

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

GUILHERME CAMARGOS QUINTELA

SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA:
A JUSTIÇA PROSPECTIVA NA ESTABILIZAÇÃO DAS EXPECTATIVAS
NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Belo Horizonte
2011

GUILHERME CAMARGOS QUINTELA

SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA:
A JUSTIÇA PROSPECTIVA NA ESTABILIZAÇÃO DAS EXPECTATIVAS
NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Tributário, sob a orientação da Professora Doutora Misabel Abreu Machado Derzi.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Orientadora: Prof^a. Dra. Misabel Abreu Machado Derzi.

Belo Horizonte
Faculdade de Direito

2011

Q78s **Quintela, Guilherme Camargos**
Segurança jurídica e proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro / Guilherme Camargos Quintela. - 2011.
240 f., enc.

Orientadora: Misabel Abreu Machado Derzi.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação, 2011.

1. Direito e Justiça. 2. Segurança Jurídica. 3. Direito Constitucional. 4. Direito Tributário. I. Derzi, Misabel Abreu Machado. II. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Curso de Pós-graduação. III. Título.

CDU 342:336.22

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

A dissertação intitulada "Segurança Jurídica e Proteção da Confiança: a Justiça Prospectiva na estabilização das expectativas no Direito Tributário Brasileiro", defendida em sessão pública por Guilherme Camargos Quintela em ____/____/____, foi avaliada como requisito parcial para a conclusão de curso e obtenção do título de Mestre em Direito Tributário, tendo sido_____.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Doutora Misabel Abreu Machado Derzi (orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Doutor Werther Botelho Spagnol (titular da banca)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Doutor Paulo Roberto Coimbra Silva (titular da banca)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Doutor Onofre Alves Batista Júnior (suplente da banca)
Universidade Federal de Minas Gerais

Ao vô Afonso, que nos deixou em meio à redação deste trabalho:

“muito grato”!

"O direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade."

François Ost, O Tempo do Direito, p. 13.

RESUMO

O problema proposto pelo presente trabalho, a ser solucionado, apresenta-se através da seguinte indagação: como a ordem constitucional brasileira de 1988 pode proteger os contribuintes contra abruptas modificações da normatividade posta, nos três âmbitos de poder da República, proporcionando a salvaguarda das legítimas expectativas de direito na seara tributária, baseadas na confiança? Para isso, propõe-se, inicialmente, uma análise das significações da "segurança jurídica", extraíndo os seus diversos sentidos, em especial como norma-princípio, bem como a sua aplicação no conflito de leis no tempo, abordando-se, assim, o seu aspecto objetivo (direito adquirido) e, principalmente, o seu aspecto subjetivo (proteção da confiança). Analisa-se, ainda, como essas diversas acepções são compreendidas pela doutrina e aplicadas pela jurisprudência brasileira, em especial pelos Tribunais Superiores. Em seguida, passa-se à análise do conceito de expectativa de direito, vinculando-o ao tempo e à boa-fé, para daí alcançar a definição de justiça prospectiva, apta a possibilitar a valoração das promessas do Poder Público, com fulcro na confiança legítima, tornando-as vinculantes. Por fim, analisa-se a aplicação de princípios e regras de transição em matéria tributária, fundados na proporcionalidade, como instrumentos aptos a compatibilizar as mudanças de entendimento do Poder Público com o sobreprincípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Proteção da Confiança. Direito Constitucional. Direito Tributário. Expectativas de Direitos. Princípio e Regras de Transição.

ABSTRACT

The problem proposed by the present study, to be solved, is presented through the following question: how can the Brazilian constitutional order of 1988 protect taxpayers against abrupt changes in the given normativity in the three powers of the Republic, providing the safeguard of legitimate expectations of rights in the tax area, based on trust? In order to do so, an analysis of the meanings of "legal security" is initially proposed, by extracting its various meanings, especially as norm-principle, as well as its application to the conflict of laws in time, approaching its objective aspect (vested right) and, especially, its subjective aspect (protection of trust). One also analyzes how those different meanings are understood by the theory of law and applied in Brazilian case law, particularly by the Superior Courts. Then, one passes to the analysis of the concept of expectation of rights, linking it to time and the principle of good faith, in order to reach the definition of prospective justice, able to allow the valuation of the promises of the Public Power, with fulcrum in legitimate trust, making them binding. Finally, one explores the application of transitional principles and rules in tax matters, based on proportionality, as instruments able to reconcile the changes in the Public Power's understanding of legal security.

Key-words: Legal Security. Protection of Trust. Constitutional Law. Tax Law. Expectations of Rights. Transitional Principles and Rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SEGURANÇA E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA APROXIMAÇÃO DO PROBLEMA	15
1.1 A SEGURANÇA E O DIREITO	15
1.1.1 <i>A insegurança e a convivência humana: a necessidade de ordem, de segurança e de certeza. A segurança não-jurídica.....</i>	16
1.1.2 <i>A segurança como razão fundamental do Direito.....</i>	21
1.2 SIGNIFICAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	26
1.2.1 <i>Segurança jurídica como fato, valor e norma-princípio.....</i>	26
1.2.2 <i>Segurança jurídica como estado de coisas a ser promovido. Os três imperativos da segurança no Direito: acessibilidade, estabilidade e previsibilidade</i>	30
1.2.2.1 <i>Acessibilidade normativa</i>	34
1.2.2.2 <i>Estabilidade normativa</i>	36
1.3 A ABORDAGEM DA SEGURANÇA JURÍDICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	49
1.3.1 <i>A segurança como mote constituinte e valor supremo da sociedade brasileira ..</i>	49
1.3.2 <i>O sobreprincípio do Estado de Direito como fundamento da segurança jurídica.....</i>	52
1.3.3 <i>A segurança jurídica traduzida em direitos fundamentais dos cidadãos.....</i>	56
1.3.4 <i>Regras especiais em matéria tributária: legalidade, anterioridade, irretroatividade e vedação ao confisco</i>	61
2 A SEGURANÇA JURÍDICA OBJETIVA NA TRANSIÇÃO DO PASSADO PARA O PRESENTE: O DIREITO ADQUIRIDO	65
2.1 O CONFLITO DAS LEIS NO TEMPO E A SEGURANÇA JURÍDICA	65
2.2 O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS	77
2.3 O DIREITO ADQUIRIDO: GARANTIA MÁXIME DA PREVALÊNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	83
3 A SEGURANÇA JURÍDICA SUBJETIVA NA TRANSIÇÃO DO PRESENTE PARA O FUTURO: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.....	95
3.1 A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA: EVOLUÇÃO E FUNDAMENTOS	95
3.2 MECANISMO DE APLICAÇÃO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.....	107
3.2.1 <i>A existência de confiança legítima: o surgimento da base da confiança.....</i>	108
3.2.2 <i>Os atos de confiança: a legitimidade como pressuposto inafastável.....</i>	119
3.2.3 <i>Condições e modos de proteção efetiva: o exercício e a frustração da confiança.....</i>	125
3.3 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, PLASMADA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	132

4	A EXPECTATIVA COMO DIREITO A ADQUIRIR DIREITOS: A SEGURANÇA JURÍDICA NA TRANSIÇÃO	144
4.1	O TEMPO NA FORMAÇÃO DAS EXPECTATIVAS: A PROMESSA COMO GERADORA DA EXPECTATIVA	144
4.2	A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA FORMAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS: A EXPECTATIVA LEGITIMADA PELA BOA-FÉ	159
4.3	A VALORAÇÃO DAS PROMESSAS DO LEGISLADOR, DO ADMINISTRADOR E DO JUIZ: A JUSTIÇA PROSPECTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DO FUTURO	170
5	OS DIREITOS DE TRANSIÇÃO: TENSÃO ENTRE SEGURANÇA E MUTABILIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO	179
5.1	OS GRAVES IMPACTOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E JURÍDICOS DAS REPENTINAS ALTERAÇÕES DE ENTENDIMENTO DO PODER PÚBLICO	179
5.2	A APLICAÇÃO DE NORMAS DE TRANSIÇÃO, FUNDADAS NA PROPORCIONALIDADE, COMO INSTRUMENTO DE COMPATIBILIZAÇÃO DA MUDANÇA COM A SEGURANÇA JURÍDICA .	190
5.3	PRINCÍPIOS E REGRAS DE TRANSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO ÂMBITO DOS TRÊS PODERES ESTATAIS	198
5.3.1	<i>No âmbito do Legislativo: o princípio da não surpresa (a anterioridade tributária e a espera nonagesimal)</i>	198
5.3.2	<i>No âmbito do Executivo: regras de condutas administrativas previstas pelos artigos 100, parágrafo único, e 146 do Código Tributário Nacional</i>	207
5.3.3	<i>No âmbito do Judiciário: o efeito prospectivo como regra na decisão que modifica jurisprudência consolidada</i>	215
	CONCLUSÕES	223
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	230

INTRODUÇÃO

O panorama atual de insegurança, tanto não jurídica quanto jurídica, bem como de desconfiança nas relações humanas, merece especial atenção por parte do Direito. No Brasil, o quadro se agrava ainda mais quando o Poder Público figura na relação. Esse cenário, associado à alta complexidade social, econômica e política, bem como a complexidade inerente ao próprio sistema jurídico como um todo, faz com que a insegurança nas relações humanas e, especificamente, naquelas que envolvem Estado-cidadão se eleve exponencialmente.

A doutrina jurídica hodierna tem comumente se deparado com uma questão fundamental: qual o papel, a função do Direito nas sociedades contemporâneas? Consenso a que se chega é quanto ao papel insubstituível do Direito como generalizador e estabilizador das expectativas de comportamento, no quadro de mudança contínua da realidade e de sua alta complexidade, em que os riscos são muito elevados.

A tão invocada "segurança jurídica" alcança, nesse panorama, ponto de inexorável mutação: institutos até então construídos como plenamente capazes de proteger a estabilidade das relações jurídicas não mais se mostram aptos a tanto, chegando-se, pois, a verdadeiras encruzilhadas aplicativas das normas - princípios e regras - consagrados constitucionalmente.

As abruptas modificações legislativas, jurisprudenciais e de condutas administrativas merecem, sob esse influxo, especial tratamento: as pessoas, na grande maioria das vezes, baseiam suas escolhas econômicas e pessoais na realidade normativa posta em determinado momento no tempo, confiando na perenidade do *status quo*, esperando alcançar situações que, ao final, restam frustradas, justamente em decorrência de repentinas alterações legislativas, jurisprudenciais ou de condutas administrativas. Veja-se que, no caso das decisões judiciais, por exemplo, a despeito de, em regra, estas emanarem comando individual e concreto unicamente às partes envolvidas, elas podem engendrar precedentes capazes de fiar efeitos gerais e abstratos aplicáveis a casos idênticos ou semelhantes, levando indivíduos a pautar suas atitudes conforme tal jurisprudência, confiantes em sua perenidade, especialmente se emanadas por Tribunais Superiores.

Assim é que, no atual contexto histórico, chamado de pós-modernidade por muitos, de alta complexidade social, econômica e do sistema jurídico como um todo, aliado

à receança generalizada e ao descrédito quanto à normatividade posta, parece urgir a necessidade de se prestigiar a previsibilidade nas relações humanas e, em especial, nas relações Estado-cidadãos, possibilitando reforço à segurança jurídica e, conseqüentemente, proporcionando estabilidade ao ambiente social.

Como reação ao “vale-tudo” e ao extremo relativismo pós-moderno, surgem teóricos que passam a propor métodos de se assegurar a firmeza, a solidez do sistema jurídico, como Niklas LUHMANN¹, ao propor o necessário fechamento desse sistema, para que ele possa produzir, a partir de si mesmo, operações próprias, reproduzindo em rede seus avanços e recuos, possibilitando, assim, o conhecimento (sistema de natureza autopoietica). Na teoria dos sistemas de LUHMANN, a interação entre o sistema e o ambiente externo dependeria da inclusão ou exclusão de elementos, acoplados ou desacoplados estruturalmente, sendo que mesmo as irritações que podem provocar mudanças se transformariam em irritações para dentro do sistema (os *inputs*).

Entretanto, diante da necessidade de fechamento do sistema jurídico, colocada por LUHMANN, conforme pondera DERZI², como enfrentar a plasticidade e a fluidez do Direito? A segurança jurídica, a proteção da confiança, a previsibilidade do Direito seriam possíveis e conciliáveis com tal complexidade e mutabilidade? A resposta parece repousar em esforços que garantam que o sistema jurídico possa se diferenciar do ambiente e, com isso, atender às expectativas legítimas, sustentando-se, desse modo, na previsibilidade e na estabilidade.

A teoria dos sistemas de CANARIS³ parece fornecer soluções às dúvidas engendradas pela alta complexidade do ambiente social hodierno, a afetar diretamente o sistema jurídico. O pensador tedesco, para isso, propõe a abertura do sistema, compreendida como sua permanente incompletude, a denotar sua capacidade de evolução e alterabilidade. De tal sorte, o sistema jurídico ficaria constantemente sujeito à incorporação de novos princípios, já que o fechamento implicaria seu engessamento, impossibilitando a necessária incorporação do progresso científico.

Nesse diapasão, segundo CANARIS, sempre que um novo princípio obtiver validade para o sistema, pode-se aceitar o nascimento de um novo sistema, que absorve o já

¹ LUHMANN, Niklas. *A Nova Teoria dos Sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). *Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997. p. 93-110.

² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito, sob o Signo da Segurança e da Proteção da Confiança*. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 245-284.

³ CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes de Cordeiro. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-124.

existente. Tal modificação, contudo, não se daria em saltos, mas paulatinamente. A abertura atuarial, portanto, como incompletude do conhecimento científico e como fator de mobilidade da própria ordem jurídica, que evoluiria juntamente à sociedade como um todo.

A teoria de CANARIS aparenta fazer todo o sentido quando contextualizada diante da realidade jurídica brasileira, a demandar a incorporação material do princípio da segurança jurídica, especialmente em sua vertente subjetiva da proteção da confiança legítima. Sua teorização, ao conferir proteção à aparência do Direito, apta a gerar responsabilidade, diante da boa-fé objetiva de quem confiou, tem relevância fundamental ao presente trabalho, que visa analisar justamente aspectos da proteção da confiança, na vertente das expectativas jurídicas.

Crê-se, assim, no fundamental papel da justiça prospectiva na busca pela valoração das promessas feitas pelo legislador ao destinatário da lei, pelo julgador, ao firmar entendimento acerca da aplicação de determinada norma a um específico caso concreto, e pelo administrador, ao conduzir determinada situação reiteradamente da mesma forma, sendo que a confiança, manifestada pela boa-fé objetiva, desempenha papel central nessa relação.

Dessa forma, pretende-se, com o trabalho ora apresentado, ressaltar a importância da segurança jurídica como elemento estabilizador das relações humanas e, em especial, da relação contribuinte-Estado, investigando como o sistema constitucional brasileiro de 1988 pode proteger as legítimas expectativas do cidadão-contribuinte, valorando as promessas estatais através da justiça prospectiva, associação dos elementos “tempo”, “formação dos fatos jurídicos” e “confiança”.

Para tanto, o texto foi estruturado da seguinte forma:

- No primeiro capítulo, delinea-se a compreensão do conceito de “segurança jurídica” e seus variados aspectos. De início, parte-se da relação entre a segurança e o Direito para compreender a segurança jurídica como razão fundamental do próprio Direito, extraíndo suas significações como fato, como valor e como norma para, em seguida, demonstrar como a "norma-princípio" denominada "segurança jurídica" se põe no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demandando a busca pelos objetivos "acessibilidade", "estabilidade" e "previsibilidade" do ordenamento jurídico como um todo. Para uma análise mais acurada do objeto deste trabalho, a segurança será decomposta em conteúdos objetivo e subjetivo, sendo de especial relevância a proteção ao direito adquirido (como conteúdo objetivo) e à

confiança legítima (como conteúdo subjetivo). Demonstra-se, por fim, nessa primeira parte, que a segurança jurídica constitui sobreprincípio no desenho do Estado de Direito Brasileiro, traduzida em uma série de direitos fundamentais dos cidadãos, revelando-se, em matéria tributária, por meio das regras da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade e da vedação ao confisco.

- O segundo capítulo cuida, a partir do estudo do conflito das leis no tempo – em particular da impossibilidade de retroação das leis –, do caráter objetivo da segurança jurídica, qual seja, o direito adquirido, garantia máxima de prevalência da segurança jurídica no ordenamento constitucional pátrio.
- No capítulo 3 delinea-se o viés subjetivo da segurança jurídica, através da reconstrução do princípio da proteção da confiança legítima, demonstrando a sua evolução e os seus fundamentos. São analisados os mecanismos de aplicação do princípio da proteção da confiança, bem como os seus requisitos: o surgimento da base de confiança, que traz em si a legitimidade como pressuposto inafastável, as condições e os modos de proteção efetiva, exigindo-se o exercício e a frustração da confiança depositada nos atos estatais. Nesse ponto, o estudo ainda traz à lume a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, plasmada na jurisprudência dos Tribunais Superiores.
- Após o estudo do princípio da proteção da confiança legítima, face subjetiva do sobreprincípio da segurança jurídica, propõe-se, no capítulo 4, o delineamento da expectativa de direito, procurando compreender como age a segurança jurídica na transição temporal como forma de resguardar tais expectativas. Para tanto, analisa-se a importância do tempo da promessa estatal como geradora de expectativa, que deve ser legitimada pela boa-fé daquele que confia. A proteção da confiança, assim, encontra lugar na formação dos fatos jurídicos, iluminando a valoração das promessas advindas do Poder Público: a justiça prospectiva é, então, vista como antecipação do futuro, ainda incerto, mas assegurado pelo Direito.
- Já no capítulo 5 examinam-se os graves impactos sociais, econômicos e jurídicos causados pelas repentinas alterações de entendimento das três esferas de Poder do Estado, expondo uma grave tensão entre a necessidade de evolução, de mudança, e a exigência de certa permanência, de perenidade. Aqui se delinea a aplicação de normas de transição, fundadas na proporcionalidade, como instrumento de

compatibilização da mudança com a segurança jurídica, permitindo que o contribuinte não se frustre em seu agir com lealdade para com o Poder Público. Por fim, diante da constatação da existência do que são verdadeiros princípios e regras de transição temporal em matéria tributária, expõe-se a sua configuração e aplicabilidade no âmbito dos três Poderes estatais: no Legislativo, o princípio da não-surpresa, consubstanciado nas regras da anterioridade e da espera nonagesimal; no Executivo, as regras de conduta administrativa presentes nos artigos 100, parágrafo único, e 146 do Código Tributário Nacional; no Judiciário, a obrigação de atribuição de efeito prospectivo às decisões que modificam jurisprudência consolidada. Esses mecanismos buscam, de formas variadas e efetivas, proporcionar a segurança jurídica - em particular, a proteção da confiança -, ainda que não seja essa a terminologia utilizada quando da concepção dos institutos, em verdadeira aplicação concreta da justiça prospectiva.

- Ao cabo, são apresentadas as conclusões deste estudo, permeadas por uma síntese dos principais temas abordados em cada um dos capítulos.

Consoante se infere do exposto, a temática do presente trabalho é tão intrigante quanto complexa, o que denota a importância do aprofundamento teórico. Destaca-se que, de maneira alguma, pretende-se esgotar a questão por meio da presente monografia - tarefa hercúlea e que demandaria uma vida inteira de investigações e quantidade inimaginável de páginas -, mas tão somente ofertar singela contribuição para o estudo do tema.

CAPÍTULO 1

SEGURANÇA E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA APROXIMAÇÃO DO PROBLEMA

1.1 A segurança e o Direito

Hodiernamente, dentro da extrema mobilidade do mundo e da alta complexidade das sociedades de risco contemporâneas, “o sistema jurídico se presta [ou deveria se prestar] a acolher as expectativas legitimamente criadas e, portanto, a proteger a confiança.”⁴ A preocupação é justificada ante a escancarada crise da modernidade⁵, que vem sendo socialmente vivenciada, em especial na seara jurídica, caracterizada pela fragilização da “vontade de Constituição”⁶ - fenômeno observado por DERZI - por meio da substituição dos paradigmas existentes por um outro paradigma: o da informalidade, deslegalização e descrença na força normativa do Direito.⁷ Vem se instalando, de tal sorte, ao lado do pluralismo e da complexidade, a ausência de regras, a permissividade, o descrédito generalizado, a incerteza e a indecisão, ocasionando questionamentos acerca de princípios jurídicos até então tidos como sólidos, como a segurança jurídica.

Consoante ponderações de BAUMAN, o que induz tantos teóricos a falar hoje em "fim da história", pós-modernidade, "segunda modernidade" e "sobremodernidade", ou até mesmo articular a intuição de uma mudança radical na coexistência humana e nas

⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 316.

⁵ BAUMAN assevera, com base em estudo retrospectivo realizado por Alain Peyrefitte (*La société de confiance: essai sur les origines du développement*. Paris: Odile Jacob, 1998, p. 514-516), que o traço mais sobressalente, de viés constitutivo, da sociedade moderna/capitalista de "desenvolvimento obsessivo compulsivo" era a confiança: confiança em si próprio, nos demais e nas instituições. Os três depositários da confiança eram igualmente indispensáveis, condicionando-se e sustentando-se mutuamente: se retirado um deles, os demais implodirão ou entrarão em colapso. A construção da ordem "moderna" pode ser descrita, assim, como o esforço para estabelecer suas próprias bases institucionais: propiciar um marco de trabalho estável em que a confiança poderia ser depositada e fazer verossímil a crença de que os valores protegidos neste momento seguirão sendo protegidos e desejados, que as regras para a sua persecução e obtenção seguirão sendo respeitadas, não serão modificadas e permanecerão imunes ao transcurso do tempo. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 175-176).

⁶ HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 25.

⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *A Praticidade, a Substituição Tributária e o Direito Fundamental à Justiça Individual*. In: FISCHER, O. C. (org.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 261-277.

condições sociais que restringem atualmente as políticas de vida, é o fato de o grande esforço para acelerar a velocidade do movimento social ter chegado ao seu "limite natural": o poder pode mover-se com a velocidade do sinal eletrônico; assim, o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais reduziu-se à instantaneidade. O sociólogo chega a aduzir que a etapa atual da história indica, desse modo, "o fim da era do compromisso mútuo", em que o poder estatal se encontra cada vez mais móvel, escorregadio, mutante, evasivo e fugitivo.⁸

Nesse contexto de alta complexidade social, econômica e do sistema jurídico como um todo, aliada à receança generalizada e ao descrédito quanto às regras postas, reforça-se, destarte, a necessidade de se prestigiar a previsibilidade nas relações humanas e, em especial, nas relações Estado-cidadãos, possibilitando fortalecimento da segurança jurídica e, conseqüentemente, proporcionando estabilidade ao ambiente social, impedindo, dessa forma, a implosão das estruturas sociais.

Em razão disso, é preciso, preliminarmente - levando em consideração o escopo do presente trabalho -, averiguar os aspectos da tão bradada "segurança jurídica", partindo da relação entre a segurança e o Direito para, então, extrair do termo as suas diversas significações - segurança jurídica como razão do Direito, como fato, como valor e como norma -, chegando aos seus aspectos objetivo e subjetivo, investigando, a seguir, o tratamento da norma-princípio "segurança jurídica" pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para, a partir daí, analisar mais detalhadamente como a proteção jurídica das situações individuais pode graduar-se em intensidade de acordo com a incidência da segurança jurídica em suas diversas modalidades, objetivando alcançar as expectativas de direito, objeto final deste trabalho. É o que se passa a fazer.

1.1.1 A insegurança e a convivência humana: a necessidade de ordem, de segurança e de certeza. A segurança não-jurídica.

O que significa viver em segurança (ou não viver em insegurança)? As respostas são múltiplas e dependem de fatores subjetivos ligados à psiquê humana.

A convivência humana ao longo dos séculos – aos quais é possível acesso via

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*, op. cit., p. 16, 19.

escritos e documentos – sempre foi pontuada por conflitos e embates dos mais variados tipos e pelos mais diversos motivos, em tentativas de conquista ou de preservação de bens caros a um ou a vários homens. A alma humana sempre buscou o que lhe parecia necessário ou importante, independentemente da era ou do lugar, mesmo que isso implicasse subjugação de outrem ou manipulação da natureza. Como pontua CAVALCANTI FILHO, “o homem utiliza-se da natureza para realizar os seus objetivos. Mas para tanto a transforma, acrescenta-lhe alguma coisa, submete-a enfim aos seus desígnios”.⁹ E a partir daí o homem constrói significados a coisas ou a sensações que antes não lhe eram diletas.

COELHO afirma que o homem é, “antes de tudo, um ser-de-necessidades ou *homo necessitudinis*”, que precisa agir, isto é, trabalhar para satisfazer suas necessidades básicas (*homo faber*), humanizando a natureza.¹⁰ Tal ação diante da vida traduz a incessante busca do ser humano pela sobrevivência. Entretanto, não se fala em simples sobrevivência, mas na vida adornada com tudo aquilo que é capaz de trazer ao homem satisfação e plenitude.

Apenas o homem é animal capaz de síntese, como observa REALE, o único apto a se antecipar a particularidades dos impulsos, em uma antevisão consciente, prevenida e intencional do futuro. Tal “poder de síntese” seria a expressão do espírito como liberdade, “pois o homem, na evolução cósmica, só se libertou do meramente natural na medida em que soube vir se impondo à natureza, servindo-se dela para os seus próprios fins”.¹¹ O espírito humano, então, embebido do mote libertário, objetiva-se, ou seja, põe em movimento, no quadro do já dado, realidades nunca antes experimentadas, formas de vida e estruturas que enriquecem a natureza: é o que REALE denomina “mundo histórico-cultural”.¹² A partir desse movimento, o ser humano passa a proteger determinados bens de acordo com conveniências das mais variadas espécies, sejam utilitárias, pragmáticas, éticas ou até mesmo estéticas desligadas de qualquer aplicação prática imediata (tão somente para atender a exigências espirituais de beleza e harmonia, por exemplo).

Dentre os mais variados modos de objetivação da vida, o ser humano encontrou no Direito uma das mais seguras formas de proteção a bens a ele caros, independentemente da fase histórica, pois propiciador da uniformização dos objetivos de determinado grupo

⁹ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964, p. 27.

¹⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 05.

¹¹ REALE, Miguel. Prefácio. In: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. II.

¹² REALE, Miguel. Prefácio. In: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. III.

social, superando (ou buscando superar) “as particularizações conflitantes das ações humanas”.¹³ COELHO pondera que o Direito é a mais aperfeiçoada técnica de controle social, sendo seu objeto justamente a organização da sociedade e das condutas humanas.¹⁴

O Direito, nesse viés de objetivação da conduta humana, possibilita, pois, a determinação e a previsão da tipicidade dos comportamentos possíveis – sejam os desejados ou os reprováveis (ou puníveis) – por intermédio da configuração de classes de ações e de correspondentes classes de normas, gerando uma saudável coerência e propiciando, conseqüentemente, previsibilidade nas condutas sociais como forma de criar um sentimento de certeza e de segurança. Pode-se afirmar que o Direito, bem como o Estado, são decorrências do clamor humano por segurança. Como afirma MAFFINI, “o Estado e o Direito consistem em instrumentos de consecução de segurança – num sentido amplo – justamente em razão de serem ambos frutos culturais imanentes à condição humana.”¹⁵ E arremata CANOTILHO, ao afirmar que o homem “necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida.”¹⁶

A noção e a sensação de segurança são, assim, essenciais à própria configuração da vida humana em sociedade, propiciando um mínimo de ordem e de estabilidade ao desenvolvimento de relações sociais calcadas na confiança, tanto entre as pessoas privadas quanto entre o privado e o público (Estado). DERZI¹⁷ noticia que, para LUHMANN, tal noção de “segurança do Estado” equivale à noção de constância relativa, apesar da variação contínua; à simplificação do mundo, por meio da redução da variação infinita; ao futuro em prospecção, por meio de sua antecipação e da redução das alternativas inumeráveis às alternativas já conhecidas do presente.

