Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 11 – julho/agosto/setembro de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

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

Profa. Patrícia Baptista

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. A proteção da confiança legítima no âmbito da poder normativo da Administração Pública; 1.1. Os regulamentos: uma base menos sólida para a confiança; 2. A aplicação do princípio da proteção da confiança legítima como limite à retroatividade normativa; 2.1. Retroatividade autêntica e retroatividade aparente; 2.2. A proteção das legítimas expectativas de direito no direito público brasileiro; 3. Requisitos para a proteção da confiança legítima ante o exercício do poder normativo da Administração; 4. Conseqüências da incidência do princípio da proteção da confiança legítima no âmbito do poder normativo da administração; 4.1. O direito a um regime de transição justo; 4.2. A obrigação de respeitar o prazo de vigência fixado na norma; 4.3. A outorga de uma indenização compensatória; 4.4. A preservação da posição jurídica do administrado que confiou; 5. É possível invocar a proteção da confiança ante regulamentos ilegais?

1. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ÂMBITO DA PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma das questões mais contemporâneas do direito administrativo envolve a aplicação do chamado princípio da proteção da confiança legítima. Trata-se de princípio desenvolvido inicialmente pela jurisprudência das Cortes alemãs e que foi acolhido no direito comunitário europeu para, em seguida, ser incorporado aos direitos nacionais de diversos outros países na Europa. De início, tal princípio foi invocado como um limite à revisão dos atos administrativos concretos. Em um segundo momento, porém, a tutela da

confiança legítima passou a ser oposta ao exercício do poder normativo.

Embora a oponibilidade desse princípio ao legislador, como limite ao exercício da função legislativa, suscite controvérsia1, não há como recusar a sua incidência em nível infralegal, frente ao exercício do poder normativo da Administração Pública2. Deste particular enfoque cuidará o presente estudo3.

1.1. OS REGULAMENTOS: UMA BASE MENOS SÓLIDA PARA A CONFIANÇA

Os regulamentos, assim como os demais atos normativos editados pela Administração, constituem uma base menos sólida para a confiança que os atos concretos4. É da própria essência do poder normativo a possibilidade de revogar e de modificar as normas jurídicas com o objetivo de promover a adaptação do ordenamento às novas exigências da sociedade. A adoção de novas políticas públicas e, conseqüentemente, das normas que as veiculam, é uma faculdade inerente à Administração Pública e, por isso, deve integrar a esfera de previsibilidade dos cidadãos5.

Confira-se, a propósito, a decisão do Tribunal Supremo espanhol:

> *"(...) não existe princípio de direito nem preceito legal algum que obrigue a Administração a manter a perpetuidade de todos os regulamentos aprovados, e afirmar o contrário é tanto como consagrar o congelamento definitivo das normas sem possibilidade alguma de modificação, o que é evidentemente insustentável por privar o ordenamento de sua condição dinâmica essencial e a oportunidade e acerto de uma disposição geral é matéria que incumbe aos órgãos administrativos apreciar dentro de uma margem de discricionariedade que esta jurisdição deve respeitar." (STS de 11 de junho de 1996, AR. 5408)6*

---

1 A propósito, v. CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. *Noticias de la Unión Europea*, 2002. Disponível em: <http://www.uimunicipalistas.org/puntos/trabajos>. Acesso em 26 set. 2005, p. 5, nota 10; e GARCÍA LUENGO, Javier. *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, p. 204, 220-1.

2 Como voz isolada em contrário, v. GARCÍA LUENGO, Javier Garcia. *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 193 e 228.

3 Embora o presente estudo não vá cuidar do problema da aplicação do princípio da proteção da confiança legítima como limite ao exercício da função legislativa — tema que apresenta implicações constitucionais específicas —, é certo que muito do que será examinado aqui se aproveita, com as devidas adaptações, àquele domínio.

4 Nesse sentido, v. Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 311. A autora relata, inclusive, que alguns autores chegaram a negar que os regulamentos possam constituir uma base para a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima, em razão da ausência, no caso, de uma relação direta e concreta entre a Administração Pública e o cidadão. Essa posição, no entanto, não prevaleceu (p. 309-10).

5 SCHØNBERG, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law.* Oxford: Oxford University Press, 2000, reprint. 2003, p. 145.

6 *Apud* CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Ob. cit., p. 33. No direito francês, segundo René CHAPUS, há "jurisprudência constante e explícita" no sentido de que "ninguém tem direito adquirido à manutenção de uma disposição regulamentar", a qual "a autoridade pode a todo o momento ab-rogar e

O princípio da proteção da confiança legítima, portanto, não oferece, nem poderia oferecer, uma garantia genérica de estabilidade do ordenamento jurídico. Como demonstra a experiência do direito comparado, na maioria dos casos em que o particular não é titular de uma relação jurídica concreta, mas nutria uma mera expectativa diante de um determinado regime normativo, a tutela da confiança é simplesmente rejeitada pelos Tribunais7. Cite-se, como exemplo, decisão do Conselho de Estado italiano em que se negou proteção à confiança pretensamente frustrada diante de uma alteração nas regras de edificação de uma determinada zona agrícola. Segundo aquela Corte, "nenhuma situação peculiar de confiança do particular poderia (...) ser reconhecida na mera pendência de um requerimento de licença edilícia no momento da adoção de uma mudança na regra. (...) A fortiori, não se pode admitir a tutela da expectativa edificatória do particular no caso em espécie, onde está ausente de todo uma atividade negocial ou um ato da administração."8

Sendo assim, deve-se investigar se, e em que hipóteses, não sendo titular de um direito adquirido, nem estando amparado pela coisa julgada ou por um ato jurídico perfeito, o cidadão pode invocar, com êxito, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima para afastar ou moderar os efeitos da incidência das novas normas administrativas. Esse o tema do qual se cuidará a seguir.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO LIMITE À RETROATIVIDADE NORMATIVA

Se não se pode negar ao Poder Público a faculdade de alterar ou revogar as suas normas com efeitos para o futuro, o mesmo não se pode dizer quando as novas regras tenham como propósito ou efeito alcançar fatos pretéritos ou, mesmo, situações jurídicas em curso. Aqui entra em cena o problema da retroatividade das normas jurídicas.

Especialmente nos direitos alemão e no comunitário europeu, o princípio da proteção da confiança legítima tem sido aplicado nos domínios do poder normativo para resolver questões relacionadas à aplicação das normas administrativas no tempo, sob a ótica da proteção dos administrados9. Nesses ordenamentos, o citado princípio vem atuando como um limite aos diversos

---

modificar". *Droit Administratif Général*. Paris: Montchrestien, 2001., t. 1., p. 1162

7 Cf., por todos, SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Trad. ECSC.EEC.EAEC. London; Sweet and Maxwell, 1992, reimp. 1995., p. 1113-4.

8 Conselho de Estado, 4ª Seção, Apelação n.º 1.250/1996, Comune di Roma *vs.* Eredi Sbardella *et al*., julg. 8 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Acesso em 30 set. 2005.

9 V. MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001, p. 75 e ss.; e SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1119 e ss.

graus de retroatividade normativa10.

Como já se averbou, em tese as normas jurídicas devem vigorar para o futuro. Um bom sistema de direito, dizia Lon Fuller, há de ser constante e evitar leis retroativas. No entanto, o próprio L. Fuller reconhecia que, embora as leis retroativas isoladamente consideradas possam constituir verdadeiras monstruosidades, em algumas situações elas se mostram necessárias e, às vezes, mesmo indispensáveis. Nas suas próprias palavras, "embora o movimento próprio do Direito seja para frente, algumas vezes é necessário parar e voltar para catar os pedaços"11.

Por isso, no direito brasileiro, assim como em vários outros ordenamentos jurídicos, não há uma vedação absoluta à retroatividade normativa. Tirante a vedação à retroatividade penal (art. 5º, XL), a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e, ainda, a garantia da anterioridade tributária (art. 150, III, a), não é constitucionalmente vedada em tese a edição de normas retroativas. Portanto, não é possível afirmar a existência de um princípio geral de irretroatividade normativa12.

Assim, dado que normas retroativas atentam contra a constância e a previsibilidade do ordenamento jurídico, mas, às vezes, são inevitáveis, faz-se necessário estabelecer um regime que, ao mesmo tempo, permita a evolução do direito sem sacrificar a posição do particular que confiou na sua estabilidade. Para atender a esse objetivo, as garantias do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, previstas na Constituição brasileira, oferecem uma proteção apenas parcial e, em alguns casos, insuficiente, como se verá mais adiante. A aplicação do princípio da proteção da confiança legítima, nesse domínio, se presta justamente para aumentar o grau de proteção conferido aos cidadãos. Nas palavras de Federico Castillo Blanco, "o princípio da proteção da confiança serve como um instrumento de equilíbrio que torna possível a irretroatividade sem que esta, por sua vez, cause prejuízo

---

10 Note-se que, no direito público francês, os problemas da retroatividade normativa são resolvidos com base no princípio da irretroatividade construído pela jurisprudência do Conselho de Estado. Ao princípio da irretroatividade a jurisprudência não atribui *status* constitucional, mas sim a condição de princípio geral do direito. Uma grande casuística, porém, envolve a aplicação desse princípio. V. DELVOLVÉ, Pierre. Le Principe de Non-Retroactivité dans la Jurisprudence Economique du Conseil d'État. In: *Mélanges Offerts à Marcel Waline: Le Juge et le Droit Public* (obra coletiva). Paris: LGDJ, 1974. t. 2, p. 368.

