidade civil, restando o objetivo de configurar e mensurar o quantum indenizatório. E por isso, este elemento só deve ser utilizado quando houver conflito deste com outros princípios, como premissa em favor do particular que confiou na atuação administrativa, de modo que a simples ausência de investimentos não exonera o Estado do dever de coerência (2011, p. 258).

Na contramão, parte oposta da doutrina não vê na crença elementos suficientes para caracterizar a legítima confiança, necessitando, pois, de realizar investimento na base da confiança. E somente assim, exteriorizada a confiança, se concretizaria esse vínculo entre o particular e o ente estatal.

O exercício da confiança é a evidência de que o particular norteou suas atitudes com base nas expectativas geradas pela administração. Afirma Valter Shuenquener de Araújo, “o princípio da proteção da confiança não serve como um fim em si mesmo, mas tem a função de proteger as medidas adotadas pelo particular titular de uma expectativa legítima” (2009. p. 68).

Deste modo, havendo o administrado sido alvo de conduta estatal, confiado em seu teor, mas não materializado sua confiança através de alguma exteriorização, depreende-se que o Estado não encontraria óbice ao realizar qualquer alteração de suas condutas, estando pautado, inclusive, na razoabilidade.

Situação análoga já foi alvo de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual, após concessão de licença para construir, sobrevieram restrições criadas por lei, e restou decidido que “se a obra ainda não foi iniciada, a restrição é válida”⁸.

Percebe-se a partir de então, que o investimento na confiança é mais amplo do que apenas atos de execução, somando-se a esses também os atos preparatórios, que caracterizam de forma contundente o exercício dessa mesma confiança para com o comportamento administrativo. Se tomarmos o exemplo acima, na qual autorizada a construção, e ainda não iniciada quando adveio restrição, e hipoteticamente

⁸REsp nº 103.298/PR, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17/11/1998.

acrescentarmos que o particular tenha tomado providências contratando serviços arquitetônicos ou de engenharia, seria plenamente razoável que obtivesse suas expectativas tuteladas, ainda que em âmbito reparatório.

Sylvia Calmes não o reconhece como elemento caracterizador da confiança, mas adverte que é um aspecto que não deve passar despercebido pelo julgador. Esta autora salienta que a concretização da manifestação é mera exteriorização da própria confiança, que se constitui de sentimento subjetivo e intrínseco. A carência do investimento não deve ser considerada no sentido de declarar a inexistência da confiança, mas sim como pedra fundamental em oportuno embate ante outros princípios, através da graduação da base a fim de se comprovar a confiança legítima e tutelar suas expectativas.

Alguns casos, como o da licença para construção, é esperado que o particular, ao obter a licença, inicie uma obra. Afinal, o objetivo da licença é exclusivamente esse. Porém, algumas outras situações não são tão simples, as quais o administrado nada pode investir nas “esperanças fundamentadas”. Tem-se, por exemplo, o servidor que espera que sua aposentadoria seja concedida em determinado patamar, conforme o Poder Público firmou comportamento em casos idênticos, ainda que sob interpretação equivocada da lei. Não há que se exigir um investimento deste cidadão no exercício da confiança, que contraia dívidas ou faça aplicações financeiras com base em futuro vencimento que espera fielmente obter. Não se pode afastar a incidência do princípio apenas porque o particular possuía postura econômica e mantinha suas despesas um tanto abaixo de seu provento. Ou seja, esse comportamento não implica ausência de confiança.

O último elemento consiste na conduta administrativa contrária à postura anterior, responsável por frustrar a expectativa criada pela base da confiança.

Isso ocorre quando a Administração Pública, mediante ato administrativo, concede uma condição benéfica ao particular e sobrevêm a revogação ou a anulação deste ato, o que configura a própria frustração da confiança. Situação equivalente acontece quando o Poder Público não cumpre suas promessas ou altera bruscamente seu comportamento habitual em matéria específica, abdicando seus precedentes sem justa razão.

Quando a Administração age em conformidade aos seus atos e entendimentos costumeiros, mantendo uma coerência, cumprindo as expectativas criadas por ela mesma, ela está agindo em consonância ao princípio da confiança legítima.