Nota-se, assim, que o ser humano, no curso de sua infindável busca pelo que lhe seja caro, sempre prezou por alguma estabilidade, por alguma firmeza e por garantias diante da vida, até como forma de autopreservação. A necessidade de existência de “garantias” diante da vida parece constituir plausível justificativa às mais diversas ações humanas diante da natureza e de terceiros: a fragilidade e a brevidade da vida levam os seres humanos a, quase que instintivamente, garimpar por alguma solidez em rios de incerteza e de acaso. E o

¹³ REALE, Miguel. Prefácio. In: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. III.

¹⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 08.

¹⁵ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 24.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

¹⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 327-328.

Direito vem, ao longo dos milênios de história humana, tentar suprir tal lacuna, ao proporcionar “segurança”.

Para uma adequada percepção do sentido do vocábulo “segurança”, não obstante, faz-se necessária análise prévia de suas diversas acepções linguísticas, conforme HOUAISS e VILLAR¹⁸:

1. ação ou efeito de tornar seguro; estabilidade, firmeza, segurança;
2. ação ou efeito de assegurar e garantir alguma coisa; garantia, fiança, caução;
3. estado, qualidade ou condição de uma pessoa ou coisa que está livre de perigos, de incertezas, assegurada de danos e riscos eventuais, afastada de todo mal;
4. estado, condição ou caráter daquilo que é firme, seguro, inabalável, ou daquele com quem se pode contar ou em quem se pode confiar inteiramente;
5. situação em que não há nada a temer; a tranquilidade que dela resulta;
6. conjunto de processos, de dispositivos, de medidas de precaução que asseguram o sucesso de um empreendimento, do funcionamento preciso de um objeto, do cumprimento de algum plano etc.;
7. certeza, infalibilidade; convicção; evidência;
8. força ou firmeza nos movimentos; firmeza de ânimo, resolução, afoiteza, autoconfiança;
9. protesto, afirmação;
- (...)
11. atitude de confiança nos próprios recursos, presença de espírito, autodomínio, ger. aliada à certeza de pertencer a um grupo social valorizado ou de ser respeitado em seu grupo social;
12. estado em que a satisfação de necessidades e desejos se encontra garantida;
- (...)
14. Rubrica: termo jurídico.
o que assegura uma obrigação; garantia, caução;

Os autores ainda remetem o leitor aos sinônimos de “segurança” – segurança, seguridade, confiança, certeza, confidência, crédito, fé, fiança, fidúcia, fidúncia, fieza, fiúza, insuspeição –, bem como aos antônimos – ubiedade, insegurança, perigo, risco, baque, desconfiança, descrédito, descrença, dúvida, duvidança, incerteza, pressentimento, receança, receio, suspeição, suspeita, teiró.

ÁVILA, em aprofundada pesquisa sobre a segurança jurídica, afirma que a referida expressão vem sendo utilizada com variada significação, o que decorre da polissemia da palavra “segurança” e da própria expressão “segurança jurídica”.¹⁹ Como forma de reduzir as possibilidades semânticas, o professor analisa os diversos sentidos da palavra “segurança”.²⁰

¹⁸ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <houaiss.uol.com.br> Acesso em: 01 fev. 2011.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009, p. 105.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 106-110.

Em seu aspecto objetivo, “segurança” é empregada no sentido da busca do homem em se proteger contra ameaças externas (segurança externa, física ou objetiva), ou seja, “estar seguro” descerra o significado de proteção de algo ou contra algo que represente uma ameaça externa à incolumidade física humana.

Já em aspecto subjetivo, “segurança” significa a procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva). A seu turno, a segurança como estado psicológico “revela aquilo a que se referiam os antigos como ‘animi tranquillitas’, ou estado de ausência de preocupações, criador da própria palavra ‘segurança’ como ‘sine + cura’ (sem preocupações).”²¹

Pode-se também ler o termo no sentido de confiança, fazendo-se possível o seu exame em diversos aspectos: da Psicologia (relação de confiança entre as pessoas); da Economia (confiança como princípio organizacional e das trocas entre agentes econômicos); da Sociologia (confiança como valor social, antecipador de comportamentos, redutor da complexidade da sociedade); da Filosofia (o valor da confiança como fenômeno espiritual ou valor moral); da Política (processos de confiabilidade entabulados entre os cidadãos e os sistemas de governo).

Já a chamada “segurança pública” quer significar “um estado de proteção de bens individuais e coletivos, como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade.”²² PIAZZON²³ observa que a segurança pública é aquela que os poderes públicos devem preservar e cuja missão fica especificamente a cargo da polícia: os cidadãos devem poder viver em paz. Na língua francesa, “*sûreté*” é sinônimo de segurança pública (*sécurité publique*), como pondera PIAZZON ao afirmar que “a segurança [*sûreté*] aqui tratada é a proteção da integridade física e patrimonial do sujeito de direito, enquanto o conceito de segurança [*sécurité*] é definitivamente maior.” (Tradução livre)²⁴.

Por fim, pode-se conceber a segurança como sinônimo de proteção social contra ameaças às condições essenciais de sobrevivência humana, compreendendo o conjunto de instituições voltadas a tal modalidade de proteção, como os institutos de previdência, os sistemas de saúde e os sistemas de proteção contra o desemprego, *verbi gratia*.

Mesmo diante da polissemia do termo, observa-se que, ao falar de “segurança”, fala-se também, quase que necessariamente, de ordem e de certeza. Isso porque, a partir do

²¹ Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 107.

²² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 109.

²³ PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*. Paris: Defrénois, Lextenso éditions, 2009, p. 03.

²⁴ “(...) la *sûreté* vise ici la protection de l’intégrité physique et des biens des sujets de droit, tandis que la notion de *sécurité* est indéniablement plus large.” In: PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 03.

momento em que se pensa em qualquer tipo de organização humana, faz-se premente o mínimo de ordem e de certeza para que as relações sociais possam se desenvolver em ambiente propício a tanto. “É que a vida coletiva exige comportamentos pautados por normas comuns, que sirvam de critérios orientadores das atitudes individuais, normas essas que possibilitem a cada indivíduo prever o que os outros poderão fazer e, em caso de necessidade, exigir determinados comportamentos.”²⁵

RIPERT nota que tudo o que um indivíduo possui, bem como tudo o que espera ter – como a constituição de uma família, a aquisição de bens, a organização de seus estudos, de seu trabalho e de sua carreira profissional – implica manutenção de uma ordem preestabelecida.²⁶ Inexistente tal ordem, a vida em comum restaria inviável, pois ausentes requisitos mínimos para tanto indispensáveis.

HOBBS²⁷ já antevia a falta de ordem como um dos motivos determinantes à dissolução social, ao afirmar que, quando os Estados, instituições destinadas “a viver tanto tempo quanto a humanidade, ou quanto as leis de natureza, ou quanto a própria justiça, que lhes dá vida”, perecem por “desordem intestina”, a razão de tal enfermidade reside nos próprios homens enquanto seus obreiros e organizadores, havendo premente necessidade de um “arquiteto muito hábil”, sob pena de os homens se verem “reunidos em outra coisa que não um edifício desordenado, o qual, mesmo que consiga aguentar-se durante sua própria época, necessariamente cairá sobre a cabeça da posteridade.”²⁸

E, para que haja ordem, é imprescindível a existência de ordenação jurídica que conserve bens e valores caros a determinada sociedade.

1.1.2 A segurança como razão fundamental do Direito

²⁵ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. 07.

²⁶ RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris: LGDJ, 2. ed., 1955, p. 01 apud CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. 07-08.

²⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed., Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 173-174.

²⁸ Certamente, como lembra DALLARI, o contratualismo hoje não mais possui adeptos declarados que o sustentem como doutrina. No entanto, suas ideias exerceram – e continuam exercendo – influência prática indiscutível, devendo-se, inclusive, reconhecer sua presença patente na concepção contemporânea de democracia. Os preceitos básicos do contratualismo são, destarte, aceitos como justificativas filosóficas da ordem social, pois “não se poderá falar do homem concebendo-o como um ser isolado, devendo-se concebê-lo sempre, necessariamente, como o *homem social*”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.)

A partir da vida em sociedade, brota o Direito. A convivência entre o “ser” e o “outro” realçam o social, sendo que, certamente, “do fato social projetam-se interesses, carências e aspirações a suscitar regulação”, decorrendo daí valores que fecundam o Direito.²⁹

Se o Direito está na norma, certamente ele desabrochou a partir do ambiente cultural de cada povo, com suas aspirações e seus valores, reflexos da experiência social, como relata COÊLHO. Tais valores e critérios trazem a marca de interesses concretos, que podem até ser conflitantes. Trata-se, portanto, “de dar ‘forma’, ‘eficácia’ e ‘vigência’ a prescrições que se reputam ‘certas’ e ‘necessárias’ à convivência humana e à ‘ordem pública’.” “O Estado, assim como o Direito, são instrumentos de compromisso”³⁰, havendo sempre relação de coerência entre sociedade e Direito.

Como lembra ROMANO, o que não supera a esfera meramente individual – a vida singular com tal – não é Direito. Por outro lado, inexistente sociedade sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi jus*), sendo “sociedade”, para o jurista italiano, um ente que não se confunde com os membros que o compõem, representando uma unidade concreta e autônoma.³¹ REALE, remetendo-se justamente à concepção de Direito posta por ROMANO – Direito como “realização de convivência ordenada” –, afirmou ser possível dizer, “sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e de solidariedade.”³²

A relação de dependência recíproca entre o Direito e a sociedade também é destacada por LUHMANN, que reconhece ser o direito codeterminado pelo desenvolvimento social e, ao mesmo tempo, capaz de codeterminá-lo: a evolução do sistema da sociedade é desencadeadora da mudança social, e as mudanças no arcabouço jurídico são consequências, possibilitadas por reestruturações do sistema social que ajudam a estabilizar importantes conquistas institucionais do processo evolutivo. “O direito, enquanto elemento imprescindível da estrutura social, é sempre consequência e causa ao mesmo tempo.”³³

CAVALCANTI FILHO frisa a responsabilidade do Direito pela ordem e pela segurança que se instauram em qualquer agrupamento humano, não apenas em organizações mais limitadas, mas também no que diz respeito às mais complexas organizações sociais,

²⁹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 05.

³⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 05.

³¹ ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1945, p. 21-22 *apud* CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. 36-37.

³² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 02.

³³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1985, p. 116-117.

como o Estado.³⁴ A convivência entre seres humanos, em si um fenômeno meramente biológico, torna-se um fenômeno social pelo próprio fato de ser regulamentada, como argumenta KELSEN: “a sociedade é a convivência humana ordenada ou, mais exatamente, a sociedade é o ordenamento da convivência de indivíduos.”³⁵ O Direito, como instrumento de organização da vida em sociedade, surge, então, para a afirmação da segurança, como sustenta PAULSEN³⁶, arrimado em CAMPOS³⁷.

A coerência e a indissociabilidade entre a sociedade e o Direito e, conseqüentemente, entre a sociedade e o Estado refletem nada mais do que a necessidade do homem a sentir-se seguro e protegido contra o que lhe é incerto, criando segurança no ambiente social e permitindo, efetivamente, a vida em sociedade.³⁸ Uma das realizações mais importantes do sistema jurídico, portanto, consoante pondera CALMES, é a sua função de apaziguamento, de pacificação: mais do que qualquer outro contexto de pensamento ou de ação, o Direito é capaz de pôr fim à violência ou de impedi-la, estabelecendo ou restaurando a tranquilidade e a segurança. Caso o sistema jurídico consiga manter tal relevante função, efetivando a paz social, ele tem grandes chances de preservar a sua importância no jogo de poder disputado com os outros sistemas sociais (como o político, o econômico, o religioso e o moral).³⁹

Nesse sentido, a segurança pode ser apreendida como um elemento definitório do próprio Direito, uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico, como assevera ÁVILA.⁴⁰ Isso quer dizer que um ordenamento jurídico despido de certeza não

³⁴ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, op. cit., p. 44.

³⁵ KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 225.

³⁶ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias de legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22.

³⁷ "O Estado é, desde o início, o estabelecimento de uma ordem, em termos de a segurança parecer como seu principal (ou primeiro objectivo)." (CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 195 *apud* PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação...*, op. cit., p. 22).

³⁸ Para CAVALCANTI FILHO, o objetivo primeiro do homem ao realizar Direito está em uma exigência de ordem e de segurança, decorrente de uma necessidade fundamental ligada intimamente à natureza humana. Destaca, contudo, que não se pode prescindir, para a compreensão e para a realização da ordem jurídica, da ideia de justiça (dimensão ontológica do Direito), que não seria, entretanto, a motivação fundamental que determina a realização do direito. (*O problema da segurança no direito*, op. cit., p. 53.)

³⁹ "(...) l'une des réalisations les plus importantes du système juridique est sa fonction d'apaisement, de pacification; mieux qu'aucun autre contexte de pensée ou d'action, le droit est capable de mettre fin à la violence ou de l'empêcher, et d'établir ainsi la tranquillité e la sécurité. Tant que le système juridique apporte cette performance, il a de grandes chances de conserver son importance dans le jeu d'ensemble avec les autres systèmes sociaux (tels la politique, l'économie, la foi ou la morale)." In: CALMES, Silvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 134.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 110-111.

poderá ser sequer considerado "jurídico": a segurança jurídica é uma noção inerente à própria ideia de Direito.

Tal concepção foi sustentada por muitos juristas, destacando-se, dentre todos, RADBRUCH (segundo o qual a segurança jurídica, ao lado da justiça e da conformidade a fins, são os elementos que compõem o núcleo do Direito e sem os quais ele não se caracteriza⁴¹); BOBBIO (para quem a segurança jurídica não é somente uma exigência decorrente da coexistência ordenada do ser humano, mas também um elemento intrínseco do Direito destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade⁴²); FULLER (segundo o qual sem segurança jurídica sequer pode haver Direito, constituindo aquela núcleo do que chama de moralidade do Direito⁴³); COING (que afirma que apenas instituições e relações duradouras podem garantir a segurança jurídica⁴⁴); RAWLS (para quem o Direito é estrutura capaz de viabilizar a cooperação social, via asseguramento das expectativas recíprocas⁴⁵); HART (que defende a certeza quanto às regras primárias e secundárias, bem como à regra de reconhecimento, como elemento definatório do Direito⁴⁶); MESQUITA DEL CACHO (que afirma configurar a segurança jurídica uma "noção medular da Teoria Geral do Direito"⁴⁷); RECASENS SICHES (para quem a segurança jurídica é uma qualidade sem a qual não poderia haver Direito, nem bom, nem mau, nem de qualquer espécie⁴⁸).

POUND ressalta que o Direito é uma forma de conquista da natureza interna do homem, subordinando-a a exigências sociais: o ser humano, pelo Direito, pode controlar a sua tendência natural de autoafirmação - que o conduz à agressividade contra os demais, com o propósito de ver satisfeitas apenas as suas próprias aspirações -, determinando um sistema fechado de valores e interesses que devem ser assegurados, excluindo desse sistema aqueles que não merecem garantia. Estatui-se, assim, um sistema ordenado e certo, em que

⁴¹ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003 (1932), p. 73 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴² BOBBIO, Norberto. La certezza del Diritto é un mito? *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 28, p. 150-151, 1951 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴³ FULLER, Lon. *Anatomy of Law*. Connecticut: Greenwood, 1968, p. 73 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁴ COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 5. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 149 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap, 1971, p. 255, 310 e ss. *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁶ HART, H. L. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1991 (1961), p. 90 e ss. *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁷ MESQUITA DEL CACHO, José L. *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*. Teoría de la seguridad jurídica. v. 1. Barcelona: Bosch, 1989, p. 41 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁸ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1961, p. 224 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 112.

todos poderão se fiar⁴⁹.

Como afirma CANARIS, a segurança demanda - assim como a ordem e a unidade - a necessidade de formação de um sistema jurídico organizado, pois somente por meio de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios e, portanto, ordenado em sistema, os valores caros a determinada sociedade poderão ser adequadamente perseguidos⁵⁰. Nessa toada, a função dos sistemas sociais consistiria, segundo LUHMANN⁵¹, na compreensão e na redução da complexidade, sendo esta não um obstáculo à criação do sistema, mas uma condição para que este seja possível.

Não se ignora aqui a importância do valor "justiça" como finalidade última do Direito, consoante respeitáveis posicionamentos como o de SILVA:

As ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza hão de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa ideia de justiça a segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada.⁵²

PAULSEN afirma que, em verdade, tanto a justiça quanto a segurança são valores basilares do Direito, mantendo implicações mútuas que, inclusive, podem se confundir ou, às vezes, parecem se contrapor.⁵³ COUTO E SILVA esclarece que, da mesma forma como a segurança e a justiça se completam, elas também se colocariam em uma suposta oposição. O autor ensina, não obstante, que esse conflito que se pretende criar a partir da antinomia entre segurança jurídica e justiça é falso: quando se diz que, em determinadas circunstâncias, a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, é porque, no caso em concreto, a segurança jurídica passou a significar a própria justiça.⁵⁴

Afora tais indagações, o que ora se destaca é que a segurança, como razão fundante do Direito, viabiliza a efetivação de todos os demais valores socialmente

⁴⁹ POUND, Roscoe. *The Task of Law*. Lancaster: Franklin and Marshall College, 1944, p. 12 e ss. *apud* CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O Problema da Segurança no Direito*, *op. cit.*, p. 55-57.

⁵⁰ CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, *op. cit.*, p. 22.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 8-13.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 29-30.

⁵³ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação...*, *op. cit.*, p.24.

⁵⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público* nº 84. São Paulo: RT, 1987, p. 46-47 *apud* PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação...*, *op. cit.*, p.24.

relevantes, pois sem ordem e sem certeza todos os demais objetivos de um sistema jurídico restarão inevitavelmente prejudicados, incluindo a justiça, como destaca RECASENS SICHES:

Efetivamente, embora a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) represente o critério axiológico que deve inspirar o direito e embora este não reste justificado, salvo na medida em que cumpra as exigências de tais valores, o direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de render culto ou homenagem à ideia de justiça, mas sim para preencher uma indissolúvel urgência de segurança e de certeza na vida social. A pergunta do porquê e para que os homens fazem o direito não encontramos respondida na estrutura da ideia de justiça, nem na sequência de egrégios valores que a acompanham como pressuposto, mas sim em um valor subordinado - a segurança - correspondente a uma necessidade humana. (Tradução livre)⁵⁵

Nessa medida é que a construção dos sistemas jurídicos contemporâneos vem se desenvolvendo de forma a privilegiar a segurança, em vertentes objetivas e subjetivas, possibilitando o resguardo de ampla gama de direitos, conforme os valores caros a cada sociedade. Consoante DERZI,

Trata-se antes de saber como o sistema jurídico, dentro da extrema mobilidade do mundo, se presta a fornecer estabilidade, se presta a acolher as expectativas legitimamente criadas e, portanto, a proteger a confiança. Se assim não for, a ordem jurídica se confundirá com os elementos do ambiente, sociais, econômicos, morais... enfim, fundir-se-á com os demais sistemas e desaparecerá como instrumento que possibilita a vida, o convívio e a tomada de decisões assentadas em mínimo de confiança.⁵⁶

1.2 Significação da segurança jurídica

1.2.1 Segurança jurídica como fato, valor e norma-princípio

A segurança jurídica pode referir-se a um estado de fato, "a uma determinada realidade concreta passível de constatação", conforme anotações de ÁVILA. Nesse sentido,

⁵⁵ RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, Sociedad y Derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. México: La Casa de España en México, 1939, p. 85-86. Disponível em: <www.biblioteca.org.ar>. Acesso em: 08 mai. 2011.

⁵⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. Justiça Prospectiva no Imposto Sobre a Renda. *Revista Internacional de Direito Tributário* n. 5. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.172.

a segurança jurídica liga-se a uma realidade fática, existente ou não existente, denotando juízo de fato sobre o que se julga existir na realidade fenomênica:

A segurança jurídica, nessa compreensão, significa, pois, a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. Para o contribuinte, a segurança jurídica significa a possibilidade de saber, antecipadamente, aquilo que vai, de fato, ocorrer. É, enfim, a capacidade de antecipar uma situação de fato ou prever efetivamente uma situação.⁵⁷

A análise de sua dimensão fática, como frisa CAYMMI, ressalta duas características fundamentais da segurança jurídica: (a) a impossibilidade de plena implementação da segurança jurídica pelo Direito, existindo fatores alheios às instituições jurídicas de grande relevância para a sua consolidação como fato (como a mutabilidade e a complexidade das organizações sociais); (b) a necessária correlação "fato-valor-norma" para uma correta compreensão da segurança jurídica.⁵⁸

Seguindo, assim, a cadeia dedutiva "fato-valor-norma", a segurança jurídica, em vez de uma mera constatação fática, pode descerrar sentido sobre um estado desejável de coisas, qualificado como digno de ser perseguido por razões das mais diversas naturezas (sociais, culturais, religiosas, econômicas, por exemplo). A expressão "segurança jurídica" pode, dessa maneira, denotar um juízo axiológico relativo àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores.⁵⁹ A segurança jurídica pode ser determinada, dessarte, como um valor.

Os valores constituem objetos ideais com uma própria validade, consoante ensinamento de RECASSENS SICHES: "os valores são objetos ideais que possuem uma validade análoga que corresponde a outros ideais, mas, diferentemente, possuem algo especial a mais, que poderíamos chamar de vocação de serem realizados, pretensão de imperar sobre o mundo e encarnar nele através da ação humana. Certo que a essência dos valores são independentes da sua realização; vale dizer: um valor vale não porque se tenha realizado, mas sim apesar de sua realização." (Tradução livre)⁶⁰. E especificamente sobre o valor segurança jurídica, pontifica:

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 112-113.

⁵⁸ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 46.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 113-114.

⁶⁰ RECASSENS SICHES, Luis. *Vida humana, Sociedad y Derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, op. cit., p. 13-14.

A segurança é também um valor. A categoria deste valor de segurança é inferior à categoria de outros valores jurídicos – a justiça e suas implicações. Mas a realização deste valor de segurança é condição prévia indispensável para o cumprimento dos valores de hierarquia superior. Dito com outras palavras: para que haja direito é preciso que se dê uma ordem certa e de cumprimento certo. Ademais, a estimativa jurídica exige que essa ordem certa e segura seja justa, favorecedora do bem comum, etc. Mas essas qualidades superiores devem se realizar em uma ordem certa e segura. Não pode reinar a justiça em uma sociedade em que não tenha uma ordem certa e segura. Todos esses valores superiores do direito devem cumprir precisamente o direito. Mas não há direito onde não há uma ordem certa e segura. É verdade que não basta criar uma ordem certa e segura, pois esta também deve ser justa. Mas não pode haver justiça quando não há segurança. Portanto, podemos dizer que possa haver um direito – ordem de certeza e com a segurança imposta inexoravelmente – que não seja justo. Mas não pode haver na sociedade justiça sem segurança. A segurança é, pois, a respeito da justiça – e dos demais valores jurídicos por ela implicados – um valor inferior, mas cuja realização condiciona a possibilidade de cumprimento daqueles valores superiores. Em suma, trata-se da relação que está entre a realização de valores conexos de categoria desigual: o cumprimento do valor inferior abastece a possibilidade de levar a cabo sobre esta base o valor superior. Sem a realização do valor inferior, não cabe a possibilidade de que encarne o valor superior. (Tradução livre)⁶¹

Para HABERMAS, um valor significa uma preferência compartilhada intersubjetivamente pelos integrantes de determinado organismo social, expressando "preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades."⁶² A segurança jurídica, assim, seguindo o modelo do mestre tedesco, existe como valor, carregando consigo as ideias de acessibilidade, de estabilidade e de previsibilidade. Reforçando o alegado, ainda segundo HABERMAS, as normas são distintas dos valores da seguinte forma:

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. (...) Os valores (...) determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. (...) a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim) (...).⁶³

O Direito, com a sua positividade, deve criar condições de certeza e de igualdade. A inobservância do valor da segurança jurídica significaria, portanto, a

⁶¹ RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, Sociedad y Derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 253-254.

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. vol. 1. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 316.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, *op. cit.*, p. 319.

impossibilidade de realização dos demais valores sociais fundamentais, o prejuízo ao desenvolvimento econômico dos países, além da desintegração ético-moral do sistema de organização social pela quebra da confiança e da boa-fé nas relações entre a esfera estatal e a esfera privada, conforme apontamentos de VILLEGAS.⁶⁴

SOUTO MAIOR BORGES chega a se referir à segurança jurídica como valor transcendente ao próprio ordenamento jurídico:

A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade.⁶⁵

O afirmado por BORGES conduz à noção seguinte na cadeia dedutiva "fato-valor-norma": segurança jurídica como norma jurídica, ou seja, como "prescrição normativa por meio da qual se estabeleça, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório."⁶⁶ A segurança jurídica, nesse sentido, determina um estado de coisas a ser buscado mediante a adoção de meios que contribuam efetivamente para sua promoção.

A segurança jurídica representaria, assim, uma norma da espécie princípio: norma imediatamente finalística, primariamente prospectiva e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁶⁷

Como declara BARROS CARVALHO, os princípios surgem como "linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença."⁶⁸

Especificamente no que tange ao princípio da segurança jurídica, BARROS

⁶⁴ VILLEGAS, Hector B. *Principio de seguridad juridica en la creación y aplicación del tributo*. Revista de Direito Tributário n. 66. São Paulo: Malheiros, p. 16 *apud* CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária, op. cit.*, p. 42.

⁶⁵ BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, *RDT* n. 63. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 206.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.

⁶⁸ BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163-164.

CARVALHO destaca o seu papel de coordenação do fluxo das interações inter-humanas, "no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta", de suma importância para que os cidadãos tenham tranquilidade para planejar as suas ações futuras, confiantes no modo pelo qual a aplicação das normas e do Direito se realiza. Frisa também a certeza no tratamento dos fatos já consumados e dos fatos vindouros, ressaltando a importância da bidirecionalidade passado/futuro para que estabeleça clima de segurança das relações jurídicas.⁶⁹

Também CANARIS destaca os objetivos a serem alcançados pela via da segurança jurídica, valor que se converte em princípio a partir do momento em que se objetivam os seus sentidos e propósitos: determinabilidade e previsibilidade do Direito, estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência, ou simplesmente praticabilidade da aplicação do Direito.⁷⁰

A aplicação do princípio da segurança jurídica exige, portanto, a sua correlação com a realidade jurídica: os efeitos de uma norma devem ser vinculados com o estado de coisas que se deseja realizar. E esse "estado de coisas" a ser promovido passa por três imperativos básicos: o da acessibilidade, o da estabilidade e o da previsibilidade, como se verá a seguir.