11 V. *The Morality of Law*. ed. rev. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 53.

12 Cf., nesse sentido, expressamente, a ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucional n.º 605: "(...) – O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao *status libertatis* da pessoa (art. 5º, XL), (b) ao *status subjectionis* do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, *a*) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). – Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. – As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e irrevogável, o princípio da irretroatividade. (STF, Pleno, Julg. 23/10/91, DJ. 05/03/93, Rel. Min. Celso de Mello). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29 dez. 2005.

aos interesses privados que puderem resultar afetados”13.

2.1. RETROATIVIDADE AUTÊNTICA E RETROATIVIDADE APARENTE

A doutrina aponta a existência de dois graus diversos de retroatividade normativa: a retroatividade própria ou autêntica e a retroatividade imprópria ou aparente14 . Há retroatividade autêntica quando a lei nova retroage para alcançar as conseqüências legais passadas de ações pretéritas. Nesse caso, a lei nova produz efeitos em relação a período anterior à sua entrada em vigor, atingindo fatos e situações que se iniciaram e se concluíram no passado15. Nos casos de retroatividade aparente, a lei nova produz efeitos tão-somente para o futuro, no entanto alcança situações ou relações que se iniciaram no passado e ainda estão em curso. É lógico que esses conceitos não são suficientemente precisos e, em muitos casos, é difícil determinar se uma situação já se concluiu no passado ou não. Porém, de um modo geral, essa distinção é útil à abordagem teórica do tema, razão pela qual dela se aproveitará o presente estudo.

No direito alemão e no direito comunitário europeu, a retroatividade autêntica é, em regra, vedada com base no princípio da proteção da confiança legítima. Como destaca Hartmut Maurer, “o cidadão deve poder confiar (...) que sua atuação, em conformidade com o direito vigente, ficará reconhecida pelo ordenamento jurídico com todas as conseqüências jurídicas previstas originalmente e não será desvalorizada por uma modificação de direito retroativa”16. Mesmo nesses casos, porém, a retroatividade é admitida excepcionalmente quando: (a) a confiança do particular for adequadamente tutelada; ou (b) não existir uma confiança digna de proteção; (c) a retroatividade for benéfica ou, ao menos, não atente contra situações jurídicas individuais; e (d) o propósito de interesse público a atingir com as novas regras demande a sua aplicação retroativa e esse propósito prevaleça sobre o

---

13 *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 198.

14 Não há uniformidade, nem no direito comparado, nem no direito brasileiro, quanto ao emprego dessas designações. Alguns classificam as hipóteses de retroatividade em retroatividade atual e autêntica (v. SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1120), outros em retroatividade primária e secundária (v. BREYER, Stephen *et al*. *Administrative Law and Regulatory Policy*: 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2002, p. 635), ou, ainda, em retroatividade própria e retroatividade *lato sensu*. Uma outra classificação tripartite é, ocasionalmente, invocada pelo STF. Essa classificação divide as hipóteses de retroatividade, de acordo com sua intensidade, em três graus distintos: retroatividades máxima, média e mínima. Há retroatividade máxima “quando a lei retroage para atingir a coisa julgada ou os fatos jurídicos consumados”. A retroatividade média, por sua vez, incide “quando a lei nova atinge os efeitos jurídicos pendentes de ato jurídico verificado antes dela”, isto é, “quando a lei atinge os direitos exigíveis mas não realizados antes de sua vigência, vale dizer, direitos já existentes mas ainda não integrados ao patrimônio do titular”. E, por fim, “a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor”. Nesse último caso, há quem sustente que nem propriamente de retroatividade se trata, mas tão-somente do efeito imediato da lei nova, o que é refutado pelo Min. Moreira Alves citando o exemplo dos contratos. Cf., a propósito, os votos do Min. Moreira Alves e Ilmar Galvão no julgamento da ADI n.º 493. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29 dez. 2005.

15 V. DELVOLVÉ, Pierre. Le Principe de Non-Retroactivité dans la Jurisprudence Economique du Conseil d’État. Cit., p. 357.

16 *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Ob. cit., p. 77.

interesse particular na preservação de sua posição jurídica17.

A questão, porém, é mais delicada nos casos de retroatividade aparente. Nessas hipóteses, sucede precisamente o oposto do que se dá em relação aos casos de retroatividade autêntica: aqui a "retroatividade" é em princípio admitida e apenas por exceção a liberdade do poder normativo poderá ser limitada. De ordinário, pois, a incidência imediata de uma nova regulamentação não poderá ser afastada, já que, como anota Hartmut Maurer, "é essencialmente reduzida" a confiança que o cidadão pode ter na persistência para o futuro de uma regulação que lhe beneficie18. Por isso, o particular deve suportar a aplicação das novas regras sobre as relações jurídicas em curso, ainda não definitivamente constituídas ou acabadas. Todavia, tanto o direito alemão como o direito comunitário europeu reconhecem que a reunião de alguns requisitos poderá levar, mesmo nesses casos, ao afastamento da incidência imediata das novas normas, em razão da necessidade de proteção da confiança do particular: (a) a imprevisibilidade e o caráter súbito da alteração normativa; (b) a existência de uma base objetiva que pudesse ter despertado no particular uma expectativa concreta na estabilidade da regulação; (c) o prejuízo acarretado pela vigência das novas regras; e (d) que a confiança do particular prepondere sobre o interesse público na aplicação das novas regras19.

Uma boa amostra do tipo de argumentação desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) acerca do tema pode ser colhida do julgamento do caso Crispoltoni (caso 368/89). Na hipótese, Antonio Crispoltoni, um plantador de tabaco, reclamou em juízo contra a aplicação de dois regulamentos editados pela Comissão da União Européia em julho de 1988. Esses regulamentos haviam fixado, para a colheita do próprio ano de 1988, preços e quantidades máximas garantidas para o plantio de determinada variedade de tabaco. O Tribunal, ao final, anulou os regulamentos porque entendeu que a sua aplicação à colheita que então já havia sido plantada importava em uma retroatividade violadora do princípio da proteção da confiança legítima. Veja-se o resumo dessa decisão:

> *"Com efeito, a retroatividade desses dois regulamentos, que, embora não tenha sido prevista expressamente, resulta, para o primeiro, do fato de ter sido publicado depois de feitas as escolhas de produção para o ano em curso pelos plantadores e, para o segundo, do fato de ter sido publicado quando essas escolhas já haviam sido concretizadas, viola o princípio da segurança jurídica e, por isso, a título excepcional, não pode ser admitida. Há violação à segurança jurídica porque o objetivo perseguido pela edição desses dois regulamentos, isto é, limitar a produção de tabaco e desencorajar a produção das variedades difíceis de escoar no mercado, não poderia ser atingido para esse ano em razão da data de publicação. Acresça-se a isso o fato de que a confiança legítima dos operadores em causa não foi respeitada, pois as*

17 *Idem, ibidem.*, p. 78. V. também SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1129-30.

18 *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Ob. cit., p. 79.

19 A propósito, v. SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1130-44. Esses requisitos serão mais bem examinados no item 3, *infra*.

medidas adotadas, embora previsíveis, intervieram em um momento no qual já não era mais possível levá-las em conta para orientar os investimentos."

Vale a pena ainda conferir algumas passagens da fundamentação desse julgado:

"(...) segundo a jurisprudência constante da Corte (...), se, em regra geral, o princípio da segurança das situações jurídicas se opõe a que a entrada em vigor de um ato comunitário tenha seu momento inicial fixado para uma data anterior à sua publicação, pode assim não ser, a título excepcional, quando a finalidade a atingir o exija e a confiança legítima dos interessados seja devidamente respeitada. Essa jurisprudência se aplica igualmente no caso em que a retroatividade não tenha sido prevista expressamente pelo próprio ato, mas resulte de seu conteúdo.

(...)

Na ausência de qualquer outra razão indicada na exposição de motivos dos regulamentos n.ºs 114/88 e 2268/88, deve-se constatar, então, que a primeira condição para que a retroatividade desses regulamentos possa ser admitida, ou seja, que o objetivo a ser atendido o exija, não foi preenchida e que, por conseguinte, esses regulamentos são inválidos na medida em que prevêem uma quantidade máxima garantida no que concerne ao tabaco da variedade Bright colhido em 1988.