Deste modo, caso venha a praticar comportamento diverso do esperado, gerando prejuízos para o particular, frustra-se exatamente a confiança criada anteriormente. Nessa hora surge a frustração, não como exigência fundamental para aplicação do princípio, mas como artifício contra a própria Administração, que será confrontada e terá de provar motivos suficientes para a satisfação do interesse público para legitimar seus atos (CALMES, 2001, p. 395).

A partir dessas observações, infere-se que a frustração é o elemento responsável por suscitar a utilização do princípio, peça derradeira para justificar a quebra da expectativa legítima.

3.2 Possíveis Óbices ao seu Reconhecimento

3.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, umbilicalmente ligado ao Direito Administrativo, é regularmente apontado pela doutrina como empecilho à aplicação do princípio da confiança legítima. A legalidade é o farol pela qual se orienta o agir da Administração Pública⁹.

Esse importante princípio se destina a, antes de qualquer outra coisa, proteger o cidadão de arbitrariedades cometidas pelo Estado, de modo que qualquer ato que não se enquadre nos limites legais, torna-se antijurídico, desalinhado com o Direito. Existe a noção amplamente atribuída ao Estado Liberal, na qual a Administração Pública somente deve atuar dentro das demarcações legais, sendo-lhe vedado ir de encontro ou além dos preceitos normativos.

Destarte, enxergam-se duas potenciais divergências quanto à aplicação do princípio da confiança legítima. A primeira delas se dá ao reconhecer que atos terminantemente ilegais são aptos a produzir esperanças legítimas nos administrados, e em razão disso podem ter seus efeitos preservados. A segunda dissonância é a própria vinculação administrativa às condutas e comportamentos geradores de expectativas,

⁹ Miguel Seabra Fagundes, pontuou nessa mesma linha ao afirmar que “todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade” (1984, p. 80).

isto é, há, a partir de então, uma limitação dos poderes legais administrativos em razão da prática de atos autovinculantes do Poder Público.

Essas percepções estão um tanto quanto enfraquecidas, ao menos com base nos entendimentos jurisprudenciais atuais, visto que o Judiciário não se limita mais tão somente à estrita legalidade a que nos remete ao Direito Romano, esse entendimento é bastante mitigado e nos devolve a ideia de Estado Social e Estado Democrático de Direito. Esse positivismo legalista conduziu ao que Paulo Otero chama de 'divinização da lei', não tolerando que aplicadores do direito tivessem livre convencimento para decidir, senão a aplicação fidedigna da lei. Entretanto, esse posicionamento mudou com a quebra do paradigma da legalidade.

Reconhece-se, portanto, que o princípio da legalidade assumiu nova roupagem, a saber, o princípio da juridicidade, tão abrangente que propõe que a Administração não atue pautada unicamente em leis formais, mas sim levando em conta o Direito como um todo, desde a Constituição – como norma mais importante –, a atos e regulamentos. A hermenêutica entende essa evolução como uma reconciliação do Poder Discricionário com o Direito.

Desta forma, a Administração Pública deixou de se sujeitar às formalidades legais, para ser submetida ao Direito em sentido amplo, inclusive à própria Constituição e seus preceitos fundamentais. Desse entendimento nasceu o princípio da juridicidade, a abarcar o ordenamento como um todo.

A doutrina aponta que, se por um lado a proteção da confiança retifica a legalidade, pelo outro esta última institui limitações à confiança legítima. É algo admirável pensar que princípios, em tese, opostos, possam ser aplicados sem que um enfraqueça perante o ordenamento, coexistindo em plena convivência, cada um à sua ocasião, mas como o diálogo das fontes.

Portanto, o olhar sobre a legalidade deixou de ser o agir cego à lei, para atender à Constituição, aos seus princípios e garantias fundamentais. E dentro desta seara de princípios constitucionais, insere-se a confiança legítima de modo implícito, mas a fim de cumprir o papel social do Estado.

3.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Para a doutrina moderna do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é uma máxima que se traduz em priorizar o interesse da coletividade sobre o interesse do particular, a fim de que este último saia beneficiado, ainda que indiretamente, ao garantir uma ordem social perdurável, na qual todos os cidadãos sintam-se protegidos e amparados. Di Pietro (2008, p.64) afirma que o particular há de se submeter e suportar certos ônus com o intuito de proporcionar o bem coletivo. Acrescenta ainda que as normas de direito público têm esse objetivo imediato, protegendo o particular de maneira mediata.