1.2.2 Segurança jurídica como estado de coisas a ser promovido. Os três imperativos da segurança no Direito: acessibilidade, estabilidade e previsibilidade.

A noção de segurança jurídica demanda concreção e especificação de seus sentidos para que seja possível a sua aplicação fática: é necessário estabelecer qual o estado de coisas cuja realização a segurança jurídica deve promover. Em outras palavras, é vital que os valores de determinada sociedade sejam objetivados por intermédio do Direito como forma de albergar a segurança. Como sustenta ÁVILA, "o objeto do princípio da segurança jurídica não é, por assim dizer, diretamente a configuração da realidade, mas sim a configuração do Direito ou de um direito como instrumento para se configurar a

⁶⁹ BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*, op. cit., p. 166.

⁷⁰ CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, op. cit., p. 22.

realidade."⁷¹

Fala-se, desse modo, em segurança jurídica como princípio nesse ponto, consoante escólio de ÁVILA, segundo o qual princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁷² Percebe-se, assim, que os princípios estabelecem um fim a ser atingido, a exprimir uma orientação prática, não necessariamente pré-definida e, ao mesmo tempo, mutável no tempo, de acordo com o estágio de desenvolvimento do Direito. O princípio da segurança jurídica presta-se, nessa toada, como instrumento para a promoção de outros princípios ou de direitos, compondo-se de um estado de coisas cuja realização depende da adoção de meios que surtam efeitos a amparar tal realização.

Como leciona SILVA, ALEXY parte do pressuposto de que as regras e os princípios se distinguem qualitativamente, e não em relação ao grau: princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, caracterizando o que o autor alemão chama de mandamentos de otimização.⁷³

ÁVILA, por sua vez, sustenta que a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras:

Isso (...) importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir *após a sua interpretação*. (...) Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação diante das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como todos os princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante das circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o *grau de abstração anterior à interpretação*.⁷⁴

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 127.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, *op. cit.*, p. 78-79.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. 1 (2003): 607-630, p. 610-611, cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* n. 215, (1999): 151-179 *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, *op. cit.*, p. 611.

Conclui-se, destarte, que os princípios jurídicos, por sua natureza, são descobertos primitivamente como abertos, consoante ponderação de DERZI, referindo-se a ESSER.⁷⁵ Tal abertura, contudo, não conduziria necessariamente à criação de tipos, entendidos como ordens flexíveis e graduáveis. Nessa linha, os princípios podem ser concretizados por meio do pensamento tipológico ou da determinação conceitual, fechada. Entretanto, um ou outro método traz vantagens e desvantagens para o contexto social. Os tipos propiciam, com mais facilidade, a permeabilidade da estrutura jurídica a formas novas e transitivas, emergentes do tráfego social, podendo, todavia, redundar em menor segurança nas relações. Os conceitos, em outro giro, apesar de propiciarem certeza, “engessam” a necessidade de mutabilidade constante do Direito, tornando-se, muitas vezes, inadequados com o decorrer do tempo.⁷⁶

O princípio da segurança jurídica, nesse quadro, seria um princípio geral, inerente à ordem jurídica ocidental, a fazer parte de um fundo constitucional comum às democracias pós-modernas, constituindo condição motriz da ordem jurídica, já que, enquanto são respeitadas as exigências da segurança jurídica, também são respeitadas a credibilidade e a solidez do sistema jurídico em seu entorno.

Merece destaque o conceito de segurança jurídica cunhado por ÁVILA, ante a sua completude de sentidos:

(...) norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento juridicamente informado do seu futuro.⁷⁷

MAFFINI observa, com precisão, que “em todas as perspectivas pelas quais se possa analisar o sobreprincípio do Estado de Direito, afigura-se uma constante a menção ao princípio da segurança jurídica, no sentido de que este (o princípio da segurança jurídica) decorre, dedutivamente, daquele (o sobreprincípio do Estado de Direito).”⁷⁸ O autor cita os

⁷⁵ ESSER, Joseh. *Principio y Norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 61-67 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105-106.

⁷⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, *op. cit.*, p. 105-106.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 290.

⁷⁸ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 45.

posicionamentos coincidentes de CALMES⁷⁹, de COUTO E SILVA⁸⁰ e de ÁVILA.⁸¹ Sob esse pálio, revela-se imperioso buscar-se o sentido finalístico do princípio da segurança jurídica, a informar a sua definição normativa e operativa.

PIAZZON define a acessibilidade, a estabilidade e a previsibilidade como as principais facetas do imperativo de segurança jurídica, denominando-os de "tríptico clássico" (*triptyque classique*), exigências à compreensão da segurança jurídica como estado de coisas a ser buscado.⁸²

No mesmo sentido, ÁVILA descreve a cognoscibilidade (acessibilidade para PIAZZON), a estabilidade, decomposta em "permanência", "credibilidade" e "confiabilidade" (estabilidade para PIAZZON), e a calculabilidade (previsibilidade para PIAZZON) como fins a serem perseguidos por meio do princípio da segurança jurídica, estados de coisas que servirão de parâmetros aos operadores do Direito para a criação de mecanismos indutores de segurança.⁸³

Ainda em identidade de sentidos, CALMES afirma que, em um primeiro aspecto, a segurança jurídica se deduz da previsibilidade (*Voraussenhbarkeit* ou *Vorhersehbarkeit*), ou ainda da possibilidade de *calculabilidade* (*Vourausberechenbarkeit*) das medidas ou comportamentos do Poder Público em qualquer de suas funções (judicante, administrativa ou legisladora).⁸⁴ De tal forma, os destinatários dos atos estatais devem ter plenas condições de conhecer tais atos previamente, quer dizer, anteriormente à sua concretização. Em uma segunda acepção, o princípio da segurança jurídica conduziria a uma ideia de *acessibilidade* (*Vermittelbarkeit*), relacionada ao amplo conhecimento das ações em

⁷⁹ A professora francesa considera que o princípio da proteção da confiança legítima advém diretamente do Estado de Direito material, via um de seus elementos nomocráticos: a segurança jurídica (In: CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 134.)

⁸⁰ Segundo o jurista, o Estado de Direito seria apoiado, em um aspecto material, nas ideias de justiça e de segurança jurídica, ao passo que, sob o ângulo formal, o Estado de Direito seria composto por uma vasta gama de elementos: a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; a divisão da função do Estado; a legalidade da Administração Pública; a proteção da confiança (In: COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 35.)

⁸¹ "O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, "a") e da anterioridade (art. 150, III, "b"). Em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal." (In: ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295).

⁸² PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 17-18.

⁸³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 129-133.

⁸⁴ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 158-159.

noção ampla (transparência dos atos estatais).⁸⁵ Já em uma terceira aproximação, aponta uma feição de previsibilidade *ex post* à segurança jurídica, ou seja, no sentido de *estabilidade* (*Beständigkeit*), continuidade, permanência e regularidade das situações e relações jurídicas já concretizadas (sejam atos ou comportamentos do Poder Público).⁸⁶

O exame de cada um dos três mencionados imperativos faz-se essencial para a compreensão do possível alcance concreto da segurança jurídica, a depender de seu manejo pelos operadores do sistema jurídico.

1.2.2.1 Acessibilidade normativa

O primeiro imperativo - o da acessibilidade - quer dizer que o Direito deve ser acessível, com razoável facilidade, como forma de possibilitar a sua plena intelecção. Tanto para PIAZZON⁸⁷ quanto para ÁVILA⁸⁸ e CALMES⁸⁹, a acessibilidade às normas jurídicas pressupõe duas diferentes perspectivas de aproximação: a acessibilidade material ou física (acessibilidade formal) e a acessibilidade intelectual (acessibilidade substancial ou fundamental). Ambas as aproximações são imbricadas, pois, para que se possa conhecer, compreender, é preciso ter acesso físico, já que "o acesso material não tem sentido sem o acesso intelectual, porém esse é impossível sem aquele."⁹⁰

Exemplo clarifica sobremaneira a questão: ter em mãos um excelente ou um péssimo livro escrito em islandês nada representa para alguém que lê apenas o idioma português; ao revés, ter em mãos um péssimo livro em português - escrito sem observância às mais mezinhas regras gramaticais - pode igualmente nada representar ao mesmo leitor nativo da língua portuguesa. Identicamente aos textos normativos, pois, não basta haver publicidade, sendo indispensável a plena inteligibilidade do texto.

A publicidade dos textos normativos representa, assim, a certeza quanto à existência do Direito, plasmada na segurança da vigência e da plena aplicabilidade das normas veiculadas por intermédio do texto levado a público. Já a publicação é a técnica mais corriqueira de conferir publicidade aos textos normativos.

⁸⁵ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 160-161.

⁸⁶ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁷ PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, *op. cit.*, p. 18-19.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 321-322.

⁸⁹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 160-161.

⁹⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 323.

Segundo VALEMBOIS, a publicidade permite satisfazer ao necessário imperativo de conhecimento do Direito, servindo, mais precisamente, ao conhecimento da existência do Direito, ao conhecimento do leque de aplicabilidade do Direito, bem como ao conhecimento das possibilidades de sua contestação, conseqüentemente.⁹¹ A partir desse tríptico conhecimento, os cidadãos podem se orientar com segurança em relação ao Direito, razão pela qual a segurança jurídica pressupõe uma exigência de qualidade, de suficiência, de adequação, de efetividade e de eficácia à publicidade.

É certo que a publicidade constitui relevante fator de promoção da segurança jurídica. Contudo, como adverte ÁVILA, a sua função somente pode ser implementada mediante duas importantes ficções, a conferir plausibilidade ao imperativo de publicidade: a primeira relativa à presunção de que as leis gozam de conhecimento por parte dos seus destinatários após procedida a publicação e transcorrido o prazo de *vacatio legis*; a segunda concernente à completude do ordenamento jurídico, "no sentido de que, embora não diretamente, será o ordenamento o critério universal de solução dos conflitos de interesses surgidos socialmente", de maneira que o Direito não pode deixar sem resposta nenhum conflito de interesses caso pretenda funcionar como gerador de confiança e de certeza relativamente aos seus conteúdos e ao seu funcionamento.⁹²

Já no que tange à acessibilidade intelectual das normas jurídicas, PIAZZON agrupa algumas qualidades do que ele chama de exigência de qualidade do Direito: legibilidade, clareza, compreensibilidade e inteligibilidade.⁹³ VALEMBOIS, como que complementando e reforçando o alegado, estatui que a clareza do texto normativo é um dos pilares da segurança jurídica, pois apenas mediante clareza e precisão se pode eliminar a ambiguidade e a indeterminação das normas, prevenindo, via de consequência, litígios, hesitações e controvérsias.⁹⁴ YANNAKOPOULOS igualmente ressalta a íntima ligação da segurança jurídica à precisão dos termos jurídicos.⁹⁵

Ora, as pessoas se sentem muito mais seguras se elas mesmas são capazes de compreender, com um mínimo de confiabilidade, o Direito aplicável a determinada situação pessoal, sendo capazes de saber, antes de agir (ou de se omitir), se sua ação é lícita ou ilícita e, de maneira mais genérica, de medir as consequências de suas ações.

⁹¹ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*. Paris: LGDJ, 2005, p. 14.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 324-325.

⁹³ PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 20.

⁹⁴ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, op. cit., p. 15.

⁹⁵ YANNAKOPOULOS, Constantin. *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ, 1997, p. 10.

1.2.2.2 Estabilidade normativa

O segundo objetivo a ser buscado por meio do princípio da segurança jurídica é a estabilidade, imperativo que possui dimensões objetiva e subjetiva. Isso porque a segurança jurídica pode dizer respeito ao Direito propriamente dito (dimensão objetiva) ou a situações subjetivas concernentes aos sujeitos de Direito (dimensão subjetiva).

Em viés objetivo, a estabilidade do ordenamento jurídico é referida por ÁVILA por meio do termo "permanência" (*Dauerhaftigkeit*), referindo-se à estabilidade das normas jurídicas propriamente ditas⁹⁶, o que, para PIAZZON, plasma-se na manutenção do conteúdo das normas - sua matéria de fundo ou sentido.⁹⁷ Exemplo claro de "permanência" no ordenamento jurídico brasileiro são as cláusulas constitucionais pétreas, princípios fundamentais que não podem ser modificados e que conduzem a interpretação de todos os demais princípios e regras.

Destaca-se que tais métodos objetivos de proteção da estabilidade, em nome da segurança jurídica, variam de um ordenamento jurídico a outro. O ordenamento francês, *verbi gratia*, até 2008, albergava unicamente o controle prévio de constitucionalidade das leis, ou seja, a regra legal deveria ser imune a questionamentos posteriores à sua vigência, mesmo que em nome de um princípio supostamente superior (artigo 61 da Constituição francesa de 1958).⁹⁸ Trata-se de método extremo de conferir estabilidade às normas jurídicas: veda-se de maneira total uma eventual invalidação da norma, já declarada constitucional previamente.⁹⁹

Em contraste a posicionamentos extremados de imobilidade, como o decorrente

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 370.

⁹⁷ PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 29.

⁹⁸ PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 31.

⁹⁹ Originado no contexto da Revolução Francesa, o modelo do controle de constitucionalidade francês é peculiar, consoante descreve TAVARES HORTA: "(...) o controle de constitucionalidade francês é realizado preventivamente, por um órgão especial, distinto dos três poderes, denominado Conselho Constitucional, que declara ou não a constitucionalidade das leis antes da promulgação, vinculando as autoridades administrativas e judiciárias (...)" (In: TAVARES HORTA, Fernanda *et al.* Aspectos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado no Direito brasileiro. *Virtuajus*. 2. ed. Belo Horizonte: PUC/MG, 2009. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 05 mai. 2011).

Destaca-se que a reforma constitucional de 23 de julho 2008, ao inserir na Constituição francesa de 1958 o artigo 61-1, passou a possibilitar, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade *a posteriori*, denominado *question prioritaire de constitutionnalité* (norma em vigor desde 1º de março de 2010, ante a promulgação da Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que passou a vigorar no primeiro dia do terceiro mês posterior à sua promulgação).

do exemplo francês, a segurança jurídica, para grande parte da doutrina, deve buscar um ponto de harmonia, como pontua MARTINS-COSTA, ao afirmar que não se trata de petrificar situações, pois as situações de vida não são, "em si mesmas, imóveis, previsíveis, estáveis e permanentes"; pelo contrário, é constante o dinamismo e a mutação das coisas. Trata-se, assim, de conferir equilíbrio entre os polos da segurança: o ordenamento jurídico presta-se, "como privilegiado espaço de retenção e de continuidade", a adaptar o que na vida flui e se modifica à permanência, à estabilidade.¹⁰⁰ Alguns desses mecanismos objetivos de adaptação da estabilidade, que levam em conta aspectos relativos ao transcurso do tempo e à consolidação jurídica das situações, podem ser citados: a decadência, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.¹⁰¹

Já em viés subjetivo, a estabilidade normativa significa proporcionar a proteção da confiança.

A proteção da confiança enquanto princípio da ordem jurídica significa que certas expectativas suscitadas por um sujeito de Direito em virtude de um determinado comportamento em relação a outro sujeito de Direito, ou da comunidade jurídica ao seu redor, produzem efeitos jurídicos. O princípio, ainda que não seja sinônimo de direito adquirido ou de direito fundamental, constitui direito à estabilidade da situação individual da pessoa, ou seja, um direito à previsibilidade em relação às mudanças de linha de conduta pública, dando ao indivíduo o poder de exigir do Poder Público um determinado comportamento: seu objeto é, dessarte, a proteção dos interesses individuais do particular, sendo que tal proteção visa simplesmente defender a confiança na estabilidade da situação jurídica e com base na qual o particular age.

Assim pode ser resumida a ideia básica do princípio geral da proteção da confiança, segundo CALMES: em virtude desse mecanismo defensivo do Direito material, "contraprincípio do poder estatal" (*contreprincipe du pouvoir étatique*), e em face das possíveis mutações dos regramentos e dos compromissos firmados, se uma pessoa de direito privado, diligentemente e movida pela boa-fé, demonstrando confiança, fia-se ao comportamento de um órgão público e se mantém fiel à linha de conduta crida, as autoridades devem, por sua vez, levar em conta as expectativas legítimas criadas, sendo que

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito*: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p.131.

¹⁰¹ O direito adquirido será abordado com maiores detalhes adiante no presente trabalho, justamente por representar um método de proteção absoluta da estabilidade objetiva dos sujeitos de direito por intermédio da consolidação de determinada situação jurídica, que passa a figurar como intangível por eventuais modificações posteriores do estado do direito (em oposição à suposta ausência de proteção jurídica às expectativas de direito).

tal pessoa deve sofrer os menores inconvenientes possíveis em caso de mudança de entendimento; diga-se, as autoridades não devem prevaricar, rompendo a confiança gerada por meio de mudanças sem prévio aviso e de maneira brutal nessa linha de conduta.¹⁰² No mesmo sentido, ÁVILA:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.¹⁰³

Exemplar aplicação concreta do princípio em lume refere-se à reiterada prática administrativa, apta a gerar uma base de confiança. Se o particular deve orientar o seu comportamento de acordo com as práticas efetivas em curso na administração fazendária, por exemplo, entende-se que ao Poder Público é defeso alterá-las inadvertidamente, surpreendendo àqueles que se conformaram a elas. Entende-se que o princípio da proteção da confiança pode, nesse sentido, proteger os administrados contra os efeitos desvantajosos de uma mudança brusca e retroativa da prática administrativa, reconhecida, assim, como base da confiança.¹⁰⁴

No Brasil, as práticas reiteradas da administração tributária são, inclusive, consideradas normas complementares das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos, sendo que a sua observância pelos contribuintes exclui a imposição de penalidades, os juros de mora e a atualização monetária da base de cálculo do tributo em caso de eventual mudança de entendimento administrativo que implique gravame ao contribuinte que confiou (como a majoração do *quantum* de tributo a pagar), conforme redação do artigo 100, inciso III e parágrafo único, do Código Tributário Nacional Brasileiro¹⁰⁵, viabilizando a proteção da confiança *in concreto*.¹⁰⁶

¹⁰² CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 297.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 390.

¹⁰⁴ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 325-329.

¹⁰⁵ "Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...) III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; (...) Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo."

Conforme estatui DERZI¹⁰⁷, “a estabilidade a que o Direito obriga (...) responde não apenas a um imperativo de acolhimento das expectativas justas, de proteção da confiança, como, ao mesmo tempo, de igualdade. (...) A segurança é condição da igualdade, e não sua contradição, traço formal limitativo do sistema, que necessariamente o separa do ambiente restante.”¹⁰⁸

1.2.2.3 Previsibilidade normativa

Por fim, a previsibilidade é o terceiro alvo a ser atingido pelo princípio da segurança jurídica.

De antemão, importante ressalva colhida em ÁVILA: o ideal de previsibilidade absoluta faz-se impossível, no sentido da possibilidade de se prever com exatidão quais as consequências futuras de atos futuros; isso porque, "como o Direito depende de processos argumentativos, a previsão absoluta é inatingível."¹⁰⁹ Nesse viés é que, para o mencionado jurista, o termo "calculabilidade" parece ser o mais adequado para a descrição desse estado de coisas a ser buscado:

Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente. Sua previsão é bem-sucedida quando a decisão adotada se enquadra no âmbito das alternativas interpretativas antecipáveis e nas consequências abstratamente previstas e capazes de verificação mediante critérios e de estruturas argumentativas.

¹⁰⁶ Caso concreto descrito por COELHO vem a calhar: siderúrgica mineira possuía operação no Município de Imbiricu/ES, que não contava com estabelecimento bancário. O carvão era tributado pelo antigo ICM. Quem recebia mensalmente era um exator capixaba. Por dificuldades de caixa e de transporte de numerário, a empresa pagava o ICM devido sempre mediante transferência de malotes, com atrasos de um a três dias. O exator, mesmo assim, recebia os valores, contra a legislação estadual, passando o recibo de quitação. Fez isso por 16 meses. Após tornar-se fiscal de tributos, o antigo exator autuou a empresa pelos pagamentos em atraso, cobrando multas e juros. O Poder Judiciário entendeu que o artigo 100 do CTN protegia plenamente a confiança do sujeito de direito privado no caso concreto, declarando indevidas as multas e os juros cobrados. (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 657-658).

¹⁰⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito, sob o Signo da segurança e da Proteção da Confiança. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário...*, op. cit., p. 284.

¹⁰⁸ Destaca-se que a proteção à confiança será tratada em seus pormenores mais adiante no presente trabalho, justamente por representar conteúdo da segurança jurídica de suma importância para a averiguação da possibilidade de proteção jurídica das expectativas de direito.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 645-646.

PIAZZON, baseando-se em HÉBRAUD¹¹⁰ e CORNU¹¹¹, afirma que prever significa a capacidade de visualizar uma representação atual do futuro, ou seja, a capacidade de normalmente prever o que seja razoavelmente esperado. Os cidadãos devem, sob o escopo do objetivo "previsibilidade", ter condições de antecipar as possíveis consequências alternativamente aplicáveis a atos ou fatos, bem como o espectro temporal dentro do qual a consequência será efetivamente aplicada. Os indivíduos devem ser, portanto, capazes de planejar e de conceber o seu próprio futuro.

LUHMANN prevê, para a formação da confiança sistêmica, considerando-se a problemática da complexidade social à luz do tempo, a noção elementar de segurança do estado a partir do presente, como noção de constância relativa (a despeito da variação contínua), por intermédio da simplificação do mundo, por meio da redução da variação infinita, possibilitando a todos o futuro em prospecção, por meio de sua antecipação e redução das alternativas inumeráveis às alternativas já conhecidas no presente.¹¹²

Nota-se, assim, que o tempo tem função essencial na viabilização da previsibilidade jurídica, consoante ensinamentos de DERZI, fulcrados em HEIDEGGER e LUHMANN: não o tempo como fluxo unidimensional - aquele medido pelo relógio ("que não é nada") -, mas o tempo autêntico, quadridimensional, que pressupõe o presente, o passado, o futuro e a unidade dessas três dimensões, possibilitando ampla possibilidade de os cidadãos preverem, a partir da união das noções, o que mais provavelmente ocorrerá no futuro.¹¹³

A noção de previsibilidade é bem sumariada por DERZI ao enumerar as características da confiança, essenciais "para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo, despertando a segurança do estado (no presente), que reduz a complexidade e se projeta para o futuro", reduzindo as alternativas futuras, em princípio infinitas e virtuais, que passam a equiparar-se às alternativas selecionadas no presente: (a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros, (b) a simplificação, por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis, (c) a

¹¹⁰ HÉBRAUD, P. Observations sur la notion du temps dans le droit civil. In: *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 28 *apud* PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, *op. cit.*, p. 44.

¹¹¹ CORNU, G. *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8. ed., 2000, p. 670 *apud* PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, *op. cit.*, p. 44.

¹¹² LUHMANN, Niklas. *Confianza*, *op. cit.*, p. 15-27.

¹¹³ HEIDEGGER, Martin. Tempo e Ser. Conferência proferida a 31 de janeiro de 1962, na Universidade de Freiburg, In: Conferência e Escritos Filosóficos, Tradução de Ernildo Stein. *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, 257-258 e LUHMANN, Niklas. *Confianza*, *op. cit.*, p. 14, 15, 21, 24, 26 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 195-199, 325-328.

antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros.¹¹⁴

Pode-se, então, definir a previsibilidade como um estado de coisas a ser buscado em que os indivíduos têm, amplamente, a capacidade de antecipar e medir uma gama reduzida e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos, em espectro de tempo reduzido dentro do qual a consequência será aplicada.¹¹⁵ As mudanças e as variações, inevitáveis, precisam ser antecipáveis, devendo ocorrer da maneira mais suave possível e se situar dentro de parâmetros dos quais os Poderes Públicos não podem se afastar. "Em outras palavras, só haverá calculabilidade se houver anterioridade, continuidade e vinculatividade."¹¹⁶

As ponderações de PAULSEN são oportunas:

A segurança jurídica se insere na perspectiva de algo que é mutável. As relações sociais são dinâmicas, assim como Direito que as rege, o qual disciplina a sua própria produção, renova-se, adapta-se às novas realidades, exige novas condutas, impõe novos requisitos de fundo e de forma para a prática de atos jurídicos, atribui novos efeitos às diversas situações, enfim, traz normas novas em substituição às antigas.

(...)

A questão da segurança jurídica põe-se, assim, principalmente em face da sucessão de leis e de atos normativos, regradando diferentemente as mesmas matérias e tocando, pois, as expectativas, a confiança e os direitos já constituídos dos titulares de determinadas posições jurídicas.¹¹⁷

A previsibilidade possui ínsita ligação com a liberdade, como lembra BERGEL, pois somente ciente das consequências jurídicas de seus atos é que o homem poderá decidir conscientemente sobre os diversos aspectos de sua vida, em exercício pleno de sua liberdade: empreender uma atividade empresarial, organizar a sua carreira e o seu trabalho, constituir uma família, conservar o que adquiriu ao longo dos anos.¹¹⁸ RIPERT também estabelece o mesmo liame entre a segurança (em seu aspecto de previsibilidade) e a liberdade, ao afirmar que a liberdade não pode existir se não se pode saber com antecedência o valor dos próprios atos, confirmando a retidão dessas ações.¹¹⁹

Os conteúdos jurídicos dignos de proteção, via previsibilidade, são definidos por

¹¹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 328.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 647.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 648.

¹¹⁷ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação...*, op. cit., p. 26-28.

¹¹⁸ BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. Paris: Dalloz, 2003, p. 125 apud PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 49.

¹¹⁹ RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*, op. cit., p. 27 apud PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*, op. cit., p. 49.

DERZI com fulcro na dogmática alemã e suíça¹²⁰: (a) a continuidade da ordem jurídica, sendo destacados termos como "inviolabilidade" (*unverbrüchlichkeit*) do ordenamento legal, "confiabilidade", "previsibilidade" (*berechenbarkeit*), "diagnóstico precoce" (*vorhersehbarkeit*) e "segurança de orientação" (*orientierungssicherheit*), sendo que a confiabilidade no ordenamento jurídico e a previsibilidade das intervenções do Estado conduzem à proteção da confiança na continuidade da lei ou da norma; (b) a proteção da continuidade, do ponto de vista material, como proteção da propriedade, definida pela Corte Administrativa Federal da Alemanha como "ponto mais importante da proteção da continuidade", de modo que a propriedade cria confiança e a confiança cria propriedade; (c) a fidelidade ao sistema e à justiça, por seu efeito garantidor de igualdade, em especial no direito ao planejamento da vida; (d) a proteção da disposição concreta ou do investimento, no sentido de conferir respaldo às decisões tomadas, ações ou omissões ou ainda a investimentos de qualquer natureza, permitindo apoiar a confiança em elementos materiais externos, "concedendo àquele que confia condições de reivindicar a conservação de uma posição jurídica favorável por ter exercido a confiança" na continuidade.