No mais, a regulamentação contestada violou a confiança legítima dos operadores econômicos envolvidos. Com efeito, embora eles devessem considerar como previsíveis medidas que objetivassem limitar qualquer aumento da produção de tabaco na Comunidade de modo a desencorajar a produção das variedades que apresentam dificuldades de mercado, eles poderiam esperar porém que eventuais medidas que tivessem repercussão sobre seus investimentos lhes tivessem sido anunciadas em tempo útil. Não foi esse, porém, o caso." (C-368/89, julgamento de 11 de Julho de 1991, Crispoltoni, Rec. 1991, p. I-3695, n.° 17).20

2.2. A PROTEÇÃO DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE DIREITO NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

Tendo visto como o problema da retroatividade normativa é enfrentado no direito comparado sob o enfoque do princípio da proteção da confiança legítima, é hora de indagar se é possível, necessário ou útil transpor esse tipo de argumentação para o âmbito do direito administrativo brasileiro.

Antes, porém, convém registrar que, por ser o poder normativo da Administração em regra subordinado à lei, a edição de um regulamento com efeitos retroativos sempre estará na dependência de uma habilitação legal que lhe sirva de amparo. Aliás, por conta desse caráter infralegal, alguns chegam mesmo a negar qualquer possibilidade de retroatividade às normas editadas

20 Disponível em: <http://europa.eu.int>. Acesso em 30 dez. 2005.

pela Administração21. Contudo, tendo em vista que a habilitação legal para o exercício do poder normativo da Administração é, hoje em dia, cada vez mais genérica e ampla, não fica difícil situar a retroatividade das normas administrativas no vazio normativo que decorre da omissão ou da incapacidade do legislador. Afora, ainda, a hipótese de exercício de poder normativo autônomo, tão controvertida, mas tão presente no cotidiano das Administrações Públicas contemporâneas22.

Assentado, portanto, que o poder normativo da Administração Pública, infralegal ou autônomo, pode ser exercido retroativamente, e que assim o é com grande freqüência — em especial nos casos de retroatividade aparente —, resta analisar como essa questão tem sido enfrentada no direito brasileiro23.

Por aqui, como já se mencionou anteriormente, a perspectiva tradicional da aplicação das normas administrativas no tempo se faz com o apoio dos limites clássicos constituídos pelas garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada e, ainda, pela noção de fato consumado24. Nesse contexto, as expectativas depositadas na estabilidade de um determinado regime normativo genérico e abstrato simplesmente não são tuteladas pelo ordenamento jurídico25. A incidência imediata das novas regras sobre as situações em curso é pronunciada quase sem exceção pelos Tribunais26.

Logo, se, nos casos de retroatividade autêntica, a posição do cidadão é

---

21 Confira-se, nesse sentido, decisão do Tribunal Supremo espanhol citada por CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Cit, p. 16, nota 52.

22 Acerca do tema, veja-se, por todos, GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 173 e ss.

23 Vale registrar, a propósito, os precisos comentários de PONTES DE MIRANDA: "A cada passo se diz que as regras de direito público — administrativo, processual e de organização judiciária — são retroativas, ou que contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora o que acontece é que tais regras jurídicas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito que se lhes é normal, o efeito no presente, o efeito imediato (...). O que se passa no direito público é que esses casos de só aparente retroatividade são a regra". *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 386-7.

24 A propósito, v., por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Aplicação da Lei no Tempo em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 134, 1978, p. 11-21.

25 É possível falar em expectativas de fato e expectativas de direito. Expectativas de fato diz, Vicente Ráo, são "a mera esperança, abstrata, de se vir a adquirir um direito, a mera potencialidade de aquisição, resultante da personalidade e da capacidade como situações genéricas". A expectativa de fato se transmuda em expectativa de direito quando a pessoa que nutre a expectativa reúne "os requisitos de capacidade e de legitimidade para a aquisição do direito". A expectativa de direito é "a esperança, fundada no elemento de fato já realizado, de sobrevir a verificação total do fato e, em conseqüência, o nascimento do direito. Em geral, as expectativas de direito não são tuteladas pela lei, por não serem ainda direitos. Também são chamadas de direitos eventuais". Cf. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 635-7.

26 As relações contratuais, de um modo geral, são postas à salvo da incidência de novas regras, pois corretamente os contratos são qualificados como atos jurídicos perfeitos. Mesmo os contratos, porém, podem, em alguns casos, sofrer os efeitos de novas regras gerais de ordem econômica, sentido no qual tem se fixado a jurisprudência do STF. Prestigiando o ato jurídico perfeito, veja-se o RE n.º 204769/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 10/12/1996. Admitindo a incidência imediata de lei que determinou a aplicação de fator de deflação monetária sobre contratos já firmados , cf. o RE n.º 253473 AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 22/11/2005.

assegurada pela existência de um fato consumado, de um direito adquirido ou de um ato jurídico perfeito, assim já não se passa nas situações em que a retroatividade é meramente aparente27. Nestas, via de regra, não há qualquer tutela para as expectativas do administrado. A situação de sujeição geral do indivíduo à incidência imediata das normas jurídicas, sempre que não for titular de uma relação jurídica própria concretizada em um ato ou um contrato, deixa-o por inteiro à mercê da inconstância do poder normativo, não lhe sendo permitido postular proteção alguma para sua expectativa, por mais legítima que essa pudesse ser.

O exame de alguns julgados dos Tribunais Superiores pode dar bem a medida do tratamento dispensado ao tema no direito brasileiro.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 231.176/SP, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o imposto de importação sobre veículos adquiridos no exterior deveria ser recolhido com base na alíquota vigente no momento da entrada dos veículos no país, mesmo que outra fosse a alíquota prevista quando se fecharam os contratos de compra e venda desses veículos. Para o STF, não há ofensa à irretroatividade, ao direito adquirido ou à boa-fé na cobrança do imposto com base na alíquota posteriormente majorada por decreto, já que o fato gerador do tributo — a entrada da mercadoria no país — somente se verificou após a fixação da nova alíquota. Portanto, embora a recorrida tivesse contratado a aquisição dos veículos na expectativa de efetuar sua importação com base na alíquota vigente naquele momento, sua expectativa frustrada não foi tutelada28.

É preciso salientar, porém, que, nesse caso, fossem considerados os critérios adotados no direito comparado, possivelmente a tutela da expectativa dos contribuintes de pagar a alíquota vigente no momento da aquisição dos veículos no exterior esbarraria na previsibilidade da atuação governamental e, bem assim, na falta de uma base objetiva em que os particulares pudessem ter depositado a sua confiança. De fato, a possibilidade de majoração das alíquotas do imposto de importação é prevista expressamente no art. 153, § 1º, da Constituição Federal. Além disso, não há notícia de que o Poder Público tenha sinalizado de algum modo no sentido de que as alíquotas seriam preservadas.

Por outro lado, como pôde ser constatado no julgamento do caso Crispoltoni pelo TJCE, os requisitos exigidos para a tutela das expectativas no direito comparado não operam isoladamente. Desse modo, como se estatuiu naquele caso, mesmo que em tese fosse previsível a alterabilidade do regime normativo, a presença de outros requisitos poderia recomendar a proteção da expectativa. Assim, por exemplo, se o Poder Público tivesse indicado que as

---

27 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991t., p. 185: "Quanto aos primeiros [os atos gerais e regulamentares], são, por natureza, revogáveis a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias. (...) Por isso mesmo, não geram, normalmente, direitos subjetivos individuais à sua manutenção, razão pela qual os particulares não podem opor-se à sua revogação, desde que sejam mantidos os efeitos já produzidos pelo ato."

28 RE 231.176/SP, 1a. Turma, Julg. 11/12/98, DJ 28/05/99, Rel. Min. Ilmar Galvão).Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29 dez. 2005.

alíquotas seriam preservadas por um determinado tempo e, ademais, fosse demonstrado que o objetivo perseguido com a alteração normativa poderia ser alcançado sem que se impusesse um prejuízo ao contribuinte. A mera existência de um comando legal prevendo o poder de alteração das alíquotas de um imposto não pode submeter os contribuintes ao capricho da Administração. Se não houver razões que justifiquem a intervenção abrupta das novas regras sobre situações já em curso, ou se os eventuais motivos não sejam de tal ordem que justifiquem o sacrifício impingido ao particular, a expectativa poderá ser tutelada, pela aplicação do princípio da proteção da confiança legítima. Por isso, a aplicação ou o afastamento do princípio da proteção da confiança legítima nessas hipóteses deve ser precedido de uma rigorosa ponderação de todos os interesses e aspectos envolvidos.

Outro caso revelador do entendimento dos Tribunais brasileiros quanto à inviabilidade da tutela das expectativas na preservação de um dado regime normativo é o RMS n.º 7.731/MG, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese, o STJ afirmou a aplicabilidade imediata de uma lei que alterava os critérios de participação de municípios mineradores no ICMS. Segundo aquele Tribunal, "a expectativa de direito anterior não exercitado, rompido pela lei nova de incidência imediata, não favorece a invocação de irretroatividade ou de direito adquirido. O interesse público (coletivo) prevalece sobre o interesse particularizado, vencido pela lei nova". O simples advento da lei nova já corporifica, portanto, para o STJ, um interesse público que, abstratamente considerado, se sobrepõe ao interesse particular. Como foi dito, se não há um "ato concreto ameaçando ou violando direito subjetivo próprio", a posição do particular não pode ser tutelada29.