Essa compreensão do princípio da supremacia, se utilizada indistintamente, é antagônica ao princípio da confiança legítima, vez que este último sustenta a valorização da confiança criada pelo particular em razão de atos da Administração.

Pela ótica clássica do Direito Administrativo, o princípio da proteção a confiança seria claramente atentatório à liberdade da Administração de tutelar o bem comum à sua maneira, devendo, em vista disso, o cidadão suportar o ônus de eventuais mudanças por conta do interesse coletivo, já que o particular não possui posição jurídica concretizada ou direito adquirido, tão somente conta com a “mera expectativa”¹⁰.

Com base em um histórico desfavorável, subtrai-se que os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque no constitucionalismo brasileiro, ideia já comum na Europa, que torna inviável adotar regras de superioridade absoluta do coletivo sobre o individual. Ou seja, não se pode entender que, a todo e qualquer custo, o interesse coletivo prevalecerá sobre o interesse privado.

Ante isto que foi explanado em todo o desenvolvimento do trabalho, é fácil visualizar que a Administração Pública pode, ao mudar o sentido de seu comportamento, com uma mera justificativa genérica pautada no “interesse público”, quebrar o seu dever de atuar com boa-fé e coerência, e frustrar as legítimas expectativas geradas no administrado, sem realmente estar devidamente pautada no interesse público. Desta forma, o interesse público deve ser encarado da mesma maneira que o interesse privado, de modo que haja uma justa ponderação entre os dois. Ao se

¹⁰ Contesta Marçal Justen Filho (2010, p.117) “a história brasileira evidencia que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público têm sido invocadas, com frequência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática”.

manifestar em prol do bem comum, o Estado deve, antes de tudo, avaliar os riscos e as consequências causadas às situações individuais relacionadas àquele atuar. Ao mesmo tempo, considerar que a confiança de indivíduos afetados merece proteção.

Num primeiro momento, enxergamos que o interesse público suscita sempre a restauração do estado de legalidade, com a invalidação do ato viciado. No entanto, essa invalidação pode acarretar em mais prejuízos ao particular, ou à Administração Pública, que a simples manutenção do ato. Uma das consequências, por exemplo, pode ser o dever de indenizar o cidadão por circunstancial investimento produzido.

O interesse particular deve ser analisado em duas ocasiões. A primeira delas é quando da efetuação do aparente interesse público, dentro do qual há necessidade de estar inserido o interesse individual dos possíveis prejudicados, examinando se o interesse público verdadeiramente dá azo a possível ofensa à situação destes. O segundo momento seria quando houvesse o confronto direto dos interesses coletivo e privado, do qual há de se refletir se o primeiro deve prevalecer em razão de sua “supremacia”, resguardando permanentemente os direitos fundamentais. Afinal, o interesse público só pode prevalecer sobre o privado, judicialmente, nos casos concretos, e jamais de modo abstrato, absoluto, e invencível, enquanto princípio (OSÓRIO, 1999, p. 75).

Faz-se necessário ponderar os institutos em cada caso para que se chegue a uma resposta justa e ideal.

Finalmente, é sabido afirmar que o respeito às expectativas dos cidadãos é maneira de atender ao próprio interesse da coletividade, julgando pela necessidade de se preservar a segurança jurídica nas relações públicas.¹¹

Ao se comportar adotando condutas providas de previsibilidade e segurança, que são medidas de tutela da confiança, automaticamente se estreita a interação e os laços entre Administração e administrado, brindando o Poder Público com legitimidade e insuspeição, o que, sem o menor exagero, atende ao interesse público.

¹¹ De acordo com Rafael Maffini (2006, p. 75-76):[...] não seria exagerado afirmar, nesse sentido, que a proteção da confiança realiza, a um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à segurança jurídica e ao Estado de Direito)”.

4 Valoração normativa e modos de proteção substantiva da confiança

4.1 Suporte Constitucional

Ao revés do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, o princípio da confiança legítima não foi albergado expressamente pela Constituição Federativa do Brasil de 1988. Ou seja, não há proteção expressa a este preceito. O que, num olhar impreciso, parece demonstrar que a Magna Carta reclina a proteção jurídica à confiança legítima, por ter formalizado outras situações afins, mas não a proteção da confiança. Embora o formalismo exija, a intenção desta tônica é reforçar a visão do princípio especialmente atrelado ao direito fundamental, ciente da diferenciação entre direito fundamental de aspecto formal e aspecto material.