ÁVILA fornece exemplos de manifestações da previsibilidade proporcionada pela segurança jurídica no Direito brasileiro: a irretroatividade (os cidadãos devem saber *de antemão* quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor antes que os fatos por ela regulamentados sejam concretizados), e a anterioridade (os cidadãos devem dispor da possibilidade de conhecer mais cedo o conteúdo das leis, antes que elas efetivamente valham).¹²¹

A segurança na transição será abordada mais pormenorizadamente no decorrer do presente trabalho, sendo importante nesse ponto tão somente deixar clara a relevância que a "previsibilidade" detém no rol de objetivos alcançáveis pela via do princípio da segurança jurídica.

1.2.3 Segurança jurídica objetiva e subjetiva

Ainda com o intuito de depurar o conceito de segurança jurídica, objetivando

¹²⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 406-412.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 310.

uma análise mais adequada do tema proposto por meio do presente trabalho, faz-se mister a decomposição do mencionado princípio em seus aspectos objetivo e subjetivo.

MARTINS-COSTA¹²², em compêndio acerca dos diversos focos de significação do princípio da segurança jurídica para o Supremo Tribunal Federal, análise que se limitou aos julgados existentes até agosto de 2003, lista os pronunciamentos da Suprema Corte brasileira: (a) em viés positivo, a segurança jurídica fundamenta os institutos da decadência¹²³, da prescrição¹²⁴, da preclusão¹²⁵; fundamenta a intangibilidade da coisa julgada¹²⁶; sustenta a figura dos direitos adquiridos¹²⁷, bem como do ato jurídico perfeito¹²⁸; está na base da imodificabilidade, por ato administrativo, de certas situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo¹²⁹; está na *ratio* da

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p.125-130.

¹²³ "Em se tratando de decadência do direito material, a rescisão da sentença transitada em julgado que se entende viciada, esse direito potestativo não tem em si mesmo natureza de direito patrimonial, mas foi criado pela lei para a defesa da segurança jurídica, razão por que está ele subtraído a disponibilidade da alegação do réu, não se lhe aplicando, portanto, a proibição da parte inicial do parágrafo 5º do artigo 219 do C.P.C." (STF, Tribunal Pleno, AR QO nº 1.323/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 03.11.1989, DJU de 09.02.1990)

¹²⁴ "O que se verifica na hipótese dos autos é que, à época do ajuizamento da demanda trabalhista, ou seja, em 22 de janeiro de 1986, já havia transcorrido o prazo prescricional de quem cuida o artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho. O simples fato de o recurso de revista ter sido apreciado em data posterior à atual Carta não atrai a dilatação do prazo prescricional nela contemplada. Perquiri-se a incidência da prescrição em face do dia do ajuizamento da demanda e da legislação em vigor à época, definindo-se, assim, para a segurança das partes, o quadro jurídico." (STF, Segunda Turma, AI nº 140.751 AgR/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09.06.1992, DJU de 25.09.1992)

¹²⁵ "Sucedem-se os atos visando à entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-juiz e às oportunidades para a prática de atos processuais, mostrando-se o sistema recursal pródigo ao abranger várias espécies de recurso. Por opção legislativa, conciliam-se valores. De um lado, tem-se o concernente ao justo, à prevalência da justiça, e aí, potencializado sem qualquer limite, não haveria o fim do processo, porquanto avizinhar-se-ia sempre mais um recurso. De outro, surge como indispensável à vida gregária o referente à segurança jurídica." (STF, Segunda Turma, AI nº 249.470 AgR/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10.10.2000, DJU de 01.12.2000)

¹²⁶ "Quanto ao aventado em contestação, ou seja, a ausência de prequestionamento, distingo as hipóteses: a articulação de ofensa aos artigos 2º, 128, 460 do Código de Processo Civil, no que balizam a atividade jurisdicional - logicamente, sem que se tenha enfrentado a matéria, não há como concluir pela viabilidade da rescisória -, distancia-se do argumento de que restou configurado o desrespeito à coisa julgada, ou seja, a transgressão ao inciso XXXVI do artigo 5º a Constituição Federal. Aí, o que cumpre fazer é cotejar o que decidido com o título coberto pela preclusão maior e dizer, na expressão do Ministro Sepúlveda Pertence, se surge a violência conspícua." (STF, Tribunal Pleno, AR nº 1.461/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21.06.2001, DJU de 14.03.2003)

¹²⁷ "Nesse preceito [art. 41, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias], conforme tem reiteradamente proclamado esta Corte, homenageou-se a segurança jurídica, asserindo-se que a revogação prevista no parágrafo anterior do mesmo artigo não prejudicaria direitos já adquiridos a incentivo tributário concedido sob condição e com prazo certo." (STF, Segunda Turma, RE nº 186.264/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 16.12.1997, DJU de 17.04.1998)

¹²⁸ "Uma vez verificada a indisponibilidade dos quantitativos existentes nas contas de cadernetas de poupança, descabe cogitar da aplicação de lei nova, no que alterados os parâmetros de cálculo de juros e correção monetária. A segurança jurídica impõe o respeito ao que ajustado inicialmente." (STF, Segunda Turma, AI nº 210.678 AgR/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18.12.1998, DJ de 18.12.1998, p. 54)

¹²⁹ "Na oportunidade em que neguei seguimento ao extraordinário, fiz ver a insuficiência da argumentação do Estado quanto à alegada aplicação errônea do artigo 153 da Carta Pretérita, considerada a definição de direito adquirido no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ressaltei que os Recorridos alcançaram a situação

adstrição às formas processuais¹³⁰, bem como da irretroatividade da lei, quando gravosa ao *status libertatis* das pessoas¹³¹ ou afrontosa às situações mais favoráveis, consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei¹³²; (b) em viés negativo, a segurança jurídica não é afrontada, senão reforçada, pelo rigor probatório em questões relativas à concessão de benefícios especiais a certas categorias, pessoas ou situações¹³³, assim como não impede que a nova lei ou ato administrativo passe a reger determinadas situações jurídicas, desde que preservada a legalidade, já que o princípio não limita o poder de conformação do legislador.¹³⁴

jurídica sob a égide de normas concernentes ao concurso e estas não poderiam ser modificadas quando já ultrapassada, com sucesso, a fase de provas. (...) A segurança jurídica reclama o desprovemento deste agravo.” (STF, Segunda Turma, RE nº 118.927 AgR/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.02.1995, DJU de 10.08.1995)

¹³⁰ “Não ignoro a importância das formalidades processuais como garantias da liberdade pessoal e da segurança jurídica; seu valor é inestimável. Mas também entendo que a homenagem a esse princípio não há de chegar ao feiticismo, e não deve ser levada a exageros inúteis, como o de, sob pena de nulidade, fazer o Procurador-Geral de Justiça repetir atos praticados pelo Promotor de Justiça, competente para praticá-los quando os praticou, tanto mais formal, ao oferecer as razões finais, reiterou expressamente a pretensão punitiva formulada pelo Promotor de Justiça.” (STF, Segunda Turma, HC nº 69.906/MG, Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 15.12.1992, DJU de 16.04.1993)

¹³¹ “É de observar, portanto, que a Constituição não impede que o Estado prescreva leis retroativas. Veda, apenas, que o efeito retroativo dos atos emanados do Poder Público vulnere a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. (...) Ressalvadas, pois, essas três situações – cuja proteção deriva da necessidade de imprimir segurança às relações jurídicas – é lícito ao Estado editar normas dotadas de eficácia retrooperante.” (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 605 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23.10.2001, DJU de 05.03.1993)

¹³² “A própria Constituição vigente encerra dispositivo – por sinal, cláusula pétrea – revelador da intangibilidade das situações constituídas. Refiro-me ao inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais. A interpretação sistemática do grande conjunto formado pelo Diploma Básico é conducente a entender-se que a regra contida no §4º do artigo 40 diz respeito às situações jurídicas alcançadas pelos servidores da ativa em data posterior à promulgação respectiva. A assim não se entender, chegar-se-á à quebra do próprio sistema constitucional, gerando, via o efeito retroativo, desequilíbrio ímpar e, o mais importante, obstaculizando a segurança jurídica inerente às sociedades democráticas, ao Estado Democrático de Direito.” (STF, Segunda Turma, RE nº 193.124/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16.12.1997, DJU de 20.03.1998)

¹³³ “A egrégia Segunda Turma deste Supremo Tribunal, julgando, na sessão de 15.08.2000, os REs 226.588, 238.446, 226.772 e, na sessão de Marco Aurélio, fixou o entendimento de que a necessidade do início de prova documental na constatação do tempo de atividade rural para obtenção da aposentadoria não vulnera preceitos insertos no art. 5º da Carta Maior. Em seu voto, acompanhado por unanimidade assim asseverou o Relator, Min. Marco Aurélio, *verbis*: ‘(...) De início, a titularidade de um certo direito pode ser provada pelos meios admitidos na legislação instrumental comum. Surge, então, a valia da prova testemunhal. Entrementes, há situações concretas em que as normas de regência buscam implementar uma segurança jurídica maior. É o que acontece com a aposentadoria dos trabalhadores em geral. (...) Em síntese, observou-se a imposição instrumental prevista no §3º do art. 55 acima referido, refutando-se a possibilidade de se provar o tempo de serviço mediante prova exclusivamente testemunhal.’ No presente caso, da mesma forma, o legislador ordinário buscou dar um maior relevo à segurança jurídica, exigindo o início de prova material para o reconhecimento do direito à pensão mensal vitalícia.” (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.555/DF, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, julgado em 03.04.2003, DJU de 02.05.2003)

¹³⁴ “Ficou, portanto, a cargo do Ministro da Fazenda, responsável pela execução da política econômica do Governo, tão somente decidir acerca dos critérios de oportunidade e de extensão das alterações autorizadas pela lei, para o regime de preço da cana-de-açúcar, alterações essas que o legislador, cuja produção normativa não possui a agilidade reclamada por providências da espécie, declinou de pôr em prática, ele próprio, delas incumbindo o Ministro da Fazenda, com o que, aliás, não inovou, já que os preços da cana-de-açúcar sempre foram fixados pela referida autoridade (cf., v.g., a Portaria n. 110, de 20.05.97), revelando-se, por outro lado, manifestamente descabida a utilização de decreto do Presidente da República para o mister. Não há que se

Ao analisar os mencionados focos de significação, MARTINS-COSTA conclui que, para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da segurança jurídica traduz um viés eminentemente objetivo, espécie de tradução jurídica "do fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, *deve* permanecer estático, imóvel como estátua, permanente no tempo."¹³⁵

Notam-se, entretanto, a partir de uma análise mais atualizada dos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da segurança jurídica, referências mais frequentes aos seus caracteres subjetivos, como por exemplo: a proteção da confiança, a boa-fé, a existência de dúvida razoável a respeito cerca da interpretação de determinada norma, dentre outros. Confirmam-se exemplos:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido. (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 22.357/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 27.05.2004, DJ de 05.11.2004, p. 06)

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato julgado legal pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de 5 (cinco) anos. (STF, Tribunal

falar, pois, em ofensa aos princípios da legalidade, da separação de poderes ou da hierarquia das normas, nem, tampouco, ao princípio da segurança jurídica, sendo de assinalar, a esse respeito, que o ato impugnado foi editado em 13.12.96, para produzir efeito tão somente a partir de 1º de maio de 1998, vale dizer, dezoito meses depois, não havendo surpreendido os interessados." (STF, Primeira Turma, RMS nº 23.543/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 27.06.2000, DJU de 13.10.2000)

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p.125-130.

Pleno, Mandado de Segurança nº 25.963/DF, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 23.10.2008, DJe-222, publicado em 21.11.2008)

(...) REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.

- Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

- Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes.

- A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.

- Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. (...). (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007, DJe-241, publicado em 19.12.2008)

Diante da plurissignificação típica da ideia de segurança jurídica, tem-se que o princípio possui duas funções gerais essenciais, conforme lembra MAFFINI: mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito, bem como mediatizar o princípio da proteção da confiança.¹³⁶

Pode-se aperceber, assim, que o conteúdo da segurança jurídica pode ser tanto objetivo quanto subjetivo, conforme lição de COUTO E SILVA:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no

¹³⁶ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 49.

pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.¹³⁷

Da mesma forma pondera CANOTILHO:

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança:

- 1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas);
- 2) O princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.¹³⁸

Segundo CANOTILHO, portanto, existem dois vieses de tratamento à segurança jurídica: (a) um objetivo, que seria justamente a segurança jurídica *stricto sensu*, ou seja, em sua conformação material e formal dos atos normativos; (b) e um subjetivo, a proteção da confiança. É inegável, contudo, o entrelaçamento entre ambos os aspectos, sendo a distinção puramente conceitual.¹³⁹

O que aqui se chama de vieses ou conteúdos pode também ser traduzido como aspectos da segurança jurídica, ou mesmo formas de concreção, planos, ideias, dentre outros. No entanto, o objetivo comum ao se proporem tais diferenciações é indicar como se concretiza o princípio da segurança jurídica, o que dela se extrai em termos normativos, fazendo com que a divergência terminológica seja irrelevante para a análise proposta. É

¹³⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 02, abril/maio/junho, 2005, p. 03-05. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 mar. 2011.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 375 e 376 *apud* DELGADO, José Augusto. Princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional. Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. *O Direito Constitucional do Século XXI*. 21 de maio de 2005. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br> Acesso em: 04 mar. 2011.

¹³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257 *apud* CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária, *op. cit.*, p. 55.

por esse motivo que PAULSEN opta por falar em conteúdos normativos.¹⁴⁰

Já TORRES assume que os conteúdos da segurança jurídica se distinguem, sobretudo, como negativo e positivo, ao afirmar que "a segurança se afirma contra o Estado, moldado o *status negativus* dos direitos, mas também depende do Estado, principalmente da proteção do Judiciário, que constitui o *status positivus libertatis*."¹⁴¹

Neste trabalho, optou-se por tratar apenas dos conteúdos objetivo e subjetivo. No entanto, entende-se que a doutrina é volumosa, e não são poucos os autores que buscam identificar outras formas de subdivisão do conteúdo do princípio, como é o caso de BARROSO, que distingue cinco esferas de ideias e conteúdos abarcados pela segurança jurídica:

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem: 1. a existência de *instituições estatais dotadas de poder e garantias*, assim como sujeitas ao princípio da *legalidade*; 2. a *confiança* nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela *boa-fé* e pela *razoabilidade*; 3. a *estabilidade* das relações jurídicas, manifestada na *durabilidade* das normas, na *anterioridade* das *leis* em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face de lei nova; 4. a *previsibilidade* dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a *igualdade* na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. Um conjunto de conceitos, princípios e regras decorrentes do Estado democrático de direito procura promover a segurança jurídica.¹⁴²

Apesar de reconhecer a divergência, entende-se que esses cinco aspectos podem ser agrupados facilmente nas duas espécies de conteúdo que aqui se apresentam, quais sejam as espécies subjetiva e objetiva.

O posicionamento de ÁVILA¹⁴³ vem consolidar as diferenciações anteriormente postas, ao agrupar o conteúdo da segurança jurídica dinâmica (aquela que interessa aos problemas de realização do Direito - ligada, portanto, à segurança jurídica como norma-princípio) em dimensões objetiva e subjetiva, da seguinte maneira: (a) dimensão objetiva, entendida como permanência no ordenamento de determinadas disposições básicas (manutenção de conteúdos via cláusulas pétreas e a própria estabilidade do ordenamento jurídico como um todo), além da manutenção de situações individuais por razões objetivas,

¹⁴⁰ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação...*, op. cit., p. 49.

¹⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. Valores e Princípios Constitucionais Tributários vol. II. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 173 *apud* PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação...*, op. cit., p. 49.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 94, p. 01-02. Disponível em: <www.professordelfino.adv.br> Acesso em: 03 mai. 2011.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 370-397.

como o decurso do tempo (decadência e prescrição) e a consolidação jurídica das situações (ato jurídico perfeito, coisa julgada, direito adquirido e fato gerador ocorrido); (b) dimensão subjetiva, entendida como a intangibilidade de situações individuais por razões subjetivas: a proteção da confiança, em todas as suas nuances.

Postas as possíveis diferenciações, passa-se à análise da abordagem do princípio da segurança jurídica, em seus diversos aspectos, pela Constituição Brasileira de 1988.

1.3 A abordagem da segurança jurídica à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Nos tópicos anteriores, tentou-se demonstrar que a segurança - em seus diversos significados - consubstancia fator essencial à configuração da vida humana em sociedade, propiciando um mínimo de ordem e estabilidade ao desenvolvimento das relações sociais. Ademais, ressaltou-se a íntima ligação entre sociedade e Direito, destacando-se a importância da segurança como elemento de definição do próprio Direito, condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico.

Frisou-se, outrossim, que não basta a segurança se situar na base fundante do ordenamento jurídico como fato ou como valor, pois, para que se possa operacionalizá-la, é premente que o próprio ordenamento trate de densificar os seus sentidos como norma-princípio, possibilitando a sua caracterização como elemento apto a efetivamente limitar as condutas estatais, protegendo a "segurança" dos cidadãos.

Nesse sentido é que a análise da "segurança" no bojo constitucional se faz relevante: somente assim será possível especificar como serão alcançados os três imperativos básicos do "estado de coisas" a ser buscado por meio da segurança jurídica - acessibilidade, estabilidade e previsibilidade - em aspectos objetivo e subjetivo, possibilitando o avanço do presente trabalho.

1.3.1 A segurança como mote constituinte e valor supremo da sociedade brasileira

A Constituição Brasileira de 1988 é inaugurada mediante compromisso expresso do constituinte com a proteção da "segurança":

PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Nota-se, a partir da simples leitura de seu preâmbulo, que a Carta de 1988 institui um Estado Democrático destinado a assegurar a segurança como valor supremo de uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a ordem.

Nos dizeres de DI PIETRO, conjugadas as palavras preambulares, pode-se afirmar que a Constituição inaugura um Estado Democrático com a finalidade de "assegurar a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a ordem."¹⁴⁴ Conforme observa ÁVILA, a segurança jurídica está presente, no mínimo, cinco vezes na expressão: "assegurar" significa tornar seguro; "segurança" quer dizer algum estado digno de proteção; "valor" é algo digno de ser assegurado; "harmonia social" revela um estado de estabilidade e de previsibilidade (de segurança, portanto); "ordem" denota, da mesma maneira, um estado desejado de estabilidade (de segurança), conforme já demonstrado no bojo deste trabalho. E completa: "a Constituição como que eleva a segurança à 'quinta potência', já no seu preâmbulo, ao estabelecer, com redundância enfática, algo como 'tornar segura a segurança como algo digno de ser assegurado em uma sociedade segura.'"¹⁴⁵

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC¹⁴⁶, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS VELLOSO invoca JORGE MIRANDA para definir a natureza jurídica do preâmbulo constitucional: "proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativa, anteposta ao articulado constitucional [que] não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. In: MOTTA, Fabrício (org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Nelson Figueiredo*. Instituto de Direito Administrativo de Goiás (IDAG). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 296 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.076/AC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 15.08.1992, DJ de 08.08.2003, p. 86.

Constituições feitas em momento de ruptura história ou de grande transformação político-social. (Jorge Miranda, 'Estudos sobre a Constituição', pág. 17)." O Ministro apresenta, ainda, definição trazida por PAULINO JACQUES, que entende que o preâmbulo não tem força normativa, mas vale como princípio informador da Constituição ("Curso de Direito Constitucional, Forense, 9ª ed., pág. 134 e segs."). No mencionado julgado, a Corte Suprema concluiu que o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas sim no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. Para VELLOSO, o preâmbulo não constitui norma central da Constituição, mas contém, em via de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na carta, como o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio republicano, princípios de direitos e garantias, entre outros. Estes sim, inscritos no bojo do texto da Constituição, perfazem normas centrais.

VALEMBOIS, ao tratar da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, concebida na França revolucionária de 1789, qualifica o preâmbulo como ferramenta de comunicação pedagógica: o objetivo primordial dessas palavras iniciais é justificar previamente as escolhas feitas por escrito no bojo do documento supremo, por intermédio de um texto claramente vocacionado a ser por todos conhecido, exteriorizando a vinculação de todos os cidadãos à novel ordem recém estabelecida, mediante a promessa de perenidade.¹⁴⁷

É precisamente isso que o preâmbulo da Constituição da República de 1988 propicia no que tange à promessa de segurança: estabelece que a proteção direta da segurança jurídica se dará pelo Direito, a ser realizada pelo próprio Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos hábeis a efetivar a segurança como valor social, justificando, assim, previamente, as escolhas feitas ao longo do documento constitucional, bem como exteriorizando a vinculação de todos à novel ordem, mediante a promessa de perenidade pela segurança.

A segurança referida no preâmbulo denota, destarte, um valor que motivou o legislador constituinte a edificar, no curso da Constituição, diversos mecanismos

¹⁴⁷ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, op. cit.*, p. 381. Confira-se o teor preambular da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Tradução livre): "Os Representantes do Povo Francês, organizados em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, para que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; de modo que os atos do Legislativo, do Executivo e daqueles que possam ser vinculados a qualquer momento ao objetivo de toda instituição política sejam mais respeitados; de modo que as queixas dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, convirjam sempre à manutenção da Constituição e à felicidade de todos. Assim, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão."

propiciadores do "asseguramento da segurança", indutores de acessibilidade, de estabilidade e de previsibilidade, a serem tratados oportunamente pelo presente trabalho.¹⁴⁸ Como aponta MOTA DE SOUZA, a segurança jurídica é concebida pela Carta Magna como valor intimamente ligado à justiça, pois se trata de "valores que se completam e se fundamentam reciprocamente", não havendo que se falar em justiça materialmente eficaz "se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que é seu", aquilo que, por ser justo, compete-lhe.¹⁴⁹

No entanto, a segurança jurídica não está adstrita ao preâmbulo constitucional, sendo construída, conforme ensina ÁVILA, de outras formas: primeiro, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (artigo 1º) e, segundo, pela interpretação indutiva de outros princípios, bem como de diversas regras constitucionais.¹⁵⁰ É o que se verá a seguir.

1.3.2 O sobreprincípio do Estado de Direito como fundamento da segurança jurídica

Quanto ao primeiro sentido de construção do princípio da segurança jurídica, trata-se de descobrir os seus elementos a partir de um sobreprincípio que impõe a realização de fins mais amplos: *in casu*, o sobreprincípio do Estado de Direito.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tratando-se de norma constitucional expressa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁴⁸ A noção de "segurança" como valor foi previamente tratada no presente trabalho, conceituando-se "valor" como a preferência compartilhada intersubjetivamente pelos integrantes de determinado organismo social, expressando preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades. (cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, op. cit., p. 316.)

¹⁴⁹ MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 17-18 apud DELGADO, José Augusto. *Princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional*, op. cit., p. 05.

¹⁵⁰ ÁVILA, Huberto. *Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 308.

Trata-se, assim, de norma expressa de índole principiológica, possuindo, por isso, sentido finalístico. Conforme destaca MAFFINI, o Estado de Direito, todavia, não deve ser compreendido como um "simples" princípio, mas como sobreprincípio, "dada a amplitude das suas finalidades, bem como pelo fato de que coliga e é fundamentado por uma variada gama de outros princípios (subprincípios), dotados de fins menos amplos."¹⁵¹

Segundo noticia BRAGA GALVÃO, a expressão "Estado de Direito" (*Rechtsstaat*) começou a ser utilizada pela doutrina alemã nas primeiras décadas do século XIX, ao colocar, ao lado da ideia básica de submissão ao império da lei, um componente racional a indicar que, além das limitações impostas aos seus direitos, o Estado deveria organizar-se e agir segundo os princípios da razão. O jurista ressalta que, a despeito de o termo *Rechtsstaat* constituir uma combinação de conceitos própria da língua alemã, não encontrando verdadeiro correspondente em línguas estrangeiras, reconhecem-se inegáveis pontos de contato com expressões cunhadas em outros idiomas: "Estado Constitucional", de origem francesa, e "governo representativo", de origem anglo-americana, ambas cunhadas sob o influxo das revoluções econômicas, sociais e políticas que marcaram o século XVIII.¹⁵²

A ideia de Estado de Direito deve ser entendida, consoante REALE, não no sentido do Estado reduzido a meras formas jurídicas, "mas sim no sentido do Estado que subordina, em via de regra, as suas atividades aos preceitos do direito que ele declara"; não no sentido que se limita à missão de tutelar direitos individuais, "mas no sentido do Estado que não delimita *a priori* a sua esfera de interferência, mas fixa *a priori* a juridicidade de toda e qualquer interferência neste ou naquele outro setor da produção humana."¹⁵³

Já DALLARI define o Estado de Direito como uma evolução dos modelos de Estados vividos anteriormente, um ideal possível de ser atingido, desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente. Para atingi-lo, é necessário que seus pressupostos sejam alcançáveis: a eliminação da rigidez formal, ou seja, o Estado deve ser flexível para se adaptar às exigências das circunstâncias; a supremacia da vontade do povo, pois, para haver democracia, é necessário que os próprios governados decidam sobre as

¹⁵¹ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵² BRAGA GALVÃO, Paulo. Princípio do Estado de Direito (verbetes). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 456.

¹⁵³ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins, 1972, p. 330-331 *apud* BRAGA GALVÃO, Paulo. Princípio do Estado de Direito (verbetes). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, *op. cit.*, p. 457.

diretrizes políticas fundamentais do Estado; a preservação da liberdade, liberdade essa que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades a todos; a preservação da igualdade, sendo esta interpretada como igualdade de possibilidades, admitindo a existência de desigualdades relativas que sejam próprias dos indivíduos.¹⁵⁴

Em suma, o Estado de Direito é um princípio estruturante, consoante MENDES: trata-se de organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira de 1988. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, considera-se democrático o Estado de Direito que busca assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais:

Noutras palavras (...), o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da história.¹⁵⁵

VERDU igualmente enumera os elementos básicos do Estado de Direito: (a) primazia da lei em sentido formal; (b) um sistema hierárquico de normas que proporciona a segurança jurídica; (c) a legalidade da Administração, com o estabelecimento de um sistema de recursos em favor de possíveis atingidos por seus atos; (d) a separação dos Poderes; (e) o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, incorporados à ordem constitucional; (f) um sistema de controle de constitucionalidade das leis, exercitável de diversas maneiras.¹⁵⁶

É sabido que Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é profícua na proteção da segurança jurídica de diversas maneiras ao mesmo tempo: proteção direta, determinação de ideais que a pressupõem, instituição de ideais que a instrumentalizam, previsão de comportamentos necessários à realização dos ideais parciais que a compõem.¹⁵⁷

¹⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, op. cit., p. 311-313.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212-213.

¹⁵⁶ VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Editorial Tecnos, 1981, v. 3, p. 237-238 *apud* BRAGA GALVÃO, Paulo. Princípio do Estado de Direito (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 461.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 209.

Contudo, sob todas as perspectivas em que se analisa a segurança jurídica, percebe-se a sua faceta de subprincípio decorrente do "macroprincípio" estruturante da ordem constitucional brasileira: o Estado de Direito.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já vem deduzindo, de forma direta, a segurança jurídica do Estado de Direito, como exemplifica o julgado infracolacionado (transcreve-se a ementa do acórdão e trecho do voto do Ministro Relator):

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. **Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.** 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. **Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.** 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 24.268/MG, Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.02.2004, Publicado no DJ de 17.09.2004, p. 53, grifos nossos)

Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes:

Registre-se que o tema [aplicação do princípio da segurança jurídica] é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

(...)