Toda a insuficiência da tutela das expectativas de direito pela jurisprudência brasileira foi deixada à mostra, porém, no julgamento do Recurso Especial n.º 135.659. Tratava-se, no caso, de recurso interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região que referendou uma resolução do Banco Central na qual se reduziu, de quarenta por cento para zero, o percentual de um benefício fiscal anteriormente concedido. Esse benefício incidia sobre o imposto de renda devido nos empréstimos tomados em moeda estrangeira. O Tribunal recorrido havia entendido que, por se tratar de um benefício fiscal sem prazo certo, o Banco Central poderia revogá-lo ou alterá-lo a qualquer momento. A recorrente, porém, alegou que a aplicação da nova resolução feriria os negócios fechados com base no regime fiscal anterior, desrespeitando o princípio da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito. Vejam-se os fundamentos do voto da Relatora, Min. Eliana Calmon, reconhecendo que a recorrente era titular de um "direito expectativo" ao regime fiscal previsto na resolução revogada pelo BACEN:

> *"Entendo que o contribuinte não tem direito adquirido a determinado regime fiscal, mas negocia, contrata, firma seus compromissos pautando-se em uma situação concreta, em que pagará X de Imposto de Renda.*

29 RMS n.º 7.731/MG, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 23.10.1997, DJ 15/12/1997, p. 66214.

Ora esta situação, criada unicamente pelo Fisco, não pode ser alterada para onerar o contribuinte que tem direito expectativo a só pagar o imposto nos moldes da legislação vigente à época do contrato perfeito e acabado.

Este entendimento leva à reforma do julgado, eis que a Resolução 1.351/74 não poderia ter aplicação imediata por infringir direito da empresa, adquirido sob a égide da Resolução 613 do BACEN.

Em conclusão, conheço do recurso para dar-lhe provimento." (grifou-se)30

Na verdade, o ar meio sem jeito que algumas das decisões citadas deixam transparecer no trato da tutela das expectativas de direito desapareceria caso fosse incorporado ao direito público brasileiro o instrumental oferecido pelo princípio da proteção da confiança legítima. É justamente nessas situações de retroatividade aparente que a aplicação desse princípio pode ser revelar não só útil, como necessária31. Confira-se, a propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal:

"Para além disso, o Tribunal Constitucional tem estendido esta proibição de retroatividade a situações em que não há propriamente uma aplicação retroativa (...), mas em que são introduzidas alterações legislativas com que os cidadãos não podiam, razoavelmente, contar.

(...) À face da jurisprudência do Tribunal Constitucional, o princípio da confiança, ínsito na idéia de Estado de Direito democrático (art. 2.º da Constituição) postula um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas expectativas que lhes são juridicamente criadas, censurando as afetações inadmissíveis, arbitrárias ou excessivamente onerosas, com as quais não se poderia moral e razoavelmente contar.

(...)

Nesta perspectiva, deverá entender-se que existe uma violação de tal princípio, quando não houver a necessidade de salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos mais relevantes, sempre que a alteração da ordem jurídica em sentido desfavorável às expectativas dos cidadãos seja algo com que eles não possam, razoavelmente, contar."32

A utilidade da aplicação do princípio da proteção da confiança legítima para a tutela das legítimas expectativas de direito se mostra ainda mais patente quando são postas em causa expectativas geradas na preservação de determinadas posições jurídicas que persistem por anos, às vezes por décadas até, e que levam os particulares a fazer importantes disposições pessoais e patrimoniais. Para demonstrar essa afirmação, a eloqüência de um exemplo colhido do regime de aposentadoria dos servidores justifica um ligeiro desvio

30 REsp n.º 135.569/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2001, DJ 29/10/2001, p. 190.

31 Nesse sentido, cf. CASTILLO BLANCO, Federico A. *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 198-9.

32 Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 47.275/2003, Acórdão de 30/04/2003, Pleno da Seção do Contencioso Administrativo, Relator Jorge de Sousa. Por unanimidade, negar provimento. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 15 ago. 2005.

do tema33. Imagine-se, assim, que um servidor público tenha completado trinta e cinco anos de contribuição e cinqüenta e nove anos de idade, quando sobrevém uma nova emenda constitucional alterando a idade mínima de aposentadoria para sessenta e cinco anos. Seria iníquo que a nova regulamentação alcançasse esse servidor, impedindo sua aposentadoria no prazo de um ano, da mesma forma em que alcançará um outro servidor recém-ingresso no serviço público, com dezoito anos de idade. No entanto, não fosse a decisão política do legislador de prever critérios de transição para regular as diversas situações em curso, aquele servidor, segundo o entendimento tradicional na matéria, não teria qualquer proteção jurídica contra a injustiça decorrente da incidência imediata das novas regras. Como o ordenamento em regra não tutela as expectativas de direito, as novas regras poderiam incidir imediatamente, sem outros questionamentos.

Não seria assim, todavia, caso se empregasse a lógica do princípio da proteção da confiança legítima. Embora o princípio em causa não se preste a garantir a permanência das normas revogadas, por seu intermédio se assegura ao menos que as novas regras não incidam abruptamente. Trata-se de dar, ao particular que confiou, um tempo para que ele possa se adaptar às novas regras por meio da previsão de um regime transitório, minimizando seus prejuízos.

É claro — repita-se novamente — que não basta a mera confiança abstrata e subjetiva depositada na preservação da norma para que a expectativa seja tutelada: alguns outros requisitos deverão também ser preenchidos (v. item 3, infra). De todo modo, parece indiscutível que o princípio da proteção da confiança legítima tem aptidão, nesse domínio, para preencher um certo vazio de direito existente quando se trata da tutela de expectativas34.

Não custa enfatizar, ainda mais uma vez, que a tutela conferida pelo princípio da proteção da confiança legítima não se destina a impedir o exercício da função normativa35. É a própria razão de ser dessa função estatal que o legislador ou a Administração possam prover para o futuro. Impedir o Poder

---

33 O problema aqui, na verdade, não é do exemplo, mas do enquadramento constitucional dessa matéria. Deve-se às circunstâncias peculiares da formação da Constituição de 1988 — e dos processos de reforma que a ela se seguiram — o posicionamento constitucional de todos os detalhes do regime de aposentadoria dos servidores públicos, quando no máximo esses pormenores poderiam aspirar ao *status* legal. Além de lhes faltar dignidade constitucional, sua presença na Constituição é causa de grande instabilidade constitucional.

34 Esse vazio muitas vezes tem levado a doutrina e a jurisprudência a construir argumentos nem sempre convincentes com o objetivo de assegurar um mínimo de proteção aos cidadãos nessas situações. Cite-se, como exemplo, o argumento da existência de direito adquirido a regime de aposentadoria desenvolvido por Valmir Pontes Filho. O ilustre Professor cearense, em sentido contrário ao entendimento dominante, defendeu a existência de um direito adquirido dos servidores públicos a regime de aposentadoria. Desse modo, novas regras de aposentadoria que viessem a ser aprovadas pelo Congresso Nacional somente poderiam ser aplicadas aos servidores que ingressassem no serviço público após a sua vigência. Na verdade, aparentemente, buscava o autor a construção de uma teoria que permitisse tutelar as expectativas dos servidores, protegendo-os de mudanças abruptas e significativas no regime de aposentadoria vigente. Cf. Direito Adquirido ao Regime de Aposentadoria. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 1, n.º 8, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 17 ago. 2002.

35 Nesse sentido, v. THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 59-60.

Público de modificar as normas existentes ou de aprovar novas regras com o único objetivo de proteger uma expectativa dos cidadãos de hoje na imutabilidade das normas seria impor às gerações futuras o ônus de se ter atendido exclusivamente aos interesses individuais do presente. Esse conservadorismo individual atentaria contra o interesse público da coletividade na evolução do ordenamento. A esse papel não se presta o princípio estudado. Recorrendo mais uma vez à lição de Lon Fuller, "se toda vez que um homem confiasse nas regras existentes para dispor acerca de seus negócios, ele fosse protegido contra qualquer mudança das normas, nosso ordenamento inteiro ficaria ossificado para sempre"36.

Assim, conquanto se reconheça que o princípio da proteção da confiança legítima tem aptidão para prover uma lacuna no direito público brasileiro, sua aplicação como limite ao exercício do poder normativo haverá de ser feita com grande parcimônia, a fim de não se tornar a Administração Pública refém de interesses privados.

3. REQUISITOS PARA A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA ANTE O EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO

Nem sempre é fácil discernir em que ponto uma expectativa na estabilidade de um determinado regime normativo passa a merecer a proteção do ordenamento jurídico37. Alguns critérios, porém, podem ser empregados para essa identificação.