Para que se enxergue o princípio da confiança legítima como preceito constitucional, é preciso superar a linha de José Gomes Canotilho (2000, p. 377-378), que sustenta que direito fundamental é tão somente aquele positivado em grau máximo. Para tanto, é preciso imantar o princípio ao Estado de Direito e à segurança jurídica. Para Jorge Miranda (2000, p. 10), os direitos fundamentais podem ou não estar positivados, sendo isto apenas um aspecto formalístico, pois, segundo ele, o próprio conceito de direito fundamental não lhe exige forma declarada ou expressa, outorgada pelo legislador.

Este mesmo autor alinha seu pensamento ao de Rafael Maffini, o qual também sustenta que, embora não esteja previsto na Constituição de 1988, o princípio da proteção da confiança é direito fundamental e merece o devido tratamento. Essa conclusão é perfeitamente plausível por se considerar o princípio da proteção da confiança decorrência da segurança jurídica, e como resultado do Estado de Direito.

Os direitos fundamentais estão diretamente associados a uma concepção de Estado mais moderna, inerente à sua própria existência. Atribuídos, inclusive, ao chamado de neoconstitucionalismo, disseminação de valores amparados em regras e princípios constitucionais, que visam a proteger extensamente os direitos fundamentais¹².

¹² O §2º, do art. 5º da Lei Maior traz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A Constituição ainda admite a proteção de direitos e garantias implícitos, logo, a relação da confiança legítima como sobreprincípio da segurança jurídica e direito fundamental é de nítido apelo constitucional.

Ao atribuir o poderio constitucional à proteção da confiança, sua aplicação se torna mais sólida. De modo que só seria coeso confrontar a soberania da Administração Pública com a mesma hierarquia que a constituiu, ou seja, a força constitucional. Sendo assim, é impossível confrontar regras infraconstitucionais, como a legalidade, com outras que estão respaldadas na própria Constituição.

4.2 Os Modos de Proteção da Confiança

O Direito, assim como qualquer outro modelo de organização, traz intrínsecos potenciais, riscos e inseguranças, os quais podem gerar incertezas, injustiças, arbitrariedades e iminente quebra de expectativas. Perceba-se o paradoxo que acompanha a segurança jurídica: o ordenamento jurídico que possui por escopo dar segurança pelo Estado de Direito, em seu atuar, é capaz de gerar inseguranças.

Um novo modelo do direito é idealizado por uma rede entrelaçada, regado pela horizontalidade e policentrismo, ocupando o lugar da pirâmide Kelseniana. Nesse caso, o legislador formal ocupa papel fundamental, mas não mais exclusivo na produção normativa. A rede, então, é composta por fontes informais de produção normativa, e pelo pluralismo.

Nessa visão de Estado de Direito e defesa dos direitos fundamentais, enxerga-se a necessidade e a possibilidade de se advogar em prol do particular legitimamente dotado de esperanças fundadas. Diante dessas frustrações, indaga-se qual seria o ideal proceder da Administração Pública a fim de resguardar o razoável interesse do particular.

Nesse sentido, a confiança pode ser protegida de diversas formas. A mais facilmente idealizada é a permanência do ato que a despertou, mas pode ocorrer também a obediência a procedimento especificado, ou a possível indenização em razão da frustração da confiança.

A manutenção do ato não é possível em todos os casos, visto que pode prevalecer o interesse público sobre o privado, e a forma mais plausível de se sanar a

violação seria uma indenização de caráter substitutivo à benesse extinta.

Patrícia Batista (2007, p. 331) mostra que o Direito traça a incidência do princípio da proteção da confiança de quatro modos eficazes, cada qual a ser ponderado em situação concreta, como ilustra nessa breve colocação:

[...]:(4.1) O estabelecimento de medidas transitórias ou de um período de vacatio; (4.2) a observância do termo de vigência fixado para a norma revogada; a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; a exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação, preservando-se a posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada.