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material. (páginas 182 e 183 do acórdão)

Percebe-se, assim, que, em todas as perspectivas de análise do Estado de Direito, sobressai a sua íntima relação com a segurança jurídica, bastante perceptível: tanto em aspecto formal - que diz respeito à separação dos Poderes, à hierarquização das normas e à proteção jurisdicional - quanto em seu aspecto material - que diz respeito aos chamados

"direitos-garantia" (ou "direitos de suporte", "direitos à garantia de direitos" ou "direitos-tutores"), ou seja, àqueles direitos que visam garantir outros.¹⁵⁸ Este último aspecto será abordado a seguir.

1.3.3 A segurança jurídica traduzida em direitos fundamentais dos cidadãos

Conforme demonstrado no tópico precedente, a CR/88 procura, *ab initio*, fixar ideais amplos dos quais se podem deduzir os elementos da segurança jurídica. Entretanto, isso não bastaria para cumprir os ideais de acessibilidade, estabilidade e previsibilidade, imperativos a serem alcançados pelo valor “segurança”, convertido em norma-princípio. A Carta de 1988 procura, então, especificar ao máximo as formas e os métodos de proteção da “segurança” ao longo de seu texto, detalhado e minucioso por natureza.

ÁVILA chega a denominar a CR/88 de Constituição *da* segurança jurídica (e não apenas *para* a segurança jurídica). Isso porque o documento, “mais do que prever competência para a instituição posterior (em nível infraconstitucional) de um sistema de segurança, ela própria o constitui (em nível constitucional).”¹⁵⁹

O artigo 5º da Constituição, em seu *caput*, averba:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Observa-se que o dispositivo, inserido no Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), garante o direito “à segurança”, sem maiores especificações, ao menos de início. Nota-se também que tal direito consta ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, valores sociais objetivos. Conclui-se, assim, que o artigo 5º procura proteger a segurança jurídica, fato comprovado a partir da leitura de todo o dispositivo, que enumera exhaustivamente em seus incisos os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

De acordo com SILVA, estão elencados no artigo 5º da Constituição os chamados direitos fundamentais individuais e coletivos. Para o jurista, “direitos

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 223, 225.

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 211-212.

fundamentais do homem” constitui a expressão mais adequada, porque refere-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política do ordenamento jurídico; além disso, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹⁶⁰

HARIOU ensina que não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário também garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e, eventualmente, violado.¹⁶¹ Necessário, portanto, que haja formas assecuratórias de tais direitos constitucionais considerados como "fundamentais do homem". Essa é precisamente a função do artigo 5º, que conta com 78 incisos. A Constituição, no entanto, não pontua quais dos incisos se referem a direitos e quais se referem a garantias. Para SILVA, a Constituição se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias ou, ainda nas palavras do constitucionalista, reconhece alguns direitos ao garanti-los:

A doutrina não auxilia no descortinar o sentido dessas expressões. Ela emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos: (1) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, “que não provêm de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano”; parte-se da ideia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhecendo-os apenas e os garante; é uma ideia vinculada à concepção do direito natural ou da supraestatalidade dos direitos fundamentais; (2) “prescrições que vedam determinadas ações do poder público”, ou “*formalidades* prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os *direitos constitutivos da personalidade individual*”; (3) “proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia” ou “recursos jurídicos destinados a fazer efeitos os direitos que assegura”.¹⁶²

A relevância dos direitos e garantias assegurados pelo artigo 5º da Constituição fica ainda mais sobejamente clara ante seu tratamento privilegiado diante de outros direitos: são princípios tão sensíveis, que sua abolição é expressamente vedada pelo legislador

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.178.

¹⁶¹ HARIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional*. 2. ed., Tradução de Carlos Ruiz Del Castillo. Madrid: Reus, 1927 *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, *op. cit.*, p.186.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, *op. cit.*, p.178.

constitucional, constituindo cláusulas pétreas, de acordo com o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, que averba a proibição de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir "os direitos e garantias individuais." Percebe-se, assim, que o constituinte conferiu a esse rol de direitos uma proteção extra ao considerá-los credores de uma segurança adicional.¹⁶³ Tais direitos e garantias estão, em sua grande maioria, previstos no artigo 5º da Constituição.

Nesse viés, é improvável conceber a proteção aos direitos mais caros ao constituinte sem considerar a grande relevância da segurança jurídica, bem como a sua expressão na Constituição de 1988: entre os direitos fundamentais enumerados pelo artigo 5º, há diversos relacionados tanto à segurança física e individual (como a proteção da residência e a garantia do *habeas corpus* contra restrições abusivas da liberdade) quanto às exteriorizações específicas da liberdade (como a proteção da liberdade de manifestação do pensamento, da liberdade de consciência e de crença, da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação ou da liberdade de associação para fins lícitos). Assim, além de decorrer do sobreprincípio do Estado de Direito (e de encontrar-se expressa no preâmbulo constitucional), a segurança jurídica é intrínseca aos chamados "direitos fundamentais", cláusulas pétreas no sistema constitucional de 1988.

Deve-se lembrar, como pontua DELGADO, que o vocábulo “segurança”, entendido como garantia assegurada pelo preâmbulo e pelo *caput* do artigo 5º da Constituição, possui mais de um significado, envolvendo, além da segurança jurídica propriamente dita, a segurança pública, a segurança na assistência à saúde, à educação, ao lazer, ao desenvolvimento econômico, à liberdade, à vida, à valorização da cidadania, à dignidade humana, ao emprego pleno, à igualdade social, enfim, aos direitos e garantias individuais e sociais como um todo.¹⁶⁴

Quanto aos direitos específicos catalogados pelo artigo 5º, é possível identificar fins específicos aos quais o princípio da segurança jurídica induz, objetivando a sua eficácia, pressupondo, para isso, a busca por acessibilidade, estabilidade e previsibilidade. Não apenas no artigo 5º, mas em outros dispositivos constitucionais que especificam ainda mais os imperativos propiciadores da segurança jurídica. É ver, em rol não exaustivo:

¹⁶³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106 e 107.

¹⁶⁴ DELGADO, José Augusto. Princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional, *op. cit.*, p. 05.

(a) Princípio da proteção da propriedade (artigo 5º, *caput*, XXII e XXIII): tal direito assume importância para a segurança jurídica como fator que confere estabilidade de determinadas posições jurídico-patrimoniais, protegendo a confiança do cidadão na permanência de sua propriedade. Como aduz ÁVILA, o ponto envolve uma pretensão de durabilidade: "protege-se uma esfera patrimonial disponível para o cidadão livremente dela se utilizar, o que pressupõe uma pretensão de durabilidade desse estado de intangibilidade, pois, se a esfera pudesse ser constante e injustificadamente modificada, não permitiria que o seu titular pudesse dela fazer livre uso."¹⁶⁵

(b) Princípio da liberdade de exercício de profissão ou atividade econômica (artigo 5º, *caput* e XIII, e artigo 170): tal princípio significa segurança para que cada indivíduo possa livremente construir a sua vida e, portanto, a sua individualidade, assumindo vital importância para a autodeterminação e para a vida digna do homem. A proteção estatal a esse direito significa prestígio à estabilidade e à previsibilidade: ao optar por empreender determinada atividade econômica ou profissional, o cidadão será capaz de prever os efeitos de sua decisão futuramente, ao menos no que tange à conformação jurídica da atividade, com pretensão à perenidade.

(c) Princípio da proteção da liberdade em geral, presente no *caput* do artigo 5º e em diversos incisos - livre pensamento, crença, intelecto, associação, bem como a sua manifestação em forma de *habeas data*, mandado de segurança e *habeas corpus*): tal direito significa a proteção ao livre poder de escolha, garantindo a eficácia da opção juridicamente possível, plasmada justamente na estabilidade desta. A proteção da liberdade funciona, desse modo, como garantia indireta da segurança jurídica como segurança *de* direitos por meio da segurança *do* Direito.¹⁶⁶

(d) Princípio da proteção da família (artigo 5º, XXVI, artigo 7º, IV e XII, artigo 203, I, artigo 226): tal princípio significa a garantia de perenidade e de proteção da confiança contra restrições que atinjam a família como instituição e como direito

¹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 232.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 237.

fundamental, propiciando condições mínimas de estabilidade da entidade familiar (confiabilidade na permanência).¹⁶⁷

(e) Princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I): tal princípio é forma indireta de proteção da segurança jurídica ao prever a igualdade de todos perante a lei, em sentido estrito e em sentido amplo (compreendendo também os atos administrativos e as decisões judiciais), proporcionando uniformidade de tratamento e de condições, deduzindo-se daí elementos de previsibilidade sistêmica.

(f) Princípios procedimentais (artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV): a promoção da segurança, nesse caso, dá-se pela instituição de procedimentos por meio dos quais o cidadão poderá defender os seus direitos, como é o caso das garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Tais princípios propiciam os ideais de confiabilidade e de previsibilidade do ordenamento jurídico, pois ninguém poderá ser surpreendido com eventual restrição de seus direitos sem que possa defender-se, conferindo, assim, estabilidade ao ordenamento.

Nos vieses analisados, resta claro que a segurança jurídica deve ser compreendida como sobreprincípio, induzindo subprincípios que contribuem para sua efetivação, como ressalta BARROS CARVALHO:

A segurança jurídica é, por excelência um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação

¹⁶⁷ Vale aqui relevante nota sobre a proteção constitucional conferida à família: em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em decisão considerada histórica pela opinião pública pátria, considerou que o conceito de entidade familiar deve ser estendido às uniões homoafetivas (entre pessoas do mesmo sexo). O entendimento da Suprema Corte nada mais fez do que interpretar a Constituição de 1988 consoante os princípios insculpidos pelo legislador constitucional na própria Carta (como a vedação a qualquer tipo de discriminação ou preconceito, a liberdade e a igualdade) para abarcar constitucionalmente uma relevante parcela da população que se encontrava desprovida de segurança jurídica no que tange à proteção de sua família. Nesse diapasão, o STF promoveu a efetivação do sobreprincípio da segurança jurídica de forma direta (algo que o legislador se recusava a empreender, por razões políticas, sociais ou religiosas), por meio da interpretação do texto constitucional, dentro, portanto, dos estritos limites do sistema jurídico, sem as influências, muitas vezes nefastas, do poderio advindo de outros sistemas alheios ao Direito (e.g. político, econômico, religioso). Confira-se pequeno trecho do voto do Ministro Relator, AYRES BRITTO: "(...) De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ('textos normativos', diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. (...)" (STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05.05.2011, Acórdão pendente de publicação)

de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeções sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo – então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será fácil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suportes, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança. E se o setor especulativo é o do direito tributário, praticamente todos os países do mundo ocidental, ao reconhecerem aqueles valores que se articulam axiologicamente, proclamam, na sua implicitude, essa diretriz suprema.¹⁶⁸

1.3.4 Regras especiais em matéria tributária: legalidade, anterioridade, irretroatividade e vedação ao confisco

A Constituição de 1988, além de estabelecer subprincípios decorrentes da segurança jurídica como objetivos ideais a serem perseguidos - como demonstrado no tópico precedente -, edifica também diversas regras específicas, que determinam comportamentos estatais que contribuirão de maneira direta com a busca da acessibilidade, da estabilidade e da previsibilidade.

Tais regras abarcam o Direito de forma ampla e o Direito Tributário de forma específica (bem como outros ramos do Direito), sendo importante compreender a relevância dessas regras no reforço que o ordenamento jurídico propicia à segurança jurídica, mote constituinte, até como forma de possibilitar o avanço ao tema do presente trabalho.

Cumprе ressaltar que a abordagem a regras específicas em matéria tributária feita no presente ponto do trabalho não busca exaurir a temática; pelo contrário, procura apenas gizar a sua existência no bojo constitucional como medida de reforço aos ideais buscados pela segurança jurídica, entendida como sobreprincípio. De outro lado, não há dissonância na doutrina e na jurisprudência quanto à importância de tais regras como

¹⁶⁸ BARROS CARVALHO, Paulo de. Tributo e Segurança Jurídica. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 360.

sustentação do ordenamento jurídico, razão pela qual se optou, metodologicamente, por somente expô-las de forma sucinta, uma vez que são proposições que apenas reforçam o objetivo deste trabalho.

As regras brevemente expostas servirão, assim, para ressaltar a preocupação do legislador constituinte em tratar a proteção da segurança jurídica da forma mais ampla possível, demonstrando, como ressalta ÁVILA, a superproteção que a Constituição confere a todas as dimensões do sobreprincípio, "atribuindo-lhe, pelo modo e pela insistência com que prevê os seus independentes fundamentos, elevada importância como princípio constitucional protetivo do indivíduo e destinado a garantir um estado de confiabilidade e de calculabilidade do e pelo ordenamento jurídico, baseado na sua cognoscibilidade."¹⁶⁹

Inicialmente, destaca-se o papel da legalidade para conferir estabilidade ao ordenamento jurídico, constituindo, por si só, um instrumento de segurança jurídica. Isso porque, por intermédio da edição de normas gerais e abstratas, dirigidas a um número indeterminado de pessoas e de situações, pode-se afastar, de um lado, a surpresa decorrente tanto da inexistência de normas escritas quanto do decisionismo e da circunstancialidade das decisões públicas (afastando, portanto, a arbitrariedade) e, de outro, estabelecer parâmetros de conduta, além de definir modos especiais de alteração legislativa das regras já em vigor.¹⁷⁰

A CR/88, em matéria tributária, define a vedação da instituição ou do aumento de tributos sem lei prévia (artigo 150, I), ressaltando a necessidade de lei específica, em sentido estrito, também para a concessão de benefício fiscal (artigo 150, parágrafo 6º). Nesse sentido, contribuem as normas para a promoção de previsibilidade ao ordenamento, pois as regras propiciam: acessibilidade, pois o contribuinte terá condições de conhecer a lei e compreendê-la, possibilitando o seu adequado cumprimento; estabilidade, pois as regras editadas somente poderão ser alteradas mediante processo legislativo específico, por meio de outras leis; previsibilidade, pois o contribuinte terá melhores condições de prever suas obrigações tributárias futuras, baseadas em substrato legal.

Como afirma DERZI, a lei parece ser o caminho mais idôneo para hipertrofiar a segurança jurídica, trilha harmônica à concepção de Estado de Direito, que se liga à de democracia e de contenção do arbítrio: o sistema jurídico brasileiro, baseado na segurança jurídica, "esteia-se na limitação das fontes formais de criação jurídica, a qual, por sua vez, só se viabiliza na separação e no equilíbrio das funções estatais". E arremata: "como limitação

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 262.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 252.

às fontes de criação jurídica, o *nullum tributum sine lege* significa, pois, que o tributo somente pode ganhar existência se estiver expressa e previamente indicado na lei, como ato próprio do Poder Legislativo."¹⁷¹

Já a anterioridade define que os tributos não poderão ser instituídos ou aumentados no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (artigo 150, III, "b") e antes de decorridos 90 dias da data da publicação da lei que os instituiu ou aumentou (artigo 150, III, "c"). Nesse sentido, as regras da chamada "não surpresa" contribuem com os ideais de segurança jurídica, pois conferem previsibilidade ao ordenamento jurídico tributário, já que o contribuinte terá condições de prever as modificações futuras, possibilitando seu planejamento pessoal e financeiro.

A vedação à surpresa tributária, como lembra DERZI ao citar SOLER, aponta em direção ao planejamento, ao conhecimento antecipado, reforçando, de forma significativa, o princípio da segurança jurídica: é que "o *homo faber* necessita calcular com objetividade eficaz. A segurança jurídica é essencialmente pronóia, saber antecipado e antecipatório."¹⁷²

No que tange à irretroatividade, a seu turno, a CR/88, em seu artigo 150, III, "a", define a vedação à instituição de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Tal propósito estabelece a promoção do ideal de previsibilidade do ordenamento jurídico, pois, ao vedar a retroação de normas jurídicas, proporciona confiança na permanência das normas vigentes na atualidade e, conseqüentemente, dos seus efeitos, podendo gerar direito adquirido, inclusive.

A importância da regra da irretroatividade e de sua conexão com o direito adquirido será ressaltada em capítulo próprio deste trabalho, como forma de delimitar suas características e requisitos para a posterior transposição às expectativas de direito, que, como se demonstrará, são dignas de proteção jurídica diante da conformação global da Constituição brasileira de 1988.

Por fim, a vedação constitucional à instituição de tributo com efeito confiscatório (artigo 150, IV) contribui indiretamente com a promoção do ideal de previsibilidade, no sentido de que, ao ter certeza de que o tributo não poderá comprometer o núcleo essencial de sua vida ou atividade empresarial, o contribuinte tem condições de

¹⁷¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 72, 73.

¹⁷² SOLER, Sebastian. *Las Palabras de la Ley*. México: Fondo de Cultura, 1969, p. 183 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, *op. cit.*, p. 171.

planejamento de sua via ou negócio de maneira adequada, contando, antecipadamente, com "uma margem intocável de liberdade dentro de cujo âmbito não poderá ser surpreendido."¹⁷³

Fica claro, ante o exposto, que a Constituição de 1988, ao garantir a segurança jurídica como direito fundamental do cidadão, protege também as suas diversas dimensões, procurando albergar a garantia de forma máxima ao instituir subprincípios e regras tendentes a operacionalizá-la praticamente.

Posto isso, entende-se necessário averiguar com mais cautela aspectos de operacionalização do sobreprincípio da segurança jurídica que se prestarão a possibilitar a posterior abordagem da proteção jurídica das expectativas de direito: em viés objetivo, a irretroatividade, plasmada na proteção do direito adquirido, e, em viés subjetivo, a proteção da confiança legítima.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 255.

CAPÍTULO 2

A SEGURANÇA JURÍDICA OBJETIVA NA TRANSIÇÃO DO PASSADO PARA O PRESENTE: O DIREITO ADQUIRIDO

2.1 O conflito das leis no tempo e a segurança jurídica

Consoante frisado no capítulo anterior, optou-se, no presente trabalho, por adotar a sistematização do princípio da segurança jurídica como ramificado em duas partes, uma objetiva e outra subjetiva, segundo anotações de COUTO E SILVA.¹⁷⁴ A primeira parte, de natureza objetiva, "é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado", referindo-se, especialmente, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Já a segunda parte, de natureza subjetiva, "concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação." Em verdade, não se trata de uma divisão visando à definição de institutos jurídicos distintos, mas separação meramente didática, com o escopo de demonstrar que o princípio da segurança jurídica - que tem o seu fundamento maior no sobreprincípio do Estado de Direito - transmuta-se de subprincípio em sobreprincípio quando analisadas as suas feições, que se distinguem quanto aos aspectos de aplicação prática.

Modernamente, as duas facetas do sobreprincípio da segurança jurídica são tratadas como dois subprincípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles, consoante também observa COUTO E SILVA: fala-se em princípio da segurança jurídica quando se deseja albergar o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas e em princípio da proteção à confiança quando se alude ao que atenta para o aspecto subjetivo.

O modelo presta-se, assim, a distinguir, de forma marcante, dois métodos de efetivação da segurança jurídica como sobreprincípio, ou seja, dois subprincípios que consignam diferentes maneiras de persecução dos mesmos fins¹⁷⁵, quais sejam acessibilidade, estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico.

¹⁷⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro..., *op. cit.*, p. 03-05.

¹⁷⁵ WEINBERGER define um fim como uma ideia que exprime orientação prática: o elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Contudo, deve-se ter em vista as funções pragmáticas dos fins, que representam uma função diretiva para a determinação da conduta, sendo o seu objeto o conteúdo

Sublinha COUTO E SILVA que ambos os subprincípios - da segurança jurídica (em viés objetivo) e da proteção à confiança (em viés subjetivo) - "são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possam ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas." Seu núcleo é, desse modo, uno, pois os mesmos objetivos são acoçados por ambos, distinguindo-se tão somente quanto a aspectos de aplicabilidade prática.

CANOTILHO, compartilhando do entendimento, averba:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.¹⁷⁶

Nota-se, assim, que a ordem jurídica constituída pelo Estado de Direito pós-moderno, arrimada no sobreprincípio da segurança jurídica, dispõe de ampla gama protetiva à acessibilidade, à previsibilidade e à estabilidade do Direito, ao possibilitar a decomposição do mencionado sobreprincípio em subprincípios que visam garantir o mesmo direito fundamental, entretanto sob prismas diversos e mediante métodos específicos.

A despeito de todo o arsenal jurídico à disposição do sobreprincípio da segurança jurídica (*e.g.* diversos subprincípios e variadas regras), como observa BARROSO, ele enfrenta hoje uma "crise de identidade". O jurista atribui tal crise à enorme velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, além da obsessão pragmática e funcionalizadora, que contamina a interpretação do Direito e "não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como

desejado. Assim, a instituição do fim é ponto inicial para a busca dos meios. Em outras palavras, a relação meio/fim conduz à transferência da intencionalidade dos fins para a dos meios. (WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1989, p. 283, 287 *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, *op. cit.*, p. 79, 80.) A partir dessas ponderações, pode-se afirmar que os fins "acessibilidade, estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico", conforme pontuado no capítulo anterior, definem meios à promoção da segurança jurídica, em vieses objetivo e subjetivo.

¹⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 257.

miudezas a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente."

Na mesma linha, SARLET fala em "crise de efetividade e identidade" pela qual passam o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais, a tal ponto que "já se sustentou que estamos a vivenciar um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno."¹⁷⁷ Seja em razão do incremento dos níveis de exclusão socioeconômica e da implantação, em maior ou menor escala, daquilo que SANTOS designou "fascismo societal"¹⁷⁸ em todo o planeta, seja em consequência da fragilização das instituições estatais, com o correspondente fortalecimento das esferas de poder econômico no bojo da globalização, o autor afirma que hoje, mais do que nunca, constata-se a problemática do assim chamado Estado Social e Democrático de Direito - e, com ele, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social. Se, de um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça continua a ser um dos maiores desafios e tarefas do Estado.¹⁷⁹

Os sintomas da "crise" pela qual passa o sobreprincípio da segurança jurídica podem ser sintetizados no dilema e no paradoxo relativos à sua efetivação, postos por ÁVILA:

O dilema está no fato de que, para ser mais acessível, o Direito precisa ser mais simples; no entanto, para ser mais simples, requer a desconsideração de muitas particularidades individuais, o que dificulta a proteção de todos os interesses. Para ser mais protetivo, o Direito precisa considerar o maior número de interesses, mas, para fazê-lo, demanda mais complexidade, o que o impede de ser facilmente compreensível. O dilema, por conseguinte, é este: se o Direito é mais seguro, porque mais acessível, precisa ser menos assecuratório; se o Direito é mais assecuratório, enquanto mais protetivo, precisa ser menos acessível. O ganho em acessibilidade implica, pois, a perda em protetividade, e o ganho em protetividade,

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. V e ss. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁸ SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a Democracia: entre o Pré-contratualismo e o Pós-contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 23 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 102-103.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 102-103.

o prejuízo em acessibilidade. O paradoxo reside no fato de que, quanto mais segurança por meio do Direito se pretende garantir, menos segurança do Direito se pode conquistar. O paradoxo, dito de forma abreviada, é este: a busca da segurança leva à insegurança. (...) Combater a insegurança jurídica envolve, pois, uma luta do sistema jurídico "contra si mesmo".¹⁸⁰

É fácil notar, pois, que o cenário social altamente complexo e dinâmico, associado à equivalente complexidade do universo jurídico, cria aos cidadãos enormes e frequentes dificuldades na manipulação do Direito em seu dia-a-dia, sumariadas por ÁVILA¹⁸¹:

(a) a primeira dificuldade refere-se à falta de intelegibilidade do ordenamento jurídico: o cidadão não sabe exatamente qual a regra válida; se sabe, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite;

(b) a segunda dificuldade diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico: o cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, continuará válida e, quando sabe, não tem certeza se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso concreto;

(c) já o terceiro problema refere-se à falta de calculabilidade do ordenamento jurídico: o cidadão não sabe qual norma irá valer futuramente, pois o Direito não é previsível nem calculável.

Sob esse foco, apesar de não se duvidar de que é uníssona na doutrina e na jurisprudência a importância de conservação dos mecanismos de efetivação da segurança jurídica, referido princípio fomenta acalorados debates sobre sensíveis desdobramentos advindos tanto da teoria quanto da *praxis*.

Um aspecto que, no bojo do panorama supraexposto, apresentou-se (e ainda se apresenta) como verdadeiro desafio aos operadores do Direito é o que concerne aos impactos da lei nova sobre a realidade social existente quando de sua entrada em vigor - ponto que se relaciona de forma direta ao objetivo "estabilidade" do ordenamento jurídico.¹⁸² Fala-se, nesse sentido, em conflito de leis no tempo, a envolver a contraposição entre lei nova e lei velha, na transição do passado para o presente.

Faz-se mister, dessarte, ponderar sobre como a segurança jurídica incidirá sobre a transição temporal, em que direitos estão em jogo devido às mudanças no ordenamento jurídico, muitas vezes essenciais ao desenvolvimento social. Questiona-se, assim, como o

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 47-48.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 61-62.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 141.

ideal “estabilidade do ordenamento jurídico” poderá ser alcançado ante as muitas vezes inevitáveis inovações jurídicas, buscando que estas abalem minimamente as estruturas do ordenamento jurídico.

ROUBIER, em sua obra clássica *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, alerta que o "conflito de leis" surge quando sobre um mesmo fato ou sobre um mesmo ato duas ou mais leis podem, simultaneamente, ser aplicadas, devendo haver uma escolha por uma delas. O conflito de leis no tempo, contudo, nasce não pela coexistência das leis, mas por sua sucessão; em outros termos, há o conflito entre leis antigas e leis novas.

O autor fornece exemplo que clarifica o exposto: um mandamento legal já se encontra vigente quando uma lei nova entra em vigor; diante disso, questiona-se: manter-se-á a lei antiga, aplicar-se-á a lei nova ou se deverá adotar uma solução intermediária? Para ROUBIER, tais problemas, de difícil resolução, são solucionáveis pela ciência que estuda o conflito das leis no tempo, por ele denominada "direito transitório" (*droit transitoire*)¹⁸³ ou "direito intertemporal" (*droit intertemporal*).¹⁸⁴

Apercebe-se, então, que o tempo constitui elemento essencial a ser objeto de análise quando se trata da segurança jurídica, "pois os princípios da segurança, da confiança legítima, da irretroatividade e da boa-fé formam-se, muitas vezes, no decurso do tempo e nele se revelam."¹⁸⁵ Faz-se premente, dessarte, analisar o decurso do tempo como elemento necessário à compreensão do impacto social das mutações do ordenamento jurídico e seus reflexos na esfera privada dos indivíduos, a demandar a incidência de medidas protetivas de direitos sujeitos a violações decorrentes justamente da transição temporal, derivadas do sobreprincípio da segurança jurídica.