Em primeiro lugar, para que o princípio da proteção da confiança legítima possa ser invocado com o fim de tutelar uma expectativa do particular na preservação de um determinado regime normativo, é preciso que o administrado tenha sido surpreendido por uma mudança súbita e imprevisível desse regime, e que a Administração lhe tenha dado fundadas razões para confiar na sua estabilidade38. Confira-se, nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha (STS de 27 de janeiro de 1990):

> *"os princípios da boa-fé, segurança jurídica e interdição da arbitrariedade, proclamados no artigo 9 da Constituição, obrigam a outorgar proteção a quem legitimamente tenha podido confiar na estabilidade de certas situações jurídicas regularmente constituídas com base nas quais possam ter adotado decisões que afetem não somente ao presente como ao futuro (...) Daí o que terminantemente não se pode aceitar é que uma norma, que não seja nem regulamentar nem legal, produza uma brusca alteração em uma situação regularmente constituída ao amparo de uma legislação anterior, desarticulando, por surpresa, uma situação em cuja perduração se podia*

36 FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Ob. cit., p. 60.

37 Nesse sentido, v. GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 322.

38 Cf. THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Ob. cit., p. 46; e CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 373 e ss.

> *legitimamente confiar. Por isso, essas mudanças somente se podem admitir quando assim o imponha o interesse público e, em qualquer caso, oferecendo meios e tempo razoáveis para reposicionar as situações individuais afetadas."39*

No domínio normativo, de fato, a legitimidade da confiança se mede em regra pela surpresa e pelo caráter brusco da alteração normativa40. Todavia, se é certo que, de um modo geral, não é legítimo ao particular esperar que as normas jurídicas não sejam alteradas, não é menos induvidoso que ele pode, ao menos, esperar que eventuais mudanças não sejam bruscas, nem contrariem explicitamente as expectativas despertadas por comportamentos da própria Administração.

Portanto, para além da imprevisibilidade, é necessário que o Poder Público, por algum comportamento concreto seu, tenha infundido no particular uma expectativa efetiva "na permanência de um determinado marco normativo"41. Como destaca Jürgen Schwarze:

> *"Para que o princípio da proteção da confiança legítima seja aplicável, uma base objetiva deve existir para esse princípio na forma de uma expectativa que mereça proteção. Por conta da ampla liberdade de ação de que goza o legislador, a mera existência de uma norma não constitui habitualmente uma base adequada para despertar uma confiança legítima suscetível de proteção. Uma base adequada para uma confiança sólida pode ser fornecida, de um lado, pelo fato de terem sido assumidas obrigações em relação ao Poder Público, ou, por outro, pela linha de conduta adotada pelas autoridades e que tenha despertado expectativas específicas — que, em determinadas circunstâncias, podem surgir de um compromisso assumido pelas autoridades."42*

Por isso, a confiança não será tutelada em face de normas claramente provisórias, já que, nesses casos, o particular podia e devia contar com a superveniência de um novo regime normativo43. Igualmente, não haverá legitimidade na confiança quando a regulamentação existente era confusa e de duvidosa legalidade, ou, ainda, quando por qualquer outra razão, o particular devesse contar com a edição de uma nova regulamentação44. Segundo a Corte Constitucional Italiana, "nenhuma confiança legítima pode de fato surgir com base na interpretação de uma norma que não seja pacífica e consolidada

---

39 *Apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, vol. 1, p. 90.

40 No caso, segundo Sylvia CALMES, a previsibilidade das mudanças haverá de ser medida pela boa-fé subjetiva e pela diligência objetiva do particular que confiou. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 378.

41 CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Cit, p. 35.

42 *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1134-5.

43 V. GARCÍA MACHO, Ricardo. Contenido y Límites del Principio de la Confianza Legítima: Estudio Sistemático en La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Revista Española de Derecho* Administrativo, vol. 56, 1987, p. 560.

44 Assim, por exemplo, quando em tramitação projeto de reforma da regulamentação aplicável, inclusive mediante discussão pública. A propósito, v. MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Ob. cit., p. 78-9.

e, além disso, seja fortemente contestada na jurisprudência de mérito"45.

Registre-se, mais, que o critério da previsibilidade nesses casos não haverá de ser medido a partir do ponto de vista subjetivo daquele que invoca a tutela da confiança, mas sim considerando um padrão médio de diligência que se poderia esperar de um particular naquelas mesmas circunstâncias. A jurisprudência do TJCE, por exemplo, avalia a imprevisibilidade a partir da ótica que seria de se esperar num diligente e prudente homem de negócios46.

Entretanto, apenas a imprevisibilidade, o caráter repentino da mudança e a existência de razões objetivas para se acreditar na estabilidade normativa não denotam ainda a existência de uma confiança suscetível de proteção. A alteração normativa deverá incorporar uma mudança significativa na linha de conduta até ali adotada pela Administração, deteriorando a posição jurídica do particular de modo a lhe causar prejuízo47. A mera modificação normativa, sem a demonstração de um prejuízo efetivo na posição jurídica do administrado, não enseja a proteção da confiança legítima48. Esse prejuízo, é bom dizer, não será necessariamente financeiro. A propósito, confira-se a doutrina de Federico Castillo Blanco:

> *"(...) no Direito comunitário não apenas são suscetíveis de proteção os direitos adquiridos, mas também, en certas condições, as meras expectativas subjetivas dos indivíduos que possam almejar à essa tutela quando a medida comunitária tiver um extraordinário impacto não previsível que implique em um real efeito punitivo (...)."49*

Da mesma forma, nenhuma conduta capaz de frustrar a expectativa do cidadão pode ser atribuída à sua própria esfera de responsabilidade. Destarte, para que o princípio possa ser aplicado, os destinatários das novas regras não devem ter contribuído para sua edição com informações falsas ou incompletas, nem, por qualquer outro modo, ter pretendido se beneficiar da própria torpeza50.

Por fim, também no domínio dos atos normativos é necessário proceder a uma ponderação entre a confiança legítima do particular na estabilidade da regulamentação aplicável e o interesse público concreto (saúde, meio ambiente, educação etc.) na modificação dessa regulamentação51. Assim, se os inconvenientes impostos aos destinatários das normas suplantarem, em

---

45 Sentença n.º 229, de 7 de junho de 1999, Relator Annibale Marini. Disponível em: <http://www.giurcost.org>. Acesso em 30 set. 2005. .

46 SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1141.

47 CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 388-90.

48 CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Cit, p. 34.

49 CASTILLO BLANCO, Federico A. *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit. 185

50 CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Cit, p. 35.

51 V. SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1143-4; GARCÍA LUENGO, Javier . *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 88, nota 104.

grau e em relevância, o interesse público na adoção das novas regras, incide a proteção da confiança52. Por outro lado, ainda que a confiança seja legítima, a existência de um interesse público peremptório poderá determinar a incidência imediata, ou até mesmo retroativa, das novas regras (admitindo-se, eventualmente, a tutela da confiança pela via da indenização compensatória, conforme se verá adiante)53.

4. CONSEQÜÊNCIAS DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ÂMBITO DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO

Demonstrado que o princípio da proteção da confiança legítima presta-se a tutelar as legítimas expectativas que os administrados depositaram na permanência de uma regulamentação, faz-se necessário indicar quais as conseqüências ou efeitos dessa tutela em concreto.

A partir do direito comparado é possível, em tese, indicar quatro conseqüências possíveis: (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; (4.3) a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; e (4.4) a exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação, preservando-se a posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada.

A escolha de um dentre esses efeitos dependerá das circunstâncias do caso concreto, mediante um juízo de ponderação entre o interesse do particular na preservação da sua posição e o interesse público na aplicação imediata das novas regras54. Deverá ser adotada a medida que imponha o menor grau de sacrifício aos interesses em jogo. Desse modo, é possível antecipar que a previsão de medidas transitórias, a obrigação de respeitar o termo de vigência previsto para a norma e a outorga de uma indenização deverão preferir, nessa ordem, à preservação da posição jurídica alcançada em virtude da norma revogada55.

4.1. O DIREITO A UM REGIME DE TRANSIÇÃO JUSTO

Pela experiência do direito comparado, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo determina, em primeiro lugar, a previsão de um regime transitório ou de um

52 CASTILLO BLANCO, Federico A. *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 116.

53 GARCÍA MACHO, Ricardo. Contenido y Límites del Principio de la Confianza Legítima: Estudio Sistemático en La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cit., p. 560.