Esses são os quatro aspectos que tutelam a legítima confiança do administrado. Porém elas não serão sempre utilizadas, pois o caso deverá ser particularizado para melhor interesse de ambas as partes, qualquer que seja a parte que prevaleça. Cabe então, oferecer a compensatória indenização, de modo a repor o prejuízo suportado pelo particular que depositou confiança no comportamento estatal.

É antijurídico que o cidadão sofra prejuízos em decorrência de atos da Administração Pública. Em vista disso, não se tornando possível a adoção de um regime de transição justo, ou não se observando o termo de vigência fixado para a norma revogada, ou ainda não sendo possível manter a mesma posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada, haverá a alternativa da indenização (SOUZA, 2014, p. 138).

5 Considerações finais

Tem-se o princípio da confiança legítima como verdadeira exteriorização do Estado Social de Direito, consequência lógica do caráter de horizontalidade que vem sendo concebido pelo Direito moderno ao tratar do administrado e da Administração como partes de uma relação mútua e de maior proximidade, visão policêntrica do Direito.

Revela-se necessário, ainda, a fim de se preservar a coerência das relações jurídicas, graduar a intensidade do princípio de várias formas, de modo a identificar a legitimidade das expectativas e afastar a má-fé do administrado, impedindo que o mecanismo de obtenção de justiça material não venha a se tornar instrumento de

instabilidade jurídica, utilizado de modo arbitrário, sem critérios e banalizado.

Depreende-se, então, que a Administração Pública deve se ater aos seus pilares basilares para efetiva segurança jurídica, mas, sobretudo, zelar pelos princípios da boa administração e coerência, para que se protejam os interesses dos administrados de forma natural, ao agir previsível, e de se pensar nas consequências das mudanças em suas condutas.

A confiança legítima vem proteger o cidadão de mudanças repentinas no comportamento administrativo que venha a ferir e lesar suas legítimas expectativas, seja pela manutenção do ato quando possível, seja pela adoção de medidas compensatórias ou concessão de períodos de transição para o particular se adaptar, pondo em xeque, inclusive, as justificativas genéricas e abstratas dadas pela Administração.

Destarte, prejudicar o interesse particular em nome do interesse público ou da legalidade estrita, sem a efetiva necessidade, mostra-se completamente descabido sob a égide do Estado Social. Ainda que esta opção pareça aos olhos do julgador e intérprete da norma mais conveniente e oportuna, faz-se mister ponderar e graduar, tanto a confiança gerada no particular, como a consequência da mudança de entendimento administrativo, pois o dano ao particular, além de ofender sua esfera individual, acaba ofendendo principalmente a democracia e os princípios gerais de direito.

O papel do julgador, juntamente com os refinamentos doutrinários acerca do tema, são importantes ferramentas na luta por benefícios inerentes ao próprio cidadão. Esse princípio de caráter fundamental, embora não expresso no texto constitucional, tem reafirmado a posição significativa do particular como fonte primária de toda a soberania estatal.

Nesse sentido, o princípio da proteção da confiança excede a hegemonia dos princípios integradores e assume função normativa, na qual impera o princípio que corresponda à busca da justiça material. Afinal, esse é o principal fundamento que torna possível toda a existência, desde a sua origem, do Direito como ciência social.

REFERENCIAS

ARAÚJO, Válder Shuenquener de. **O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009.

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança, e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. 2006 p. 374. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo.
- _____. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE**. N. 11. Jul./agos. 2007 -Salvador.
- _____. **Transformações do Direito Administrativo**. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 103.298/PR. Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgado em 17/11/1998.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de laconfiancelégiteme em droitsu allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DA FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica, e da boa-fé na anulação do ato administrativo**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo -Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36377>>. Acesso em 16/10/2017.
- DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e spressio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1984.
- LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferidas por normas habilitantes**. Coimbra: Almedina, 2011.
- MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Manual do Direito Constitucional: Direitos fundamentais**. Tomo IV. E. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança: A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no Direito Tributário Brasileiro.** 1. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2013.

SARMIENTO, Daniel. **O Estado contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 2003.

SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio da Proteção da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro: Estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA, Guilherme Carvalho e. **A Responsabilidade do Estado e o Princípio da Confiança Legítima: a experiência para o Direito brasileiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.