Atendo-se ao elemento temporal na formação das expectativas normativas, extremamente importante à análise do tema ora em exposição, DERZI noticia que HEIDEGGER, ao meditar sobre a diferença entre o tempo medido pelo relógio e o tempo autêntico, aduz que o *agora* é o tempo medido (ou mensurável), daí porque nos referimos ao passado como o *não-mais-agora* e ao futuro como o *ainda-não-agora*; a sucessão de tempos

¹⁸³ Frisa-se o fato de o termo "direito transitório" possuir dois sentidos possíveis, como alerta PETIT: ele designa um ramo jurídico que estuda os conflitos das leis no tempo e também pode referir-se a uma categoria particular de normas jurídicas, as disposições transitórias (ou direitos de transição). Neste momento será abordada a primeira significação do termo, qual seja direito transitório como sinônimo de "direito intertemporal" (termo preferido neste trabalho). Já o "direito transitório" na segunda acepção, qual seja entendido como direito a um regime que suavize a transição de uma norma a outra, será tratado com mais vagar em capítulo próprio no bojo do presente trabalho. (PETIT, Jacques. *Droit transitoire et terminologie*, p. 07. In: DRAGO, Guillaume *et al.* (org.). *Repenser le Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 2010, p. 07-17.)

¹⁸⁴ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 03, 04.

¹⁸⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 195.

pode, assim, ser medida em agoras. Entretanto, o tempo como sucessão de agoras não é nada, pois é unidimensional. Já o espaço de tempo do chamado “tempo autêntico” é quadridimensional: ele pressupõe o presente, o passado e o futuro e a unidade dessas três dimensões. A partir dessa noção, DERZI estabelece a relevância do tempo autêntico ao Direito, que chama de tempo histórico-social, a miscigenar e equilibrar presente, passado e futuro: o passado é composto, o futuro concilia discronias contínuas, em que o tempo é sempre plural, sendo que "o seu fluir complexo constitui o Direito, ou seja, o ser dá-se no tempo, mas sem se esgotar ou se desvelar sem limites, em que há sempre o oculto, que resiste."¹⁸⁶

A concepção de tempo como noção multifacetada também foi enunciada por OST, consoante lembra PIRES, ao advertir sobre a necessidade de se refutar a ideia de que o tempo se desenvolve linearmente, orientado de forma única e irreversível, como um dado quantitativo, computável e materializável.¹⁸⁷

Para PRIGOGINE, prêmio Nobel de química em 1977, o tempo precede a existência. Enquanto todos os indivíduos e civilizações têm idades, e até mesmo ao próprio universo é atribuída uma idade, o tempo não possui nem começo nem fim, e a questão sobre o seu nascimento e as suas origens permanecerá presente por todo o sempre. Em *O Fim das Certezas*, o autor busca estabelecer qual é o papel do tempo, enquanto vetor da irreversibilidade, na física.¹⁸⁸

Apesar de a área de conhecimento do trabalho de PRIGOGINE ser diferente daquela em que se insere o presente trabalho, o tempo é um só para todas as áreas do conhecimento, ou seja, multidimensional. Ao se tomar emprestado o estudo do tempo realizado pelas ciências exatas, pretende-se vislumbrar o tempo de modo universal, para que posteriormente se possa compreender como o tempo se comporta no mundo jurídico, bem como quais as suas influências e as suas implicações no conflito de leis *no tempo*.

PRIGOGINE trata da relação entre o tempo e as leis da natureza e destas como o devir:

¹⁸⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 194-202.

¹⁸⁷ OST, François. *Multiplicité et Descontinuité du temps juridique; quelques observations critiques*. *Contradogmáticas*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 415, p. 37-59, 1985. (Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. ALMED – Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito), p. 38-40 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 75.

¹⁸⁸ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 62, 171-173, 191-192.

A formulação das “leis da natureza” trouxe um elemento crucial a esse debate antigo. De fato, as leis enunciadas pela física não têm como objeto negar o devir em nome da verdade do ser. Muito pelo contrário, elas visam a descrever a mudança, os movimentos caracterizados por uma velocidade que varia ao longo do tempo. E, no entanto, seu enunciado constitui um trunfo do ser sobre o devir. O exemplo por excelência é a lei de Newton, que liga a força à aceleração: é ao mesmo tempo determinista e reversível no tempo. Se conhecemos as condições iniciais de um sistema submetido a essa lei, ou seja, seu estado num instante qualquer, podemos calcular todos os estados seguintes, bem como todos os estados precedentes. Mais ainda, passado e futuro desempenham o mesmo papel, pois a lei é invariante em relação à inversão dos tempos $t - -t$. A lei de Newton justifica bem, portanto, o famoso demônio de Laplace, capaz de observar o estado presente do universo e de dele deduzir toda a evolução futura.¹⁸⁹

O químico russo explica que, desde há muito, a flecha do tempo foi relegada ao domínio da fenomenologia, e os seres humanos, como observadores limitados, seriam responsáveis pela diferença entre passado e futuro. Apesar de muitos autores ainda reduzirem a flecha do tempo ao caráter aproximado da descrição humana da natureza, a física de não equilíbrio e os sistemas dinâmicos instáveis, associados à ideia de caos, fazem com que seja necessário revisar a noção de tempo.¹⁹⁰

A física de não equilíbrio estuda os processos dissipativos, caracterizados por um tempo unidirecional, e, com isso, confere uma nova significação à irreversibilidade. Antes, a flecha do tempo se associava a processos simples, que eram compreensíveis com o auxílio simplesmente das leis da dinâmica. Hodiernamente, isso não mais ocorre, pois a irreversibilidade se encontra na base de um sem-número de fenômenos novos, que ilustram o papel construtivo fundamental da flecha do tempo. A irreversibilidade passa a ser uma condição essencial de comportamentos coerentes, e, sem a coerência dos processos irreversíveis de não equilíbrio, o aparecimento da vida na Terra seria inconcebível.

Houve também uma revisão do conceito de tempo na física. A ciência clássica privilegiava a ordem e a estabilidade, ao passo que em todos os níveis de observação se reconhece agora o papel primordial das flutuações e da instabilidade. Associadas a essas noções, aparecem também as escolhas múltiplas e os horizontes de previsibilidade limitada. Noções como a de caos tornaram-se populares e invadem todos os campos da ciência, da cosmologia à economia. Os sistemas dinâmicos instáveis estudados por PRIGOGINE levam a uma extensão da dinâmica clássica e da física quântica e, a partir daí, a uma formulação

¹⁸⁹ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁰ “O tempo é dimensão fundamental de nossa existência, mas está também no coração da física galileana o ponto de partida da ciência ocidental. (...) Sabe-se que Einstein afirmou muitas vezes que “o tempo é ilusão”. E, de fato, o tempo tal como foi incorporado nas leis fundamentais da física, da dinâmica clássica newtoniana até a relatividade e a física quântica não autoriza nenhuma distinção entre o passado e o futuro. Ainda hoje, para muitos físicos, esta é uma verdadeira profissão de fé: em termos de descrição fundamental da natureza não há flecha do tempo.” (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, *op. cit.*, p. 10.)

nova das leis fundamentais da física. Essa formação quebra a simetria entre passado e futuro que a física tradicional afirmava. A física tradicional unia conhecimento completo e certeza: desde que fossem dadas condições iniciais, elas garantiam a previsibilidade do futuro e a possibilidade de retrodizer o passado. No entanto, a partir do momento em que a instabilidade é incorporada, as leis da natureza passam a exprimir meras possibilidades.¹⁹¹

Como entender o tempo, sob o enfoque dessa nova forma de compreensão, dentro do universo jurídico? Se as leis da natureza, bem como as regras das ciências exatas, antes tão precisas e tão capazes de exprimir certezas, não mais o são, o que dizer então das leis dos homens? E ainda: como pode o Direito se ocupar de garantir a segurança jurídica dentro desse quadro de intensa e incessante mutação social?

LUHMANN, em seu ensaio *Vertrauen (Confiança)*, parece lançar bases sólidas a subsidiar tal busca por segurança jurídica diante do caos. O tema da confiança, para o autor, implica uma relação problemática com o tempo: mostrar confiança significa antecipar o futuro, comportar-se como se o futuro fosse certo. Poderia afirmar-se, assim, que, por meio da confiança, o tempo se invalidaria, ou ao menos se invalidariam as diferenças de tempo. Essa talvez seja a base para a educação moral, que, além do antagonismo escondido ao longo do tempo, recomenda uma atitude de confiança como um caminho atemporal de independência através da passagem do tempo.¹⁹²

DERZI anuncia que LUHMANN, a partir de suas elucubrações, prevê, para a formação da confiança, pressuposto para a segurança sistêmica, considerando-se a problemática da complexidade social e do caos à luz do tempo, (a) a noção elementar de constância relativa, apesar da variação contínua; (b) a simplificação do mundo, por meio da redução da variação infinita; (c) o futuro em prospecção, por intermédio de sua antecipação e da redução das alternativas inumeráveis às alternativas já conhecidas do presente, razões pelas quais "o próprio tempo (tomado na acepção de tempo social, autêntico) é um redutor de complexidade."¹⁹³ Em outras palavras: para LUHMANN, o tempo constitui uma complexidade redutível. A dimensão temporal é, assim como a dimensão social, uma interpretação do mundo em termos de extrema complexidade: o tempo pode ser apreendido como redutor da complexidade, seja ao considerar o presente como ponto de partida que avança continuamente até o futuro, a partir do qual se seleciona subjetivamente a experiência, seja como um filtro estacionário construído no *rio do tempo*, transformando o

¹⁹¹ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. *Confiança*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 327-328.

possível em verdadeiro. Daí decorre o relevo da função da confiança no transcurso temporal: ela acentua a capacidade do presente para entender e reduzir a complexidade do futuro incerto, bem como assegura a permanência dos estados (conquistas e direitos) em detrimento dos novos eventos (incerteza), tornando possível viver e agir diante de uma complexidade em que a sucessão de eventos é constante.¹⁹⁴

Percebe-se, pois, que a segurança dos estados, fulcrada na confiança, faz com que as pessoas tenham supremacia diante dos acontecimentos, tornando-se aptas a superar a complexidade diante da certeza de que o transcurso do tempo não as afetará de maneira negativa em seus direitos já conquistados ou mesmo expectados de maneira legítima.

Consoante pondera PIRES, o fenômeno jurídico, assentado na norma e sempre circunstanciado por tempo e espaço, atrai a discussão acerca desses elementos, transcendendo o campo da formação da lei para a seara de sua aplicação: o tempo jurídico é elemento científico do Direito como produção, aplicação e controle ou interpretação, decorrendo daí a importância de se compreender a concepção do tempo jurídico e de se aprofundar no estudo de novas categorias que possam dilargar os horizontes da temporalidade do Direito.¹⁹⁵

OST, ao rejeitar a limitação do tempo à perspectiva unidimensional, propõe a construção do tempo como instituição social, como interpretação do mundo, e o Direito, com seu discurso performático, exprime a capacidade de instituir laço social, oferecendo aos homens identidade. Ocorre, desse modo, uma relação dialética, em que o tempo não é exterior à matéria jurídica, sendo que ambos, tempo e Direito, trabalham mutuamente (o Direito temporaliza, e o tempo institui). O tempo do Direito, para OST, ao redizer o passado, revendo-o continuamente, está no futuro, revelando-se criador, ordenador da paz social. O autor propõe, então, o exame do tempo do Direito por meio de quatro categorias normativas e temporais: (I) o passado (representado e reconstruído pela memória); (II) o perdão (em que o Direito não esquece, mas renuncia às sanções pela pacificação); (III) o futuro (denominado de promessa, revelador da confiança e da boa-fé); (IV) o questionamento (que leva à revisão contínua dos quatro pontos, dialeticamente relacionados, em relação de tensão e inovação).¹⁹⁶

O conceito tradicional de tempo jurídico, a seu turno, entende que este se decompõe em três momentos, como aduz ROUBIER: passado, presente e futuro. Por essa

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, *op. cit.*, p. 24-26.

¹⁹⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁶ OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 25-27.

razão, a lei pode ter três tipos de atuação no tempo: efeito retroativo, se for aplicada ao passado; efeito imediato, se for aplicada ao presente; efeito diferido, se for aplicada apenas futuramente. Essas três formas são denominadas pelo autor, respectivamente, de retroatividade da nova lei, efeito imediato da lei e sobrevivência de lei antiga.¹⁹⁷ FRANÇA, atento à problemática, explica como podem ocorrer conflitos entre leis no tempo:

Via de regra, uma Lei é eficaz, até que outra a revogue ou derroge, isto é, até que seja antiquada ou modificada por outra. Não raro, entretanto, sucede que, ao exurgimento da Lei nova, a Lei antiga já criou relações jurídicas, de tal natureza, que se impõe a permanência destas, apesar da vigência do diploma revogador. Por outro lado, pode acontecer que o interesse social e público leve legislador a determinar que essas relações, a partir da nova Lei, se rejam por esta e não por aquela sob cujo império se criaram, ou, ainda, que se desfaçam por completo, aplicando-se o novo diploma no pretérito.

A esse complexo de fatos, e aos problemas que daí advém, relacionados com a medida de eficácia da Lei nova e da Lei antiga, uma à face da outra, se costuma chamar conflito das leis no tempo.¹⁹⁸

Tomado, então, sob a perspectiva dos entrechoques legais, o tempo composto migra para o campo do Direito dos conflitos intertemporais, situando-se nesse ramo a questão da irretroatividade das leis e dos limites de retro-operância da normatividade jurídica. É nessa seara, dessarte, que serão respondidas as indagações sobre a aplicação de leis em conflito no tempo, submetendo tais conflitos ao sobreprincípio da segurança jurídica, como pontifica PIRES:

Os móveis de segurança jurídica e de justiça que propulsam o Direito, a polarização desses princípios, a situação de conflito das leis no tempo e a necessidade de combinar a dinâmica dos fatos da vida e a evolução da normatividade e de amalgamar a trama normativa no entretempo jurídico é que fazem emergir a discussão da retroatividade e convergir a atenção para o campo do Direito Intertemporal, no qual as múltiplas temporalidades devem ser levadas em conta na construção da solução adequada, à sua vez, igualmente temporalizada.¹⁹⁹

O tema, de extrema relevância, está intimamente relacionado com o que já foi posto no presente trabalho acerca da segurança jurídica. Isso porque, havendo um conflito entre leis no tempo, há que haver uma forma de solucioná-lo sem que sejam prejudicados os destinatários da lei.

Para CARDOZO, o cerne dos problemas pertinentes ao campo dos limites da projeção temporal dos efeitos das normas jurídicas se localiza, na sua maior parte, na própria

¹⁹⁷ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, op. cit., p. 09.

¹⁹⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 01.

¹⁹⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 89-90.

complexidade da compreensão do fenômeno jurídico, em face da necessidade de se integrar o “plano normativo” com o plano fático, em seus peculiares movimentos disjuntos. Para o autor, tem-se buscado solucionar o problema a partir de métodos de conhecimento que ignoram o próprio “movimento”, e, assim, naturais impasses e construções ficam sujeitos a contradições e vícios:

A leitura dos tratados e das monografias que se têm ocupado do tema, com efeito, nos mostra que habitualmente se cuida do fenômeno da intertemporalidade conflitual das normas jurídicas como se fosse este uma questão de indagação científica “abstrata”, posta em situação desgarrada do processo histórico, de suas exigências e imposições. Tratam-no como um fenômeno “a-histórico” ou que tenha sua existência definida em realidade colocada à margem do “tempo histórico”. Não se conclua com isto, a bem da verdade, que os juriconsultos não têm se ocupado em reconstruir a “evolução histórica” do problema da retroatividade ou irretroatividade das normas jurídicas. Ao revés, fartas e completas têm sido as páginas escritas acerca do processo de evolução histórica do problema. Relata-se, com dados em abundância, como a questão era enfocada nos diversos sistemas jurídicos da antiguidade, da Idade Média e dos tempos modernos.²⁰⁰

Sobre a projeção temporal dos efeitos das normas jurídicas, CARDOZO lembra que, ao falar de conflito das leis no tempo ou, em sentido mais amplo, do conflito das normas jurídicas no tempo, sempre se terá como pano de fundo o problema dos limites de vigência das regras de direito positivo. De fato, entendido o conceito de vigência como sendo a existência objetiva de uma norma, todos os problemas pertinentes ao campo do conflito intertemporal das normas jurídicas podem ser, em última instância, reduzidos à questão da definição dos limites que circunscrevem o campo de aplicabilidade das normas jurídicas.²⁰¹

PIRES afirma que, sobretudo sob inspiração filosófica unitarista e no âmbito da teoria clássica da temporalidade jurídica (que distingue a estática e a dinâmica)²⁰²,

²⁰⁰ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22-23.

²⁰¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei, op. cit.*, p. 22-23.

²⁰² PIRES esclarece que a concepção unitária de tempo é aquela que reflete a resistência à apropriação das novas formulações ditadas pelo avanço da ciência, presa a antigas e superadas concepções: trata-se de entendimento vinculado à noção de tempo como flecha linear e monolítica (a autora cita como exemplos, no Direito material, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido e, no Direito processual, o instituto da preclusão e os conceitos de prescrição e decadência). Assim, apoiada em premissas da concepção unitária do tempo, desenvolve-se a teoria tradicional de compreensão intelectualística do tempo jurídico - o tempo dividido em pedaços como o espaço, em perspectivas estática e dinâmica. No campo estático, o tempo é tratado como elemento de consideração na edição da norma e, por isso, de interpretação histórica, de sustentação do controle jurídico-formal da própria normatividade e como critério de integração e permanência desta no ordenamento (em tal perspectiva, “o passado prefigura o presente e o future”). Já no viés dinâmico, o tempo jurídico revela-se no plano da aplicação, no qual ganha fluidez e variabilidade próprias da seara fática, constituindo o momento em que a norma jurídica escapa ao tempo da abstração, para alcançar a concreticidade ou faticidade.

desenvolvem-se as formulações sobre a normatividade nos domínios da vigência e da eficácia, “sendo a validade formal ou técnico-jurídica inserida no da primeira, e o acatamento social, no da última.” Para a jurista, apoiada nas lições de REALE, no primeiro plano, o da vigência, o tempo jurídico opera como mero marco de normatividade abstrata, vinculando-se ao processo formativo da normatividade e ao reconhecimento da autoridade de sua emanção no tempo; já no segundo, o da eficácia, o tempo jurídico acompanha o caráter experimental da normatividade, pois se refere ao cumprimento efetivo do direito pela comunidade ou, mais particularmente, aos efeitos que sua regra produz.²⁰³

Fato é que o tempo é uma realidade una, indissociável e impossível de ser objetivamente interrompida, coexistindo, portanto, as perspectivas normativa e fática da realidade. A temporalidade jurídica, por ser uma realidade identificada fundamentalmente pelo movimento do plano normativo e pelas dimensões temporais que dele se fazem projetar, pressupõe em sua essência um processo dinâmico de sucessão de normas. Qualquer processo de sucessão de normas, por sua vez, sempre supõe a existência individualizada de entes normativos que se substituem no tempo jurídico. Conclui-se, portanto, que a temporalidade jurídica “seja entrecortada pelos diversos limites de abrangência temporal que compõem o domínio de vigência de todas as normas que integram o processo de sucessão normativa que acaba por defini-la”.²⁰⁴ Intertemporalidade jurídica é, em outras palavras, “o fenômeno jurídico vivenciado ao longo do fluxo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem”.²⁰⁵

A partir desse cenário, são suscitados diversos problemas que deverão ser solucionados pelo Direito Intertemporal, consoante ponderações de CARDOZO:

Cumprido, porém, observar que podendo o fenômeno da intertemporalidade ser analisado nas duas perspectivas que compõem a temporalidade, como não poderia deixar de ser, ele apresenta facetas próprias, peculiares, motivadas pela própria dinâmica dos movimentos de onde estas perspectivas promanam. Assim, enquanto a intertemporalidade em uma primeira ótica temporal é colocada tendo em vista apenas o plano normativo, em uma segunda, forçosamente abarca tanto o plano normativo, como o fático, na sua interação intrínseca. Esta é a razão pela qual têm sugerido alguns autores, com inteiro acerto, o desdobramento do fenômeno da

(PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 72)

²⁰³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 125-126 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 85-86.

²⁰⁴ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, op. cit., p. 32.

²⁰⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, op. cit., p. 33.

“intertemporalidade” em duas espécies distintas: a “intertemporalidade não conflitual” e a “intertemporalidade conflitual” das normas jurídicas.²⁰⁶

O conflito em referência não diz respeito ao simples movimento normativo, ou seja, quando as normas apenas estiverem sucedendo uma à outra. Para que o conflito de normas se configure, é necessário que duas normas pareçam se colocar em posição potencial de regular um mesmo fato da realidade. Um “conflito” só se coloca quando dois entes, diante de uma realidade, parecem pleitear ou pleiteiam uma mesma coisa.²⁰⁷ Quando há conflito entre leis, no entanto, é imprescindível que se assegurem os direitos já adquiridos, com fulcro na irretroatividade, visto que a sua não tutela implicaria grave insegurança jurídica.

Uma vez que determinada norma já tenha produzido efeitos sobre os cidadãos, alterá-los seria ferir a segurança jurídica de tal forma que a preservação desses direitos se torna necessária. O princípio da irretroatividade, a partir do qual decorreu a construção do princípio da preservação dos direitos adquiridos, constitui, portanto, a face objetiva da segurança jurídica intertemporal que aqui se coloca.

2.2 O princípio da irretroatividade das leis

Consoante ensinamento de PIRES, a noção de segurança está associada, desde as primeiras formulações do Direito Intertemporal, à ideia-base da irretroatividade da lei e, após, à de imposição de barreiras à retroprojeção da lei nova e de sobrevivência da lei antiga, “assentando-se nesta última a proteção do direito adquirido como expressão mais rigorosa da estabilidade jurídica e critério de solução de conflito.”²⁰⁸

ROUBIER afirma que a base fundamental da ciência que estuda o conflito das leis no tempo é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei: se a lei pretende se aplicar a fatos consumados (*facta praeterita*), ela é retroativa; se ela pretende se aplicar a situações em curso (*facta pendentia*), deverá estabelecer uma separação entre os fatos

²⁰⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 34-35.

²⁰⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 99.

ocorridos antes da mudança (que jamais poderão ser mudados sem retroatividade) e os fatos posteriores, sobre os quais deve a lei aplicar-se de imediato.²⁰⁹

Para MENDONÇA, "a retroatividade se dá seja quando uma lei pretende ter atuação sobre o passado (eficácia *ex tunc*), seja quando, embora pretenda vigorar para o futuro (eficácia *ex nunc*), alcança os efeitos das situações, direitos ou relações que se desenvolveram no passado, mas ainda existem quando ela entrou em vigor". Neste último caso, os efeitos da lei nova ligam-se a pressupostos ou relações iniciadas no passado, relativamente aos quais os cidadãos têm a expectativa de não serem perturbados pelos novos preceitos. A autora noticia que o primeiro caso referido recebe, na doutrina estrangeira, o nome de *retroatividade autêntica ou própria*; o segundo é pela mesma doutrina denominado *retroatividade inautêntica ou imprópria*.²¹⁰

MENDONÇA chega a consignar que a retroatividade da lei poderia ser encarada como uma contradição do Estado consigo próprio, pois, se de um lado ele faz repousar a estabilidade das relações e dos direitos sobre a garantia da proteção das leis que ele próprio emana, de outro lado ele mesmo não poderia retirar essa mesma estabilidade com a edição de leis retroativas.²¹¹ Seria, portanto, vedado ao Estado se contradizer ao emprestar retroatividade a determinada lei, contrariando e retirando eficácia da lei anterior, sob o pálio da máxima *interdictum venire contra factum proprium*.

SHAW demonstra que a irretroatividade das leis encontra o seu fundamento no sobreprincípio da segurança jurídica, que, como já destacado, é essencial ao Direito:

O princípio da segurança jurídica, como ocorre com os demais princípios jurídicos, não supõe outro dado social além da existência de uma aglomeração de homens e a existência de qualquer ordenamento jurídico; a segurança é, junto com os demais princípios gerais, o conteúdo ético mínimo e ao mesmo tempo o fundamento normativo de qualquer ordenamento jurídico.

Como bem ressalta Recasen Siches, é verdade que no direito devem se encarnar valores superiores como o da justiça e os demais valores que esta supõe e implica, que o direito deve ser o veículo de realização de tais valores na vida social e que o mesmo não estará justificado senão na medida em que sirva a ditos valores; mas é verdade, também, que o Direito não surge primeiramente como tributo a esses valores de estrato superior, senão impulsionado por uma necessidade de segurança. Se nos perguntamos por que e para que os homens estabelecem o Direito e tratarmos de descobrir o sentido germinal do surgimento do Direito a fim de apreendermos a sua essência, dar-nos-emos conta de que a motivação radical que determinou a existência do Direito não deriva das altas regiões dos valores éticos

²⁰⁹ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, op. cit., p. 177.

²¹⁰ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 62.

²¹¹ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, op. cit., p. 62.

superiores, senão de um valor de categoria inferior, a saber: da segurança na vida social. O Direito surge, precisamente, como instância determinadora daquilo a que o homem tem que se ater em suas relações com os demais: certeza; as não só certeza teórica (saque o que se deve fazer) senão também certeza prática, quer dizer, segurança, saber que isto tenderá forçosamente a ocorrer porque será imposto pela força, se preciso for, inexoravelmente.

A segurança, por conseguinte, não requer expressa consagração constitucional, sendo valor inerente ao próprio ordenamento jurídico, qualquer que seja a concepção que do mesmo se tenha e a ideologia a que o mesmo responda.²¹²

O postulado básico da matéria concernente ao conflito das leis no tempo, que comporta exceções, mas tem aceitação universal, consoante BARROSO, é o de que a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as consequências deles, ainda que se produzam sob o império do Direito atual. O princípio, conhecido como o da não retroatividade das leis, tem por fundamento filosófico a necessidade de segurança jurídica, de estabilidade do Direito.

Diferentemente do que acontece em países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao Direito brasileiro²¹³, tal proteção está há muito incorporada à tradição constitucional brasileira, e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVI.

Entre nós, embora a irretroatividade seja regra, trata-se de princípio que somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição de 1988: (a) a proteção da segurança jurídica no domínio das relações sociais, posta pelo artigo 5º, XXXVI, (b) a proteção da liberdade contra a aplicação retroativa da lei

²¹² SHAW, José Luis. Principio de la irretroactividad de la ley tributaria material. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 9, n. 32, p. 46, abr./jun., 1985. Tradução livre. In: MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 63.