54 Nesse sentido, v. Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 472-3.

55 *Idem, ibidem.*

período de vacatio, que permita a adaptação do particular aos ditames da nova regulamentação56. Nesse sentido, confira-se a decisão tomada pelo TJCE no caso Tomadini (84/78):

> *"19. Que a adoção do regulamento n.º 2604/77, sem que tenha sido previsto um regime transitório pelas trocas intracomunitárias, violaria o princípio da confiança legítima, tanto mais porque o regulamento n.º 2792/77, de 15 de dezembro de 1977, havia excepcionado as operações efetuadas sob a cobertura de um certificado (...), exceção que não se aplicaria senão às trocas entre países terceiros.*
>
> *20. Considerando que, no marco de uma regulamentação econômica como aquela das organizações comuns dos mercados agrícolas, o princípio do respeito da confiança legítima proíbe às instituições comunitárias (...) modificar esta regulamentação sem combiná-la com medidas transitórias, salvo se um interesse público peremptório se opuser à adoção de tal medida."57*

De fato, como destaca Sylvia Calmes, a previsão de medidas transitórias é o meio mais apropriado para a proteção da confiança nessas circunstâncias: "mesmo que as disposições adotadas em vista do futuro não justifiquem uma relação durável, elas podem ser levadas em conta ao menos com a previsão de um prazo apropriado de transição — que antecipe, assim, de forma abstrata a ponderação de interesses"58. Além disso, a determinação de um período de transição flexibiliza o princípio da vigência imediata das normas e permite considerar tanto as necessidades da Administração de adaptar as normas às novas exigências do interesse público como as do particular em preservar a sua posição jurídica59.

Essa solução não é estranha ao direito norte-americano, embora em um contexto jurídico-legal bastante diferente. Segundo noticia Lon Fuller, a Suprema Corte entende que a eficácia de uma nova legislação que frustre a confiança dos cidadãos no regime legal anterior deve ser precedida de um prazo razoável para que aqueles possam se ajustar às suas prescrições60.

---

56 Nesse sentido, v., dentre outros, GONZÁLEZ, Saturnina Moreno. El Principio de Seguridad Jurídica en el Derecho Comunitario. Cit., p. 20; GARCÍA MACHO, R. Contenido y Límites del Principio de la Confianza Legítima: Estudio Sistemático en La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cit., p.; CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Cit, p. 12; Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 450 e ss.; SCHØNBERG, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law.* Ob. cit., p. 142-3; e COUTO E SilvA, Almiro do. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 237, p. 278, 2004.

57 Acórdão da Corte de 16 de maio de 1979. *Angelo Tomadini Snc vs. Administração das Finanças do Estado Italiano*. Requerimento de decisão prejudicial; Pretura di Trento – Itália. Quantias compensatórias financeiras. Caso 84/78 Decisão de 16/05/1979, Rec.1979, p.1801. Disponível em: <http://europa.eu.int> Acesso em 29 set. 2005.

58 Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 451.

59 Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 452.

60 FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Ob. cit., p. 80-1: "O mal de uma lei retrospectiva surge porque os homens podem ter agido com base na legislação anterior e, então, as ações adotadas podem

De todo modo, para a proteção da confiança depositada na norma revogada, não basta que a nova regulamentação contenha previsão de medidas transitórias. É necessário ainda que tais medidas sejam justas, adequadas e proporcionais61. Em outros termos, que sejam capazes de tutelar adequadamente a confiança depositada na permanência do regime anterior. Por isso, apenas diante das circunstâncias próprias do caso — da confiança do cidadão e do interesse público que justificou a mudança do regime —, será possível examinar a adequação das regras transitórias previstas. Não é possível, portanto, predeterminar um elenco de medidas transitórias a serem previstas62.

Por último, cabe registrar que, argüida perante o Judiciário a violação do princípio da proteção da confiança legítima, por ausência ou insuficiência de disposições transitórias em um novo regulamento, o juiz não poderá estipular, desde logo, as medidas transitórias que entender pertinentes. Agindo assim, estaria inequivocamente invadindo esfera que é própria da Administração63. Nesses casos, portanto, duas possibilidades se oferecem ao juiz: a declaração de ineficácia das novas regras ao requerente, enquanto não previstas normas transitórias justas e adequadas; ou a outorga de uma indenização compensatória, quando for possível traduzir em dinheiro a confiança frustrada, e exista pedido subsidiário nesse sentido

4.2. A OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR O PRAZO DE VIGÊNCIA FIXADO NA NORMA

Muitas vezes, as normas jurídicas fixam um prazo para a sua própria vigência ou um prazo para a aplicação de uma vantagem ou benefício que tenham previsto.

No entanto, segundo o entendimento clássico na matéria, o exercício do poder legislativo ou regulamentar não fica vinculado ao prazo de vigência anteriormente fixado para a norma64. Diante de um interesse público superveniente, ou convencendo-se da inoportunidade da medida, o legislador ou a Administração podem a qualquer momento revogá-la, independentemente do escoamento do prazo inicial. A fixação de um termo de vigência não gera,

---

ser frustradas ou se tornarem excessivamente onerosas pela alteração retroativa dos seus efeitos legais. Em algumas vezes, porém, uma ação adotada em razão da confiança na lei anterior pode ser desfeita, desde que haja um prévio aviso da mudança em vista e a alteração em si não se torne efetiva tão rapidamente que se deixe um período de tempo insuficiente para o ajuste às novas prescrições legais."

61 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002., p. 263.

62 Nesse sentido, v. MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Ob. cit., p. 80:

63 Veja-se, nesse sentido, Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 474.

64 Uma exceção a essa afirmação pode ser encontrada no art. 178 do Código Tributário Nacional. Esse dispositivo limita a revogação das isenções tributárias quando concedidas por prazo certo e em função de determinadas condições (dispositivo com a redação determinada pela Lei Complementar n.º 24/75).

em regra, direito adquirido à permanência da norma. Nesse sentido, fixou-se a orientação tanto do Conselho Constitucional como do Conselho de Estado da França: "uma legislação ou uma regulamentação podem ser modificadas a qualquer momento, qualquer que seja a duração de sua aplicação que tenha sido inicialmente fixada"65.

Ora, essa orientação não está em consonância com os ditames do princípio da proteção da confiança legítima. Nesses casos, mesmo que não se trate de um direito adquirido, a aplicação do princípio da proteção da confiança pode garantir ao particular a preservação do regime normativo revogado pelo prazo previsto inicialmente. Desde que presente uma confiança digna de proteção e, na ponderação, o interesse público contrário não prevaleça, a posição jurídica do administrado que confiou na manutenção do prazo regulamentar deve ser preservada66.

Tal lógica, aliás, parece também ter inspirado o STJ no julgamento do Mandado de Segurança n.º 10.673-DF. Naquele caso, a despeito da edição de um novo regramento pelo Ministério da Agricultura para a fabricação de sangria (a Instrução Normativa n.º 5/2005), foi assegurado à impetrante o direito de fabricar tal produto consoante as regras anteriores até que exaurido o prazo de dez anos da autorização de rótulo que lhe foi concedida nos termos do art. 15 do Decreto n.º 99.066/90. Com isso, a impetrante foi posta a salvo da incidência imediata das novas regras 67.

4.3. A OUTORGA DE UMA INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA

A ineficácia da previsão de medidas transitórias, a ausência de termo a ser respeitado ou, ainda, a existência de um interesse público que inviabilize esses efeitos anteriores, pode levar à imposição de um dever de indenizar pela confiança frustrada, desde que estejam em causa interesses patrimoniais do particular que confiou, suscetíveis de conversão em pecúnia. Em alguns casos, a outorga da indenização poderá vir a ser o único efeito possível para a tutela da confiança diante de um interesse público concreto que determine a vigência imediata da nova regulamentação68.

Acerca do tema, veja-se a decisão proferida pelo Tribunal Administrativo

---

65 DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public de l´Economie*. Paris: Dalloz, 1998, p. 209. No mesmo sentido, v. os comentário de LONG, Marceau *et al*: "Um regulamento pode mesmo ser revogado antes do termo que ele tenha fixado, sem que se possa opor o princípio da proteção da confiança legítima no direito interno." *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 870.

66 Embora recuse a utilidade da incorporação do princípio da proteção da confiança legítima no direito francês, Sylvia Calmes defende a necessidade de criação de uma obrigação geral de respeito aos termos fixados nas leis e regulamentos "para favorecer a estabilidade dessas situações e limitar os abusos na matéria." *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 550-1.

67 Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 28/09/2005.

68 Observe-se, porém, que a solução indenizatória não deve ser universalizada, tendo em vista o ônus que importa aos cofres públicos. Cf. Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 474-5.

de Estrasburgo no julgamento do Caso Freymuth, em 8 de dezembro de 1994 (Empresa de Transportes Freymuth vs. Ministro do Meio Ambiente). Naquele caso, o Tribunal reconheceu a responsabilidade da Administração por ter modificado subitamente um regulamento — relativo ao regime de importação de um determinado produto — sem a previsão de normas de transição entre o regime de liberdade plena, até então vigente, e o de interdição total, previsto nas novas regras. Confira-se a seguinte passagem desse julgado, posteriormente reformado pelo Tribunal de Apelação de Nancy:

> *"(...) na implementação de sua atividade, a administração deve zelar para não impor a terceiros um prejuízo anormal em virtude de uma modificação inesperada das regras que ela edita ou do comportamento que ela adota se o caráter súbito dessa modificação não for necessário para o objeto da medida ou para as finalidades perseguidas; que, em particular, se as autoridades administrativas podem modificar a regulamentação que tenham editado em função da evolução dos seus objetivos ou das situações de fato ou de direito que condicionam a sua intervenção, elas devem adotar as disposições apropriadas para que as pessoas envolvidas disponham de uma informação precedente ou para que medidas transitórias sejam previstas, uma vez que a modificação empreendida não deva, por natureza e em razão de urgência, produzir efeitos de maneira imediata e que seja suscetível de ter efeitos negativos sobre o exercício de uma atividade profissional ou de uma liberdade pública; que por não respeitar esse princípio da confiança pública na clareza e previsibilidade das regras jurídicas e da ação administrativa, a administração compromete sua responsabilidade em face do prejuízo anormal resultante de uma modificação inutilmente súbita dessas regras e comportamentos." 69*

Na jurisprudência do TJCE, o direito à outorga de uma indenização diante da alteração súbita e inesperada de um ato normativo foi reconhecido pela primeira vez no caso CNTA (74/74). Na hipótese, concedeu-se à recorrente uma indenização pelas perdas sofridas em conseqüência da alteração repentina de um regulamento comunitário. Consta dos fundamentos do acórdão que, por se tratar de medida de natureza legislativa adotada na esfera da política econômica, apenas a violação de um princípio superior de proteção individual poderia ensejar a reparação por danos sofridos. A alteração do regulamento pela Comissão Européia, sem notificação prévia ou adoção de medidas transitórias, importou em violação ao princípio da proteção da confiança legítima. Por isso, uma indenização haveria de ser deferida à recorrente. Na afirmação textual do julgado: "a proteção que se pode reclamar por força da confiança legítima é meramente a de não sofrer perdas pela retirada das compensações."70

Posteriormente, a jurisprudência do TJCE evoluiu para admitir que, além

---

69 *Apud* DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public de l´Economie*. Ob. cit., p. 210-11. Note-se que o julgamento do Caso *Freymuth*, por seu pioneirismo e por sua singularidade até hoje no direito francês, é referido por toda a doutrina que discorre sobre o tema da proteção da confiança legítima naquele país. Cf., por todos, CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Ob. cit., t. 1., p. 107. Note-se que o Conselho de Estado francês rejeita a existência e a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo francês, acolhendo-o tão-somente quando se trata da aplicação do direito comunitário.

70 Disponível em: <http://europa.eu.int>. Acesso em 29 set. 2005.

da reparação dos prejuízos, a tutela da confiança também pode levar à inaplicabilidade das novas regras a determinados casos individuais, como se verá no item seguinte71. De todo modo, é preciso registrar que tanto o reconhecimento do direito à indenização como a preservação da posição jurídica do particular têm sido ocorrências raras no direito comunitário, pois o TJCE é bastante rigoroso no exame dos pressupostos da tutela da confiança legítima72.

Discorrendo sobre o tema no direito espanhol, E. García de Enterría reconhece que o princípio da proteção da confiança legítima, mais do que operar como um limite substancial ao legislador, fundamenta a outorga de uma indenização reparatória nos casos em que a confiança do particular é frustrada pela mudança súbita de uma legislação73. Confira-se a respeito decisão proferida pelo Tribunal Supremo Espanhol:

> *"Nenhuma dúvida existe de que o poder administrativo de planejamento se estende à reforma deste: a natureza regulamentar dos planos, em um sentido, e a necessidade de adaptá-los às exigências cambiantes da realidade, no outro, justificam plenamente o 'ius variandi' que nesse âmbito se reconhece à Administração – arts. 45 e ss. da Lei do Solo.*
>
> *Isto põe o problema da situação dos proprietários ante a modificação do planejamento.*
>
> *(...)*
>
> *A já citada Exposição de Motivos lança uma luz sobre o problema ao referir-se à segurança do tráfico jurídico: se, confiando na subsistência durante um certo prazo de uma determinada ordenação urbanística, se fizeram inversões e gastos, incidirá, então, sim, o direito à indenização. O prazo, em virtude do disposto no art. 87.2, opera dando segurança ao mercado imobiliário e às atividades de execução de planejamento realizadas durante a vigência do Plano posto, de tal forma que, ainda que se modifique este, não trará perdas para o investidor.*
>
> *Quer-se dizer que a hipótese de fato do art. 87.2 não se integra unicamente pela alteração da ordenação urbanística: é preciso, ademais, que, confiando na subsistência desta, tenham sido desenvolvidas atividades e gastos que se tornem inúteis em virtude da alteração antecipada.(...)." (Sentença de 12 de maio de 1987, Câmara do Contencioso, Juiz Francisco Javier Delgado Barrio)74.*

No direito brasileiro, a solução de se outorgar uma indenização por prejuízos causados pela revogação ou pela mudança de um determinado regime normativo não é desconhecida75. A doutrina já tem admitido a

---

71 SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1145-6.

72 *Idem, ibidem*, p. 1137.

73 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ob. cit., vol. 1, p. 90-1.

74Disponível em <http://jur.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Acesso em 30 dez. 2005.

75 Embora de um modo geral prevaleça na jurisprudência o entendimento clássico segundo o

imposição da responsabilidade estatal pela alteração de regime normativo, sem a preservação das expectativas legitimamente fundadas76. Na jurisprudência, alguns poucos casos apóiam no dever de repartir os encargos públicos, ou ainda no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, a imposição de um dever de reparar ao Estado pela alteração de um dado regime normativo77. Nessas hipóteses, a incorporação da lógica da proteção da confiança contribuiria para aumentar a esfera de proteção dos administrados, além de tornar mais explícitos e controláveis os argumentos que conduziram a essas decisões.

Os requisitos para a aferição da existência de dano indenizável no caso em exame são os mesmos exigidos nas demais hipóteses de responsabilização do Estado por danos causados por atos normativos genéricos e abstratos: a anormalidade e a especialidade do dano78. Nessas situações, o dano indenizável não é aquele que advém da incidência genérica de um ato normativo sobre todos os cidadãos e que, portanto, deve ser suportado. Ao contrário, é indenizável apenas o sacrifício específico e extraordinário em relação aos incômodos impostos pela vida em sociedade .

4.4. A PRESERVAÇÃO DA POSIÇÃO JURÍDICA DO ADMINISTRADO QUE CONFIOU

Por fim, no domínio dos atos normativos da Administração Pública, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima pode determinar que a pessoa que confiou seja excluída do alcance das novas regras editadas, preservando-se a posição jurídica e as vantagens obtidas em face do regramento revogado79. Essa, porém, deverá ser uma conseqüência última e

---

qual a alteração de normas gerais e abstratas somente encontra limites no direito adquirido, na coisa julgada e no ato jurídico perfeito. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do STJ: “Administrativo. Ato modificando o volume de produção anual de álcool etílico hidratado. 1. Portarias de efeitos gerais, com missão normativa, não objetivando situações pessoais, por sua natureza, são revogáveis. Atos de simples autorização, sujeitos à discricionariedade do Poder Público, em atenção à política do setor sucroalcooleiro podem ser alterados sem ofensa aos direitos subjetivos singulares 2. Segurança denegada. (MS 4.346/DF, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 11.06.1997, DJ 15.09.1997 p. 44268)”. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 30 dez. 2005.

76 A propósito, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento. *Revista de Direito Público*, vol. 63, 1982, p. 34; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 292 e ss.

77 Confira-se, nesse sentido, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “(...) A extinção da pensão especial, pela Lei Estadual n.º 3189/99, extirpou o regime de pensão especial destinado à composição do fundo para suporte de pensões a dependentes dos segurados, fazendo com que passassem a integrar o patrimônio do estado as contribuições descontadas, sem qualquer contraprestação. Assim, faz jus o contribuinte à indenização consistente na devolução dos descontos previdenciários efetuados, sob pena de enriquecimento sem causa do ente estatal. Sentença confirmada em reexame necessário.” (Processo n.º 2002.009.00665 .18ª Câmara Cível, Des. Jorge Luiz Habib, julgamento: 21/01/2003)

78 Cf. Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 458.

79 A propósito, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ob. cit., vol. 1, p. 90; SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1145-6.

relativamente rara, por três razões distintas.

Em primeiro lugar, porque o princípio da proteção da confiança legítima não tutela a confiança depositada no ato como se esta fosse um fim em si mesma. Seu objetivo, ao contrário, é evitar que aquele que confiou acabe em uma posição jurídica pior do que a que teria se não tivesse confiado na permanência das normas editadas pelo Poder Público. Por isso, o que se tutela não é a expectativa de prosseguir desfrutando da vantagem atribuída pela norma revogada, mas apenas a expectativa de não sofrer uma piora na sua situação jurídica por ter confiado nas normas editadas80.