²¹³ COUTO e SILVA fornece os exemplos da França e Alemanha, em que o tema dos limites à retroatividade dos atos do Estado não é objeto de regra constitucional expressa e de valor absoluto, como é a do artigo 5º, XXXVI, da Constituição brasileira. Na França, dispôs sobre o tema o Código Civil, em seu artigo 2º: "*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*". Trata-se de preceito que não se impõe ao legislador. Nem revogou tal preceito a legislação anterior, especialmente a revolucionária, que dispunha retroativamente, como alguns chegaram a pensar ao tempo da edição do Código Civil (cf. Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 90), nem poderia impedir - como efetivamente não impede -, pois só a Constituição seria dado fazê-lo - que outra lei possuía eficácia retroativa. A norma tem, assim, como principal destinatário o juiz ou o aplicador do direito. Na Alemanha, em que se reconhece na segurança jurídica um subprincípio do princípio do Estado de Direito, tira-se daí a consequência que a retroatividade da lei (a chamada "autêntica" retroatividade, isto é, quando a lei nova modifica situações - *Tatbestände* - constituídas no passado), via de regra, é obstada. Contudo, excepcionalmente, quando o interesse público se sobreponha à segurança jurídica, ou esta não mais se justifique, é admissível a atribuição de efeitos retroativos a lei (Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 1995, p. 432). No tocante à retroatividade imprópria ou "não autêntica", que de algum modo se confunde com a "eficácia imediata da lei", é ela, em princípio, admitida. (COUTO E SILVA, COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos...*, *op. cit.*, p. 04)

penal, contida no artigo 5º, XL, (c) a proteção do contribuinte contra o tributo retroativo, constante do artigo 150, III, “a”.²¹⁴

A justificativa do subprincípio da irretroatividade das leis encontra-se em três fundamentos, conforme pontua TOLEDO:

(1) a lei apenas pode obrigar a partir do momento em que passa a existir, pois, antes disso, seu conhecimento é impossível, não podendo, então, ser presumido em relação aos indivíduos a ela submetidos;

(2) a irretroatividade somente existe porque possibilita a certeza e a segurança jurídicas, ou seja, o cidadão pode contar com a proteção de situações jurídicas já formadas, com a sua imutabilidade, pois validamente criadas, passando a confiar nas disposições do ordenamento jurídico, podendo prever como sua conduta nelas será enquadrada;

(3) a despeito do fato de as leis estarem em constante modificação, acompanhando as mudanças e demandas sociais, o ordenamento jurídico apresenta uma unidade e um desenvolvimento no tempo, não podendo sofrer, a cada nova lei em vigor, a desconsideração das situações jurídicas anteriores, bem como de todos os direitos adquiridos sob a vigência da lei anterior.²¹⁵

TOLEDO destaca, ademais, que a atribuição de retroatividade a uma lei é situação notadamente exceptiva na História, tendo somente ocorrido em momentos de anormalidade sociais ou rupturas históricas, como guerras ou revoluções, razão pela qual conclui que, no curso normal da vida social, o princípio da irretroatividade vem, desde há muito, consolidando-se em virtude das três justificativas postas anteriormente.²¹⁶ Leis retroativas, seriam, assim, um atentado à liberdade e à responsabilidade do homem, sendo, por isso, uma monstruosidade inadmissível, motivo pelo qual CHASSAT a enxergou como "preceito de razão da ordem social", como frisado por SAMPAIO.²¹⁷ A regra é, desse modo, a irretroatividade das leis, constituindo uma das decorrências diretas da exigência de segurança jurídica, especificamente no que concerne ao objetivo "estabilidade", como observa PIRES:

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, op. cit., p. 142.

²¹⁵ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 192-193.

²¹⁶ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 194.

²¹⁷ CHASSAT, Antoine Mailher de. *Traité de la Rétroactivité des Lois, Ou Commentaire Approfondi du Code Civil*. Paris: A Durand, 1832, v. 1, p. 123 apud SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, op. cit., p. 287.

A construção principiológica da segurança jurídica é fruto de lenta e laboriosa evolução, desde imemoriais manifestações da vida jurídica dos povos. Sua história evolui na linha da juridicização da ideia de estabilidade das relações e, assim, no sentido do consenso sobre o seu reconhecimento, num primeiro plano, como integrante de direitos humanos e, depois, sobre seu acatamento mediante posituação como direito fundamental.²¹⁸

VALEMBOIS, corroborando a afirmação que vincula de forma direta o princípio da irretroatividade ao princípio da segurança jurídica, noticia que as cortes de justiça da comunidade europeia e de países como Luxemburgo, Hungria, Polónia e Alemanha justificam a não retroatividade em seus julgados a partir do objetivo "estabilidade" demandado pela segurança jurídica, definindo que leis retroativas são incompatíveis com as exigências do Estado de Direito, em um de seus elementos essenciais: a segurança jurídica.²¹⁹

Já CANOTILHO une o princípio da segurança jurídica (em viés objetivo) ao princípio da protecção à confiança do cidadão (em viés subjetivo) com o fito de dar-lhes o conteúdo o mais amplo possível, considerando as imbricações que ambos os princípios têm mutuamente, visando à concretização do princípio geral da segurança jurídica ao lado do princípio da determinabilidade das leis (igualmente sob o escopo da estabilidade do ordenamento jurídico):

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para: 1. A proibição de leis retroactivas; 2. A intalterabilidade do caso julgado; 3. A tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.²²⁰

Nota-se que o constitucionalista deduz a irretroatividade a partir do princípio da protecção da confiança do cidadão, por meio da proibição de pré-efeitos das leis e da proibição da edição das leis retroativas. Contudo, tal posicionamento, apesar de defensável, não coaduna com a formulação posta no presente trabalho, que aduz configurar a

²¹⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁹ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, *op. cit.*, p. 211-212.

²²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 377-378 *apud* MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 62, 63.

irretroatividade das leis uma dedução básica, direta e objetiva a partir do sobreprincípio da segurança jurídica. A proteção da confiança, a seu turno, a despeito de também se deduzir diretamente do sobreprincípio da segurança jurídica, funda-se em caracteres sobremaneira subjetivos, demandando ponderações incabíveis quando se trata da irretroatividade: não há que se perquirir, por exemplo, se a lei nova se aplicará retroativamente a determinado indivíduo e não a outro; a aplicação é geral, direta e objetiva, sem maiores questionamentos, diferentemente da proteção jurídica fundada na confiança, em que há que se averiguarem situações de fato aptas ou não a conferir o respaldo perseguido (como a legitimidade da confiança depositada). A proteção da confiança será abordada mais adiante neste trabalho, verificando-se os mencionados caracteres especiais de sua aplicação.

Noutro giro, GABBA entende que o princípio da irretroatividade das leis (ou da não retroatividade) deve ser resumido à ideia de que a lei não pode “influir sobre as consequências dos fatos ou relações jurídicas anteriores sem violar direitos adquiridos”. O desrespeito a tais fatos ou relações implicaria, segundo o seu entendimento, a existência de uma retroatividade “injusta”, sendo, por conseguinte, “justa” qualquer outra forma de ação retroativa da lei nova sobre fatos ou relações antecedentes.²²¹

Tem-se, assim, que, para GABBA, o conceito de direito adquirido assume vital importância para que se possa definir uma teoria da retroatividade das leis. Para o autor, o direito adquirido jamais deveria ser tomado em uma acepção geral que viesse a compreender os “direitos consumados”, devendo apenas significar aqueles direitos que foram adquiridos, mas que ainda não foram exercidos ou consumados. É que, para o jurista, a retroatividade sobre relações jurídicas consumadas e findas seria impossível (“retroattività impossibile”). A lei, afirma, pode conceder qualquer coisa para o futuro, mas fazê-lo para o passado seria absurdo, pela óbvia razão de que o que passou não pode ser modificado.²²²

Sobre o tema também se manifestou PEREIRA:

De todos os sistemas, o que para nós mais sólidas bases encontra é o da constitucionalização do princípio da não retroatividade, sem embargo da opinião contrária de Cunha Gonçalves, que não enxerga solidez em tal estrutura, antes nela vê a oportunidade de ser o preceito da Constituição ferido pelo legislador quando se torna necessário à segurança da ordem jurídica imprimir efeito retroativo a uma lei. Se no campo abstrato este é o sentido natural da ordem jurídica, e se a estabilidade social medra à sua sombra, admitir, como regra ou como exceção, a

²²¹ GABBA. C. F. *Retroattività delle leggi*. 4 vols. 3. ed. Torino: Unione Tipografico, 1891. p. 10 *apud* CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 127.

²²² “(...) può concedere qualche cosa per l'avvenire, ma concedere per lo passato é assurdo proposito, per l'ovvia ragione che ciò che é accaduto non può farsi che non sia tale.” GABBA, C.F. *Retroattività...*, *op. cit.*, p. 35 *apud* CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 127.

retroatividade da lei, implica negar substancialmente aquilo que o direito proclama como conceito puro. Já que a retroatividade da lei é condenada pelo pensamento jurídico universal, melhor será, então, que fique em definitivo interdita.²²³

A estruturação principiológica da segurança jurídica tem, destarte, o subprincípio da irretroatividade das leis como um de seus principais pilares, consolidando-se, como frisa PIRES, ao incorporar, sob a égide da racionalidade, "a garantia do direito adquirido como a mais desenvolvida expressão limitativa de retro-operância da lei e invocadora da sobrevivência da lei antiga."

O respeito ao direito adquirido possui, pois, ao lado do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, força constitucional entre nós, conforme o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, faz-se premente o estudo de como o subprincípio da irretroatividade, plasmado na proteção ao direito adquirido, resguarda situações jurídicas consolidadas de forma máxima, possibilitando, posteriormente, sob o influxo da proteção da confiança, estabelecer um paralelo com as expectativas de direitos, normalmente excluídas de maneira apriorística do rol de critérios relativos à retroprojeção da lei.

2.3 O direito adquirido: garantia máxima da prevalência da segurança jurídica

A importância da figura do direito adquirido como “monumento da segurança jurídica” fica clara na seguinte afirmação de PIRES:

“O monumento da segurança jurídica, que opõe barreiras à retroatividade da lei, em diversos sistemas, ergue-se sobre o tripé da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, embora sua estrutura fundante possa ser simplificada pelo pilar do respeito ao direito adquirido, o mais rigoroso critério de limitação, que, nessa condição, pressupõe a invulnerabilidade das demais categorias.”²²⁴

Irretroatividade e direito adquirido, portanto, são verbetes que, conquanto comuniquem sentido próprio, encontram-se intimamente associados ao campo da segurança

²²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p. 103-104 *apud* MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, *op. cit.*, p. 73-74.

²²⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op.cit.*, p. 217.

jurídica.²²⁵ VALEMBOIS, baseada em PELLISSIER, afirma que o imperativo de segurança jurídica é um dos principais vetores de aquisição de direitos, destacando que a Corte Constitucional húngara considera que a segurança jurídica constitui o elemento conceitual e o fundamento teórico mais importante para a proteção dos direitos adquiridos, enquanto a Corte de Justiça da Comunidade Europeia deduziu a obrigação do respeito ao direito adquirido a partir do princípio da segurança jurídica.²²⁶

Os direitos adquiridos se caracterizam por sua intangibilidade, sua estabilidade e sua inviolabilidade; sua salvaguarda constitui o caso mais extremo de proteção da segurança jurídica, no sentido de garantia de estabilidade das situações jurídicas. Diferentemente das expectativas, que podem ser protegidas graças à teoria da confiança legítima, fundando-se principalmente em elementos subjetivos – como será demonstrado mais adiante no presente trabalho –, os direitos adquiridos decorrem apenas de elementos objetivos, como já frisado.²²⁷

Destaca-se que o questionamento a respeito da existência de direito adquirido apenas pode surgir quando uma lei nova passa a disciplinar de maneira diversa matéria objeto da lei antiga, como anotado anteriormente: o direito adquirido somente poderá ser arguido em caso de conflito de leis no tempo, quando um sujeito de direito afirmar possuir direito adquirido em relação a algo e requerer o seu respeito.²²⁸

Não há, assim, disputa doutrinária sobre o seguinte ponto, como indica BARROSO: se a lei tentar modificar eventos que já ocorreram e se consumaram, ou desfizer os efeitos já produzidos de atos praticados no passado, ela será retroativa e, conseqüentemente, inválida nesse particular. A controvérsia sobre o tema, que opôs os dois principais doutrinadores que trataram do tema – o italiano GABBA e o francês ROUBIER –, versava sobre outro ponto: o que se passa quando, de um ato praticado no passado, na vigência da lei velha, decorrem efeitos futuros que somente se concretizam quando a lei nova já se encontra em vigor?²²⁹

²²⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op.cit, p. 234.

²²⁶ PELLISSIER, Gilles. *Développements récents de l'impératif de sécurité juridique, à propos de trois arrêts du Conseil d'État des 10 et 24 octobre 1997*. L.P.A. 20 février 1998, n. 22, p. 13 apud VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, op. cit., p. 202.

²²⁷ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, op. cit., p. 202.

²²⁸ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 141.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada....*, op. cit., p. 145.

PEREIRA sintetiza a disputa: a escola subjetivista, representada por GABBA, afirma que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos, que define como consequências de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora o seu exercício venha a se apresentar sob o império da lei nova. Já a escola objetivista, representada por ROUBIER, entende que a solução do problema está na distinção entre “efeito imediato” e “efeito retroativo” – se a lei nova se pretende aplicar a fatos já ocorridos (*facta praeterita*), é retroativa; caso se refira a fatos futuros (*facta futura*), não o é. A teoria objetivista tem em vista as situações jurídicas, proclamando que a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob o império da lei anterior.²³⁰

BARROSO destaca que, para ROUBIER, a lei nova aplicava-se desde logo mesmo a fatos passados, e tal circunstância o autor denominou efeito imediato da lei, e não retroatividade. GABBA, a seu turno, rejeitava essa solução com fulcro no conceito de direito adquirido para concluir que, também nessa hipótese, haveria retroação inválida – para o autor, os efeitos futuros deveriam continuar a ser regidos pela lei que disciplinou sua causa, isto é, a lei antiga.²³¹

Nessa esteira, direito adquirido é, segundo GABBA²³²:

(a) a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova;

(b) aquele que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio do seu titular.

PACIFICI-MAZZONI, a partir do conceito de GABBA, definiu o direito adquirido como sendo “a consequência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da nova lei entrou a fazer parte

²³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Constitucional Intertemporal*. RF, n. 304, p. 29, 1988, p. 31 *apud* BARROSO, Luís Roberto. Em *Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 145.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. Em *Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 145.

²³² GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Milão-Roma-Nápoles: Torino Unione Tipografico-Editrice, v. I, 1891, p. 191 *apud* TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, *op. cit.*, p. 147.

do patrimônio da pessoa a quem respeita, embora não tenha podido fazer-se valer por parte dela, por falta de ocasião”.²³³

Tal definição, no entanto, é passível de críticas. LACERDA entende que a frase final formulada por PACIFICI-MAZZONI deveria ser diversa, por parecer erigir a *falta de ocasião* como justificativa única de não se haver feito valer o direito. Para o autor, tal ponto é inexato, uma vez que basta que o direito não tenha sido exercido, embora por mero arbítrio, contanto que não devido a um empecilho jurídico que obste a sua entrada no patrimônio do titular: “ficaria, pois, melhor a definição substituindo-se a frase final por esta outra: sem que esta ainda o tenha feito valer.”²³⁴

PORCHAT, um dos maiores propagadores da doutrina de GABBA no Brasil, também complementa o conceito ao afirmar que este “encerra todas as características do direito adquirido (...), desde que seja completada com esta frase final que lhe oferecemos em aditamento, *ou constituiu o adquirente na posse de um estado civil definitivo.*”²³⁵

A maior crítica ao conceito de GABBA, portanto, diz respeito à alínea “b”, retro, que parece se preocupar demasiadamente com o caráter patrimonial do direito adquirido. Se por um lado a definição é prolixa, por outro ela não esclarece se o patrimônio pode ser tanto material quanto moral, consoante observações de FRANÇA.²³⁶ Este último pormenor, se ao tempo de GABBA não oferecia maior importância, avulta em significado para FRANÇA, sobretudo quando, depois de uma longa elaboração doutrinária, vê-se vitoriosa a doutrina do Dano Moral.

Contudo, conforme pondera TOLEDO, a noção de “patrimônio moral” deve ser vista com cautela, pois patrimônio é noção típica de Direito Civil e relaciona-se ao complexo de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Nesse sentido, os direitos fundamentais não possuem expressão econômica intrínseca, a despeito de seu mais elevado valor ético para a vida de seu titular, havendo meios de repressão, civil e penal, à sua eventual lesão, podendo converter-se a ação interposta para sua proteção em valor pecuniário (indenização civil em reparação por perdas e danos), esse sim integrado ao patrimônio, porque economicamente apreciável. Por tal razão, entende-se, com TOLEDO,

²³³ PACIFICI-MAZZONI, Emídio. *Istituzioni di Diritto Civile*. 3. ed. Florença, 1880 *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 206.

²³⁴ LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro, 1918 *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 206.

²³⁵ PORCHAT, Reynaldo, *Curso Elementar de Direito Romano*, São Paulo, 1907 *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 206.

²³⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 207.

que não se deve considerar a integração do direito adquirido ao patrimônio do particular como elemento de sua definição.²³⁷

Outra consideração a ser feita, outrossim, é que, no conceito em tela, não está consignada – ou não ficou suficientemente clara – a possibilidade de haver direito adquirido em consequência imediata de disposição de lei, sem a incidência necessária de um fato ou ato jurídico particular. Tal possibilidade é extremamente importante, pois não exigiria sequer a necessidade de capacidade do beneficiário. De fato, GABBA já havia trazido em outra definição que, para que se tenha o direito adquirido conforme aquele justo conceito exposto anteriormente, não se pode fazer diferença alguma entre os direitos adquiridos imediatamente por obra da lei ou por obra da vontade humana. Para FRANÇA, todavia, isso deveria ser expresso de modo transparente no conceito apresentado.²³⁸ FRANÇA, desse modo, propõe um conceito de direito adquirido que leva em conta as considerações aqui já colocadas:

É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.²³⁹

Os conceitos de direito adquirido postos, entretanto, "não fazem obra acabada e efetivamente não respondem à complexidade da categoria jurídica que eles tentam emoldurar, restando, no plano doutrinário, múltiplas dificuldades para conceituação do objeto."²⁴⁰ Conforme frisa TOLEDO, os autores que buscaram conceituar direito adquirido sempre pecaram ou pela não inserção de elemento essencial ao conceito ou pela inserção de notas que a ele são dispensáveis (ou não essenciais), por não serem elas que o distinguem dos demais.²⁴¹ Atenta à problemática, a autora reúne os elementos que considera essenciais do direito adquirido:

Direito de que se goza, não exercido na vigência da lei antiga, mas que pode exercer na vigência da lei nova, ainda que tenha ela o modificado ou extinto.²⁴²

²³⁷ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 168-169.

²³⁸ "(...) *chi abbia del diritto quesito quel giusto concetto, che siamo venuti esponendo finora – non può far differenza nessuna fra diritti acquisitati immediatamente per opera della legge o per opera della umana volontà.*" In: GABBA, *Teoria della retroattività delle Leggi*, op. cit., p. 257 apud FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 208. (Tradução Livre)

²³⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 216.

²⁴⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 240-241.

²⁴¹ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 167.

²⁴² TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 175.

O conceito posto por TOLEDO possui alguns elementos que demandam análise, como forma de clarificar o seu entendimento, conforme destacado pela própria jurista²⁴³:

(a) sendo direito, é direito subjetivo e, assim, prerrogativa vantajosa atribuída pelo direito objetivo ao sujeito e protegida por ação judicial;

(b) pode ser consequência direta da lei ou indireta, criado mediante fato idôneo;

(c) é necessário que a lei nova trate do mesmo objeto da lei antiga, modificando-o ou extinguindo-o, sob pena de não haver conflito, mas mera sucessão de leis no tempo;

(d) o significado de "aquisição" no bojo do termo refere-se apenas àquele direito de que o sujeito é titular e que pode exercer, mas que não se fez valer antes da nova lei que o modificou ou o extinguiu;

(e) se o titular do direito pode exercê-lo, pode também não fazê-lo - essa decisão está na margem da discricionariedade do sujeito de direito;

(f) basta que o fato aquisitivo do direito previsto em lei tenha ocorrido para que surja o direito subjetivo, que pode tornar-se adquirido se entrar em vigor lei nova que o modifique ou extinga e não tiver sido ele ainda exercido.

Em outras palavras, conforme apontamento de PIRES, "o direito adquirido é aquele apenas titularizado ou gozado antes da vigência de nova lei que disponha de modo diverso sobre os requisitos de constituição da situação jurídica, o qual atrai a aplicação da lei antiga como garantia da posição mais vantajosa para seu titular."²⁴⁴

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antes chamada Lei de Introdução ao Código Civil, traz regras relativas ao Direito Intertemporal em seu artigo 6º, procurando conceituar o direito adquirido no parágrafo segundo:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

²⁴³ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 166-167.

²⁴⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 241.

O conceito colocado pelo legislador possui, portanto, quatro elementos básicos: 1) o direito que seu titular possa exercer; 2) o direito que alguém, como representante do titular, possa exercer; 3) o direito cujo começo de exercício tenha termo prefixado; 4) o direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

A definição legal, contudo, é considerada por FRANÇA como insuficiente, motivo pelo qual o autor recorre ao conceito de GABBA, complementando-o, conforme supraexposto.²⁴⁵ E não apenas por FRANÇA, como noticia PIRES, ao afirmar que são acirradas as resistências à normação nesse sentido, "notadamente pelas dificuldades próprias do instituto e pelo receio de extrapolação em que a normatização infraconstitucional possa incorrer nesse domínio."²⁴⁶

BERNARDI, vinculado ao sentido amplo que é dado ao instituto pelo legislador constitucional, sustenta a impropriedade de fixação de conceito da espécie pelo legislador ordinário, argumentando que definição é forma limitativa da compreensão do objeto, sendo que o constituinte não condiciona o direito adquirido à forma prevista em lei:

Art. 5º (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Essa é a razão pela qual BERNARDI defende enfaticamente a autoaplicabilidade da garantia, atento à principal destinação do comando constitucional - o legislador -, argumentando que, sendo defeso ao agente legislativo transpor as barreiras do direito adquirido, não se pode compreender em seu arbítrio o estabelecimento de limites práticos ou conceituais ao instituto. A conceituação infraconstitucional, nesse sentido, seria imprópria, já que ao legislador ordinário, em última análise, pode restar verdadeiro poder de anulação do instituto, pois é possível fazer letra morta do dispositivo constitucional mediante definição altamente restritiva ou invalidativa:

Ora, se o legislador tivesse competência para definir juridicamente o direito adquirido, então o tópico constitucional poderia constituir-se em letra morta, pois poderia, por exemplo, uma lei anular o instituto, mediante uma definição altamente restritiva ou invalidativa. Note-se que a Constituição não diz que o direito

²⁴⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 204.

²⁴⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 242.

adquirido será resguardado na forma prevista por lei. Não, o dispositivo constitucional não depende de lei ordinária, é auto-aplicável.²⁴⁷

MODESTO, da mesma forma, faz restrições à conceituação legal do instituto, situando o problema na ausência de definição da sua extensão e do seu conteúdo pela Constituição de 1988. Para o autor, contudo, a previsão constante da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) não vincula a jurisdição constitucional nem a interpretação dos preceitos constitucionais que tratam do tema, já que a Constituição, por óbvio, não se deve interpretar segundo norma ordinária, sob pena de, paradoxalmente, submeter o legislador a um limite por ele mesmo imposto, com esvaziamento da norma estatuída em nível supremo.²⁴⁸

Daí decorre a importância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a construção do instituto do direito adquirido no ordenamento jurídico pátrio, mediante profícuos exemplos:

(a) O STF consolidou o entendimento de que qualquer tipo de retroatividade - seja máxima, média e mínima - é inválido perante a Constituição, independentemente do tipo de lei que a veicule (sejam leis de ordem pública, cogentes, imperativas ou dispositivas):

Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F..

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

²⁴⁷ BERNARDI, Ovídio. *O Direito Adquirido e seu problema conceitual*. Revista dos Tribunais, v. 284, p. 21-30. São Paulo: RT, 1959, p. 25-26 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 242-243.

²⁴⁸ MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e direito adquirido*. Revista de Direito Administrativo, v. 211, jan./mar. 1998, p. 79-94. Rio de Janeiro, 1998 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 244-245.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25.06.1992, publicado no DJ de 04.09.1992, p. 14089)

Voto do Ministro Relator MOREIRA ALVES:

Quanto à graduação por intensidade, as espécies de retroatividade são três: a máxima, a média e a mínima. MATOS PEIXOTO, em notável artigo - "Limite temporal da Lei"- publicado na Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (vol. IX, págs. 9 a 47), assim as caracteriza:

“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao ‘status quo ante’) quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados. (...)

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim, 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. (...).”

Nas duas primeiras espécies, não há dúvida alguma de que a lei "age para trás" e, portanto, retroage, uma vez que, inequivocamente, alcança o que já ocorreu no passado. Quanto à terceira espécie - a da retroatividade mínima -, há autores que sustentam que, nesse caso, não se verifica, propriamente, a retroatividade, ocorrendo, aí, tão somente a aplicação imediata da lei. (...) Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcança os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo.

(...)

Por outro lado, no direito brasileiro, a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional. Com efeito, figura entre as garantias constitucionais fundamentais a prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

(...).

Esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

(...)

Com efeito, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos "facta pendencia" se resolve com a verificação da ocorrência, ou não, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada.

(...)

Por fim, é de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934, e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos, e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de ROUBIER.

Voto do Ministro CELSO DE MELLO:

(...)

Se é certo, de um lado, que, em face da prospectividade ordinária das leis, os fatos pretéritos escapam, naturalmente, ao domínio normativo desses atos estatais (RT

299/478), não é menos exato afirmar, de outro, que, para os efeitos da incidência da cláusula constitucional da irretroatividade em face de situações jurídicas definitivamente consolidadas, mostra-se irrelevante a distinção pertinente à natureza dos atos legislativos. Trata-se de leis de ordem pública, cogentes ou imperativas, trate-se de leis de caráter meramente dispositivo, todas essas espécies normativas subordinam-se, de modo pleno e indiscriminado, à eficácia condicionante e incontestável do princípio constitucional assegurador da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, em face da ação normativa superveniente do Poder Público (RTJ 106/314).

Orienta-se, nesse mesmo sentido, o magistério da doutrina, que também adverte que o princípio constitucional em questão é de incidência abrangente, e a cuja imperatividade não se subtraem inclusive as normas de ordem pública (v. CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, "Irretroatividade das Leis de Ordem Pública", *in* RF 289/239-242).

(b) O STF consolidou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico ou regime legal (como, por exemplo, ao regime remuneratório existente entre o servidor e o ente público que o remunera e entre os indivíduos em geral e o padrão monetário existente no país):

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Para essa aplicação, no entanto, faz-se mister que a questão do direito adquirido - que admite o exame da legislação infraconstitucional posterior em face da anterior - esteja prequestionada, o que nem sempre ocorre, porquanto, como se verifica em vários processos relativos a essa questão de correção monetária com relação ao FGTS em face dos diversos planos econômicos, não é raro que a decisão se cinja, com referência a uns ou a outros ou até a todos, a aplicar o índice de correção que extrai da interpretação da legislação infraconstitucional ou que julga ser o que melhor traduz a inflação.

(...)