Além disso, a existência de uma confiança legítima por parte do particular na manutenção de sua posição não poderá levar a uma vinculação ilimitada da Administração Pública. O Poder Público não haverá de ficar indefinidamente constrangido em função da confiança despertada por uma norma vigente em um dado momento no tempo. Em regra a ninguém é dado esperar que uma norma permaneça imutável para sempre. Daí por que, na grande maioria dos casos, a tutela da confiança deverá ter uma duração limitada no tempo81.

Por último, com o afastamento da incidência das novas regras em relação àquele que confiou, estará sendo, a princípio, sacrificado por completo o interesse público que determinou a alteração normativa82. Em decorrência disso, apenas excepcionalmente a confiança do administrado deverá ser tutelada pela preservação da situação anterior à alteração normativa. Cumprirá adotar, na ponderação, a medida que imponha o menor sacrifício possível aos interesses potencialmente conflitantes. Na maioria dos casos, a confiança será suficientemente tutelada pela previsão de uma medida transitória ou pela outorga de uma indenização.

Note-se que, mesmo quando, por exceção, a tutela da confiança determine a preservação da posição jurídica do administrado, não se está cogitando aqui de que essa tutela possa ter como efeito a manutenção da própria regulamentação revogada. Em regra, a existência de uma confiança suscetível de tutela pelo ordenamento jurídico não levará à anulação das novas regras, mas apenas à exclusão daquele que confiou de sua esfera de incidência83. A possibilidade de alteração objetiva e erga omnes da legislação

---

80 SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1145. Cf. ainda a decisão proferida pelo TJCE no caso *CNTA* (74/74), citado no Capítulo III, item 2.2., *supra*.

81 Nesse sentido, Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 444.

82 V. Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 443: "De modo geral, a manutenção da base de confiança é incompatível com o interesse público uma vez que ela implica em uma vinculação excessivamente constritiva para o Poder Público."

83 Nesse sentido, v. THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Ob. cit., p. 60. Veja-se, ainda, a propósito, REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento dos Atos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 113: "(...) nada justifica seja declarado nulo um preceito regulamentar, só por ferir determinadas situações subjetivas, em relação às quais deveria ser apenas suspensa a sua incidência, sem prejuízo de sua vigência e eficácia para reger as demais relações a que se destina."

para o futuro não deve ficar prejudicada pela aplicação do princípio da proteção da confiança legítima na tutela de uma situação individual84. No entanto, conforme narra J. Schwarze, a jurisprudência do TJCE tem admitido excepcionalmente a declaração de nulidade dos dispositivos atentatórios da confiança legítima, caso seja demonstrado que "a expectativa de um setor econômico em geral foi desrespeitada"85.

5. É POSSÍVEL INVOCAR A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA ANTE REGULAMENTOS ILEGAIS?

Uma última questão merece ser abordada: é possível aplicar o princípio da proteção da confiança legítima para tutelar a posição jurídica daquele que confiou na preservação de uma dada disciplina normativa que, posteriormente, veio a ser anulada por ilegalidade? Ou, dizendo de uma forma mais simples: cabe a tutela da confiança depositada em regulamentos ilegais?

De um modo geral, essa possibilidade deve ser rechaçada. Se o regulamento ilegal não deu origem à edição de um ato concretamente favorável ao particular, não há como protegê-lo contra a anulação desse regulamento. Não há direito à tutela da confiança em um ato ilegal genérico e abstrato, que não se materializou em um ato concreto favorável a um determinado particular. Nesse caso, a violação que seria perpetrada ao princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei seria de tal ordem grave que o princípio da proteção da confiança legítima deve em regra ceder. Veja-se, a propósito, a opinião de Javier García Luengo:

> *"(...) a admissão da segurança jurídica como estabilidade ante um regulamento ilegal levaria a se demarcar um campo mais ou menos intenso no qual a Lei não poderia entrar, limitando o legislador e submetendo-o ao fruto dos poderes administrativos e, de quebra, tornaria vã a previsão constitucional de que a Administração está submetida à Lei e ao Direito. Tal possibilidade não cabe no*

---

84 Cf. Calmes, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 446; GARCÍA LUENGO, Javier. *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 228.

85 *European Administrative Law*. Ob. cit., p. 1147. Nesse sentido, segundo reportado por J. GARCÍA LUENGO, a decisão do TJCE no caso 81/72, Comissão *vs*. Conselho, no qual foram anulados alguns artigos de um regulamento comunitário por terem sido considerados atentatórios à "proteção da confiança que mereciam os funcionários comunitários afetados em suas remunerações pela nova normativa". *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 212, nota 27. Essa possibilidade, contudo, é cogitada por CASTILLO BLANCO, Federico El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. *Noticias de la Unión Europea*, 2002. Disponível em: <http://www.uimunicipalistas.org/puntos/trabajos>. Acesso em 26 set. 2005, p. 34, nota 102. De se destacar, porém, que a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima para invalidar-se, em abstrato, uma norma jurídica não é uma questão isenta de dificuldades. Em sentido contrário a essa hipótese, poderia argumentar-se que a verificação da legitimidade da confiança depende do exame das circunstâncias do caso concreto, não sendo possível a sua averiguação em abstrato (como, de fato, verificar a existência de um investimento de confiança em abstrato?). Por outro lado, é certo que em vários países europeus o princípio da proteção da confiança legítima tem servido de parâmetro ao controle de constitucionalidade das leis em abstrato. Essa questão, no entanto, por envolver o tema do controle da constitucionalidade das leis em abstrato — já que o controle judicial dos atos regulamentares sempre faz em concreto —, desborda dos limites do presente estudo. Seu aprofundamento fica, portanto, à espera de uma ocasião mais propícia e, certamente, de melhor autor.

nosso ordenamento nem tampouco no alemão, já que, na expressão de Ossenbühl, seria introduzir um cavalo de Tróia no Estado de Direito."86

A regra geral, porém, merece alguns temperamentos.

Em primeiro lugar, mostra-se importante distinguir, nos casos concretos, se a ilegalidade era originária ou se sobreveio a posteriori, em virtude de uma alteração das circunstâncias de fato ou de direito que fundaram a edição do regulamento. Nas hipóteses de ilegalidade superveniente, parece perfeitamente razoável a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima. Trata-se, é fato, de uma proteção excepcional, mas que leva em conta que, em um determinado momento, o cidadão confiou porque tinha razões fortes para confiar: afinal o ato era válido e regular. Sem embargo do que deverá, em qualquer caso, ser aferida a legitimidade da confiança, pelos critérios já antes destacados.

Vale registrar, ainda, a orientação vigente acerca do tema no direito administrativo francês. Segundo a jurisprudência do Conselho Estado, um regulamento administrativo ilegal que tenha se tornado definitivo — i.e., que tenha se tornado insuscetível de impugnação judicial — não pode ser revisto de ofício pela Administração com efeitos ex tunc, mas tão-somente com efeitos ex nunc. Não obstante o Conselho de Estado reconheça que a Administração tem o dever de rever os regulamentos ilegais87, limita os efeitos dessa revisão para o futuro toda vez que se trate de um regulamento definitivo e que tenha sido efetivamente aplicado88.

Ora, parece inequívoca a preocupação da jurisprudência francesa com a necessidade de tutela da segurança jurídica mesmo diante de regulamentos ilegais. Embora sem fazer referência ao princípio da proteção da confiança legítima, é indubitável que a jurisprudência mencionada tem o efeito de tutelar abstratamente a confiança depositada em atos normativos que — até a pronúncia da ilegalidade — estavam em vigor e produziam efeitos.

A aplicação desse entendimento no direito brasileiro, todavia, deve ser considerada com parcimônia. Porém, não deve ser excluída a priori, tendo em vista a analogia passível de se estabelecer com o disposto no art. 27 da Lei Federal n.º 9.868/99. Com efeito, se uma lei inconstitucional, por razões de segurança jurídica, pode eventualmente ser suprimida com efeitos para o futuro, preservando-se seus efeitos pretéritos, tanto mais o poderá um

---

86 *El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*. Ob. cit.. p. 229. Esse também parece ser o pensamento de Weida ZANCANER. A autora admite expressamente que a Administração sempre pode invalidar os seus atos abstratos relativamente insanáveis. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 93,. Em sentido contrário, v. CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Ob. cit., p. 441: "Um regulamento contrário à lei pode igualmente obter um caráter obrigatório pelo princípio da proteção da confiança legítima". A autora indica como fontes dessa afirmação a doutrina de A. Randelzhoffer e de B. Weber-Dürler.

87 V. LONG, Marceau *et al. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. Ob. cit., p. 870.

88 YANNAKOPOULOS, Constantin. *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ, 1997, p. 431-4.

regulamento ilegal. Para tanto, não poderão ser menosprezados nem o fator temporal, nem o alcance do ato normativo. Tratando-se de ato normativo vigente já por um longo período de tempo, e cujos efeitos tenham atingido um grande número de administrados, será muito difícil compatibilizar uma anulação retroativa com o princípio da segurança jurídica. Nesse caso, a supressão com efeitos ex nunc possivelmente atenderá melhor aos ditames da segurança jurídica.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BAPTISTA, Patrícia. 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)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.