O que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil faz, com relação ao direito adquirido, é conceituá-lo com base na doutrina relativa a esse conceito, ou seja, a de que o direito adquirido é o que se adquire em virtude da incidência da norma existente no tempo em que ocorreu o fato que, para o efeito do disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição, só tem relevo em se tratando de aplicá-lo em relação jurídica em que se discute questão de direito intertemporal, para se impedir, se for o caso que a lei nova prejudicada direito que se adquiriu com base na lei anterior. O mesmo se dá com o direito adquirido sob condição ou a termo que só se configura quando a condição ou o tempo é inalterável ao arbítrio de outrem, requisito este indispensável para tê-lo como direito adquirido. Por isso mesmo, em se tratando de direito público com referência a regime jurídico estatutário, não há direito adquirido a essa regime jurídico, como sempre sustentou esta Corte, e isso porque pode ele ser alterado ao arbítrio do legislador. Não fora isso, e todos os que ingressarem no serviço público sob a égide de lei que estabeleça que, se vierem a completar trinta e cinco anos, terão direito à aposentadoria, esse direito para eles será um direito adquirido sob a condição de completarem esses 35 anos de serviço público, o que jamais alguém sustentou. (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 226.855/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 31.08.2000, publicado no DJU de 13.10.2000)

E, ainda:

É bem verdade que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "se o funcionário preencher todos os requisitos para a aposentadoria, o cálculo dos proventos a que fazia jus não poderá ser alterado, por efeito de lei nova, por ofensa ao direito adquirido" (RE 72.509. Ministro LUIZ GALLOTTI). Todavia, aqui se cuida de lei que institui o regime jurídico único com supedâneo em disposição constitucional superveniente, e que veio disciplinar o plano de carreira dos servidores do Município, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes percebidas "em cascata" ou "repique", que não são consentidas pela nova Constituição Federal, art. 37, XIV. A prevalecer a tese esposada pelo aresto dissentedo, os valores e vantagens percebidos pelos inativos seriam superiores aos dos servidores em atividade, ocupantes os mesmos cargos.

Depreende-se, também, que não houve qualquer redução dos proventos da inatividade, uma vez que aos valores desses foram incorporadas duas das três gratificações existentes no regime anterior. E, ainda que assim não fosse, não há direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos, quando da aposentadoria (RE 88.305-CE, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 88/651), ainda mais quando lei nova, em obediência à norma constitucional superveniente, vem dar nova disciplina à matéria. (STF, Segunda turma, Recurso Extraordinário nº 178.802/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.02.1996, publicado no DJU de 19.04.1996)

(c) O STF estatuiu que não há direito adquirido contra a Constituição da República de 1988:

É firme a orientação desta corte no sentido de que não há direito adquirido contra a Constituição Federal. Portanto, ainda que só faltasse a homologação [*para conversão do cargo de datilógrafo em cargo de técnico em planejamento*] acima referida para que o pedido administrativo do ora recorrido fosse atendido, ela encontraria óbice na proibição constitucional cuja eficácia é imediata, alcançando efeitos futuros de fatos passados, sem óbice da alegação de direito adquirido. Na espécie, porém, nem sequer o provimento do recurso administrativo ocorreu antes da entrada em vigor da atual Constituição (...). (STF, Primeira Turma, RE nº 157.538-7/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 22.06.1993, DJU de 27.08.1993)

Consoante reiterado entendimento desta Corte, a Constituição do Brasil não admite o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular. Sendo assim, não há direito adquirido à incorporação de vencimentos de cargo exercido de maneira irregular, em afronta às exigências contidas no art. 37, inciso II, da Constituição de 1988. (...). (STF, Primeira Turma, RE nº 311.371-2/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 29.03.2005, DJU de 15.04.2005)

A compreensão da extensão da proteção constitucional conferida ao direito adquirido é relevante no bojo do presente trabalho na medida em que serve como parâmetro comparativo à categoria da expectativa de direito: diante da proteção extremada ao direito

adquirido, fundado em razões objetivas, restaria a expectativa de direito desprotegida, mesmo que fundada em caracteres eminentemente subjetivos?

BARROSO, sensível à questão, tece considerações sobre o direito adquirido, comparando-o às duas outras categorias que lhe são vizinhas: a expectativa de direito e o direito consumado. Baseado na sucessão de normas no tempo e na posição jurídica a ser desfrutada pelo indivíduo em face da lei nova, afirma o autor ser possível ordenar tais categorias em sequência cronológica: em primeiro lugar, a expectativa de direito, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado. E, ao concluir seu raciocínio, pronuncia:

A expectativa de direito identifica a situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Neste caso, não se produz o efeito previsto na norma, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança esta hipótese, embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança), venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito.

Na sequência de eventos, direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nesta hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência de lei nova. Por fim, o direito consumado descreve a última das situações possíveis - quando não se vislumbra mais qualquer conflito de leis no tempo -, que é aquela na qual tanto o fato aquisitivo quanto os efeitos já se produziram normalmente. Nesta hipótese, não é possível cogitar em retroação alguma.²⁴⁹

Observa-se, assim, que, justamente pelo fato de não haver proteção constitucional expressa à expectativa de direito - como ocorre com o direito adquirido -, faz-se relevante a compreensão da categoria protetiva posta pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CR/88, fundada na irretroatividade, para compreender como a teoria da confiança poderá viabilizar a salvaguarda da expectativa de direito. Ao que se passa à investigação da segurança jurídica subjetiva na transição do presente para o futuro: a proteção da confiança.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 150-151.

CAPÍTULO 3

A SEGURANÇA JURÍDICA SUBJETIVA NA TRANSIÇÃO DO PRESENTE PARA O FUTURO: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

3.1 A construção do princípio da proteção da confiança legítima: evolução e fundamentos

O procedimento de tomar o Direito como fato cultural, reconhecendo-lhe como produto efetivo de um tempo histórico marcado pela presença sensível de invariantes axiológicas, consoante BARROS CARVALHO, está longe de ser mera tática aproximativa do estudioso para tentar compreender a textura do fenômeno jurídico: apesar do fato de que a ordem jurídica, em vários momentos, possa parecer mero conjunto estéril de estratégias discursivas voltadas a reger condutas interpessoais e, dessa forma, efetivar o exercício do poder do Estado, todo o *iter* aplicativo das normas jurídicas há de processar-se no âmbito de horizontes definidos, em que as palavras utilizadas pelo legislador, a despeito de sua larga amplitude semântica, ingressem em uma combinatória acessível, calculável e previsível. "A possibilidade de estabelecer expectativas de comportamento e de torná-las efetivas ao longo do tempo impede que o direito assumira feição caótica e dá-lhe a condição de apresentar-se como sistema de proposições articuladas, pronto para realizar as diretrizes supremas que a sociedade idealiza."²⁵⁰

A afirmação do eminente professor reflete preocupação corrente entre os operadores do Direito: a inquietação pela qual passa a sociedade pós-moderna, decorrente da vertiginosa velocidade das mudanças, conduz as consciências ao questionamento de princípios antes tidos como fundamentais. Os juristas sentem-se desconfortáveis por muitas vezes não mais conseguirem, a partir do Direito posto, encaminhar soluções a casos nunca antes enfrentados. Há um mal-estar contemporâneo da comunidade jurídica como um todo, que se vê impotente ante a afluência contínua de novas situações não abarcadas pelo Direito. "Aquilo que há de mais caro para a dignidade de um sistema de direito positivo está sendo

²⁵⁰ BARROS CARVALHO, Paulo de. Segurança Jurídica e Modulação de Efeitos. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (org.). *Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 03-04.

posto em tela de juízo, desafiando nosso espírito e estimulando nossas inteligências, ao reivindicar uma tomada de posição firme e contundente."²⁵¹

Adicione-se a isso a percepção, cada vez mais acentuada, de que a maior parte dos instrumentos que, sob a égide de uma noção mais estável de Estado e de Direito, deveriam prestar-se a garantir a previsibilidade e a estabilidade das ações estatais não mais se mostra totalmente eficaz em tal mister. Como afirma MAFFINI, à guisa de exemplo, tem-se o tradicional conceito de direito adquirido, que, a par das várias extensões e profundidades interpretativas, não é suficiente para a proteção de tudo o quanto se afigura legitimamente expectado frente ao Estado.²⁵²

O autor menciona o caso da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, que inseriu novel regra constitucional que passou a exigir três anos de atividade jurídica como requisito de ingresso em carreiras como a magistratura e o Ministério Público (artigos 93, I, e 129, parágrafo 3º): a inovação constitucional, por certo virtuosa, não se preocupou, contudo, com a adoção de regras transitórias necessárias à proteção das expectativas legítimas das pessoas que já se encontravam em preparação para prestar concursos públicos para as mencionadas carreiras. Nesse diapasão, a normação abrupta, ausentes regras especiais de transição, acabou por frustrar a planificação pessoal de inúmeros cidadãos que, em virtude do modelo anterior, não vinham se preocupando com a aquisição de experiência jurídica prática. O Direito não foi capaz de socorrer essa parcela da população.

Ora, no mencionado caso, a proteção constitucional do direito adquirido - instituto tradicionalmente utilizado na concreção prática do sobreprincípio da segurança jurídica - seria afastada no que tange às expectativas legitimamente criadas, já que ausente fato aquisitivo de direito (haveria, assim, apenas "mera expectativa"), pois, consoante interpretação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal - como demonstrado no capítulo precedente -, não há direito adquirido para "regime jurídico". Nota-se, com isso, que os tradicionais métodos de efetivação da segurança jurídica não mais respondem à parcela dos casos práticos, não sendo raras as conclusões - seja no plano doutrinário ou no jurisprudencial - de que inexistiria solução jurídica contra a frustração pessoal diante de mudança no comportamento estatal.

Em uma perspectiva mais ampla de segurança jurídica, porém, como alerta MAFFINI, apresenta-se insofismável que, embora inaplicável a garantia do direito adquirido

²⁵¹ BARROS CARVALHO, Paulo de. Segurança Jurídica e Modulação de Efeitos. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (Org.), *Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário*, op. cit., p. 04.

²⁵² MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 24-25.

a casos como o supramencionado, deveriam ser os indivíduos protegidos para que as expectativas legítimas criadas anteriormente pelo próprio Estado não fossem frustradas por ele mesmo:

Reforça-se, portanto, a consideração referida no sentido de que a maior parte dos instrumentos de concreção da segurança jurídica não se faz apta para a garantia da efetividade de que tal princípio constitucional se faz merecedor. Assim, surge a necessidade de que se hasteiem mecanismos de proteção do cidadão e, sobretudo, de suas expectativas legitimamente depositadas na atividade estatal. O brocado pelo qual "protegem-se a direitos adquiridos, não a direitos meramente expectados" não pode mais ser vislumbrado como verdade absoluta e inafastável. A atual ordem constitucional deve se prestar à conclusão de que algumas pretensões expectadas merecem, sim, proteção jurídica. Assim como a segurança - uma de suas decorrências e, ao mesmo tempo, seus fundamentos - a confiança, inclusive e sobretudo em relação ao próprio Estado, apresenta-se como um elemento central da vida em sociedade.

Por certo, não se pode almejar uma petrificação da ordem jurídica nem das relações jurídicas, que representaria contra-senso em face da dinâmica jurídica e social. É verdade que "o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado". Contudo, despautério tão grave quanto a petrificação do Direito seria permitir que suas alterações, bem como as relações jurídicas emergentes de tais mudanças, simplesmente desconsiderassem aquelas expectativas que, por razões jurídicas especiais, deveriam ser consideradas legítimas e, portanto, dignas de proteção.²⁵³

Nesse cenário, em que vigente extremo relativismo diante da velocidade desenfreada das mudanças, considerando-se a incapacidade de tradicionais instrumentos de efetivação da segurança jurídica em reger adequadamente situações próprias da nova conformação social, faz-se necessário o desenvolvimento e a compreensão de novos métodos, novos instrumentos e novos conceitos que tenham o condão de proporcionar um estado de coisas verdadeiramente imbuído de acessibilidade, estabilidade e previsibilidade, de forma a consagrar a segurança jurídica em uma feição atualizada.

Alguns teóricos, em busca de novas formas de viabilizar os objetivos máximos orientados pela segurança jurídica, passam, então, a propor métodos aptos a assegurar a firmeza e a solidez do sistema jurídico, como LUHMANN²⁵⁴, ao prever o necessário fechamento do sistema jurídico para que este possa produzir, a partir de si mesmo, operações próprias, reproduzindo em rede seus avanços e recuos, possibilitando, assim, o conhecimento.

DERZI lembra que LUHMANN transpôs, para as ciências sociais, o conceito de *autopoiesis* - do grego *autós*, por si mesmo ou próprio, e *poiesis*, criação, produção - como

²⁵³ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 28.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *A Nova Teoria dos Sistemas*. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). *Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas*, *op. cit.*, p. 93-110.

os organismos biológicos que constroem, a partir de si mesmos, os elementos em que consistem. "Isso significa que o sistema atua somente na medida em que se fecha, produzindo a partir dele mesmo as operações próprias e reproduzindo em rede seus avanços e recuos discursivos."

A teorização, aplicada ao sistema jurídico, depende, pois, da diferenciação entre o próprio sistema e o ambiente e de seu fechamento. Na teoria dos sistemas lumanniana, o sistema jurídico pode utilizar-se apenas de seu próprio código binário "direito/não direito", com que se fecha, fechamento esse que é condição para a interação entre o sistema e o ambiente, operando sempre com inclusão (*input*) ou exclusão (*output*) de elementos, acoplados ou desacoplados estruturalmente ou operacionalmente, por meio de equivalentes funcionais e seletividade. Nesse sentido, avanços e recuos são produzidos no interior do próprio sistema, de tal sorte que os dados de referência são introjetados, transformados e tornados operáveis intrassistemicamente. Até mesmo as irritações, que podem promover mudanças a partir da comunicação com outros sistemas (como o político, o econômico, o cultural etc.) agem sobre a consciência social, mas tão somente se tornam eficazes se são transformados em irritações no interior do sistema jurídico.²⁵⁵

Parafrazeando DERZI, qual seria, então, a função do Direito nas sociedades de risco contemporâneas?

Sob o influxo das mudanças contínuas da realidade e de sua alta complexidade, os riscos são tão elevados, que o papel do Direito é insubstituível e funcionalmente destinado a generalizar para estabilizar as expectativas normativas de comportamento, como afirma LUHMANN.²⁵⁶

É assim que, considerando o necessário fechamento do sistema jurídico, focado na preocupação de abarcar juridicamente situações consonantes à nova conformação social, juristas passam a propor a dedução de um princípio a partir do Estado de Direito e, conseqüentemente, da segurança jurídica: o princípio da proteção da confiança legítima.

A noção de "confiança legítima" é de origem germânica e configura a tradução da noção de *Vertrauensschutz*, como noticia VALEMBOIS. Tal noção trouxe à luz o princípio da confiança legítima, também chamado de princípio da proteção da confiança legítima, desenvolvido a partir da década de 1950 principalmente na Alemanha e no seio do

²⁵⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 19-20.

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Tradução de Alberto Febbrajo. Bologna: Ed. Il Mulino, 1978, p. 59 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 20.

direito comunitário europeu, mas também na Suíça, na Holanda, na Espanha e em Portugal e, mais recentemente, em mais países da Europa central e oriental, como Polónia e Hungria. O princípio tem como vocação limitar a possibilidade de mudança, pelas autoridades públicas, de determinadas situações em certas hipóteses²⁵⁷, situando-se no cruzamento da questão da mutação da ordem jurídica, de um lado, e dos compromissos não cumpridos, de outro, cobrindo uma dimensão temporal ao pretender opor a necessidade de previsibilidade e de estabilidade ao imparável fluxo do tempo, que demanda a mudança perpétua do Direito e dos compromissos (no bojo do paradoxo "segurança *versus* necessidade de mudança")²⁵⁸. Em resumo, o princípio reflete a necessidade de segurança, fiabilidade e estabilidade em um mundo em mudança, mudança essa geradora de insegurança e caracterizada pela dependência crescente dos indivíduos pelas prestações, decisões e regramentos estatais.²⁵⁹

A origem do princípio da proteção da confiança legítima é corriqueiramente atribuída a *leading case* da jurisprudência alemã, narrado por COUTO E SILVA²⁶⁰, COVIELLO²⁶¹ e CALMES.²⁶² Trata-se de julgado precursor do Superior Tribunal Administrativo de Berlim (*Oberverwaltungsgericht*), de 14 de novembro de 1956, posteriormente confirmado pela Corte Administrativa Federal (em 20.10.1959), em que uma viúva de funcionário público recebeu, por intermédio de ato administrativo, promessa de que faria jus a rendimentos de uma pensão caso se mudasse da Alemanha Oriental para Berlim Ocidental. Confiando na correição da informação prestada pela Administração Pública, mudou-se para Berlim Ocidental, gozando da percepção da pensão por aproximadamente um ano. Entretanto, a Administração posteriormente verificou que os pressupostos legais para a concessão do benefício supostamente não teriam sido completamente adimplidos, o que ocasionou a suspensão dos pagamentos, bem como a determinação de devolução de todos os valores pagos com base naquele ato. Nessa toada é que decidiu a corte administrativa pela manutenção do ato estatal em favor da viúva, em prestígio à proteção da confiança por ela depositada na Administração Pública.

²⁵⁷ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, *op. cit.*, p. 231-232.

²⁵⁸ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 01.

²⁵⁹ PRÉVÉDOUROU, Eugénie. *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel, études 8, Droit et économie, P.N. Sakkoulas, Atenas, 1998 *apud* VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, *op. cit.*, p. 234.

²⁶⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro., *op. cit.*, p. 07.

²⁶¹ COVIELLO, Pedro José Jorge. *La Protección de la Confianza del Administrado: Derecho Argentino y Derecho Comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 37-38.

²⁶² CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 11.

Sobre os fundamentos da mencionada decisão, MAURER esclarece:

Ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade de atos administrativos beneficentes antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio de proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente. Como ambos os princípios requerem validade, mas também estão em conflito um com o outro, deve segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, ser ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse – ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo – é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, uma retratação limitada objetiva ou temporalmente.²⁶³

Todavia, até chegar ao precedente jurisprudencial primevo, cumpre registrar que o princípio da proteção da confiança legítima já vinha ascendendo no âmbito do direito privado, a partir da evolução da teoria dos contratos, ocorrida no início do século XX, embora com ela não se confunda, como destaca WALD. O paralelo traçado pelo autor leva em conta o desenvolvimento da teoria da responsabilidade contratual, em oposição à ampla liberdade vigente no âmbito do direito privado no século XIX:

Considerava-se, na época [início do século XIX], que o Estado não deveria interferir nas relações econômicas consubstanciadas no contrato. A doutrina vigente era a do liberalismo econômico, o que acarretava, de certa forma, um "liberalismo jurídico". Emanação da vontade das partes, o contrato presumia-se justo pelo fato de decorrer do consenso dos interessados. Nessa mesma linha, certos autores, até o início do século XX, não admitiam que o exercício abusivo de um direito - contratual ou não - pudesse ensejar responsabilidade.

Após a Primeira Guerra Mundial e o advento da social-democracia, que passou a dominar vários países e, em particular, a Alemanha, com a chamada República de Weimar, ampliou-se o conceito de ordem pública e o dirigismo econômico levou o Estado a uma maior interferência no campo contratual. Elaborou-se, na época, a teoria dos contratos de adesão, nos quais o aderente deveria merecer uma proteção especial, além dos chamados contratos dirigidos e das convenções coletivas de trabalho, limitando-se gradativamente a liberdade das partes.

(...) O contrato passou a atender, assim, não só ao interesse das partes, mas também ao da sociedade, predominando o que se denominou voluntarismo social. Continuava a prevalecer a vontade das partes, desde que o objeto do contrato e as cláusulas contratuais fossem compatíveis com a ordem pública, mas também com a justiça.

²⁶³ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 70-71, *apud* ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha; DINIZ, M. A. de V. A administração pública e o princípio da confiança legítima. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 165-182. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br> Acesso em: 05 jun. 2011.

(...) Reexaminou-se a conceituação do contrato, dele pretendendo-se fazer um instrumento de cooperação e de parceria, no qual as partes deveriam agir de boa-fé, com lealdade, sendo solidárias uma da outra. (...)

Utilizou-se, para essa construção, tanto teorias como a da aparência como o dever de se garantir a segurança dos produtos alienados. Há, evidentemente, porém, uma intenção de proteção da confiança do contratante em toda essa evolução. O princípio da confiança nasceu, portanto, muito atrelado à necessidade de se assegurar uma proteção especial ao contratante economicamente mais fraco. Vamos ver, porém, que o seu papel, hoje, é muito mais amplo, abrangendo até as relações de direito público e constituindo verdadeiro princípio geral do direito.²⁶⁴

Nesse sentido, assim como ocorre em uma relação contratual entre particulares, no bojo da qual há deveres e responsabilidade mútuos, em que a promessa de um é tomada pelo outro como certeza do cumprimento do que fora acordado - sendo que eventual inadimplemento há de ser penalizado pela responsabilidade civil -, assim também deve ocorrer nas relações de Direito Público: no âmbito das relações Estado-cidadão, se presente a boa-fé do sujeito privado ante a certeza na estabilidade e perenidade manifestadas pelo Estado (e asseguradas pela própria Constituição), a denotar a existência de confiança legítima no bojo da relação, implicação necessária será a responsabilidade civil estatal em caso de mudança brusca em seu entendimento ou conduta, apta a gerar o dever de reparação, em respeito ao próprio Estado de Direito.

Guardadas as devidas particularidades inerentes a cada situação (de Direito Privado ou de Direito Público), pode-se afirmar, com WALD, que existe uma patente relação entre os princípios da confiança e o antigo princípio fundamental de que os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*). Há, igualmente, uma relação entre a confiança e a garantia do equilíbrio contratual. "Com efeito, partindo-se da premissa de que o acordo de vontade tenha sido comutativo, considera-se que há uma expectativa - que deve ser garantida - de que essa comutatividade seja mantida e respeitada durante toda a sua execução."²⁶⁵ Ressalta, contudo, que a confiança não se restringe ao âmbito dos contratos (e do direito privado como um todo), aplicando-se, indubitavelmente, às relações travadas com o Estado:

Embora tenha se desenvolvido e ganhado destaque no âmbito do direito privado, não há nenhum motivo para supor que esses princípios não sejam aplicáveis também às ações e contratos celebrados pelo Poder Público. Muito ao revés, por

²⁶⁴ WALD, Arnaldo. *Princípio da Confiança* (verbetes). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 174-175.

²⁶⁵ WALD, Arnaldo. *Princípio da Confiança* (verbetes). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 176.

sua própria natureza, o Estado tem uma obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao princípio da moralidade (art. 37, da Constituição).²⁶⁶

Como preceituam ROCHA e DINIZ, para alguns autores o princípio da proteção da confiança não passa de uma decorrência lógica do (sobre)princípio da segurança jurídica, também sendo frequentemente ligado ao conceito de boa-fé, como será destacado mais adiante. No entanto, o princípio da confiança legítima deve ser compreendido “como princípio de conteúdo autônomo, que, apesar de ter fundamentos inerentes aos dois institutos citados, com eles não se confunde”.²⁶⁷

Cumpra repisar, desse modo, que a segurança jurídica, como princípio, decorre do "macroprincípio" estruturante da ordem constitucional brasileira, o Estado de Direito, conforme já demonstrado no presente trabalho. Nesse diapasão, afirma MAFFINI que a segurança jurídica possui, em termos precípuos, a função de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito, e, ao empreender tal tarefa, o subprincípio "segurança jurídica" transmuda-se em sobreprincípio, dele decorrendo, além da segurança jurídica objetiva (da qual deriva a irretroatividade e a proteção ao direito adquirido, consoante já debatido nesta dissertação), também a segurança jurídica subjetiva, ou proteção da confiança. "Impõe-se, assim, seja realizado o itinerário argumentativo pelo qual será possível deduzir do princípio da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança, perfazendo, em termos mais amplos, a dedução 'Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança'".²⁶⁸

Em outras palavras, o gênero "princípio da segurança jurídica" *latu sensu* (decorrente de forma direta do Estado de Direito) pode ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas acepções, em duas principais formas de incidência: (a) o sentido objetivo (segurança jurídica *strictu sensu*, a incidir sobre a ordem jurídica objetivamente colocada) e (b) o sentido subjetivo (proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas do Estado).

Sobre o ponto, as palavras de MAFFINI são esclarecedoras:

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio

²⁶⁶ WALD, Arnoldo. *Princípio da Confiança* (verbetes). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 178.

²⁶⁷ ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha; DINIZ, M. A. de V. A administração pública e o princípio da confiança legítima. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, op. cit.

²⁶⁸ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 49.

deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do Princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.²⁶⁹

VALEMBOIS, colaborando com a delimitação conceitual do princípio da proteção da confiança, como forma de definir as suas hipóteses de incidência, afirma que ele não se confunde com o princípio da irretroatividade ou com a proteção ao direito adquirido, que regram igualmente a aplicação das normas no tempo. Isso porque tanto a irretroatividade quanto a proteção do direito adquirido têm como fundamentos aspectos eminentemente objetivos, contrariamente ao princípio da proteção da confiança legítima, que se caracteriza essencialmente por seu subjetivismo. A jurista destaca que o princípio é mais amplo que a irretroatividade e que o direito adquirido, protegendo situações que fogem ao escopo de atuação dos dois citados institutos: destaca-se, nesse viés, o aspecto subsidiário do princípio da proteção da confiança legítima, pois ele demanda ao juiz que averigue, antes de sua aplicação, se poderão ser aplicados a irretroatividade ou o direito adquirido; não sendo aplicáveis, então se investiga pela aplicabilidade da proteção da confiança²⁷⁰ (tal investigação sucessiva, inclusive, é obrigatória no direito comunitário europeu, como noticia FOURNOL²⁷¹).

O princípio requer, outrossim, a confiança do particular em alguma manifestação (regular ou irregular) do Poder Público, razão pela qual a sua aplicação envolve, por definição, como assevera ÁVILA, uma tensão com outros princípios também integrantes do princípio da segurança jurídica, quais sejam: (a) o princípio democrático, que confere ao Legislativo a liberdade de configuração do ordenamento jurídico, mediante a instituição de novas regras ou modificação das anteriores; (b) o princípio da separação dos Poderes, que assegura a eles a prerrogativa de, dentro de sua área de competência, mediante critérios de conveniência e oportunidade, concretizar o interesse público, o que pode levar a uma interrupção, por anulação ou revogação, de uma norma anterior ou a edição de uma nova; (c) outros princípios que, de um ou outro modo, habilitam o Estado a introduzir novas regras e a

²⁶⁹ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁰ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, *op. cit.*, p. 232.

²⁷¹ FOURNOL, Ingrid. *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Panthéon-Assas, Paris II, em 29 de novembro de 1999, p. 262 *apud* VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, *op. cit.*, p. 232.

modificar as anteriores. Ora, o particular não tem o poder de postular a manutenção da ordem jurídica como ela se configura no presente, dada a competência do Poder Legislativo de modificar a realidade normativa:

Em outras palavras, no âmbito de aplicação do princípio da proteção da confiança, apresenta-se, nas palavras de COUTO E SILVA, a luta entre o novo e o velho dentro do próprio Estado, ou, nos dizeres de MARTINS-COSTA, a tensão entre permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que pode ser eterno e o que tende à perpétua mudança.²⁷²

A proteção da confiança legítima é, assim, princípio geral que se situa no cruzamento da questão da mutação da ordem jurídica e da previsibilidade, revelando, portanto, uma dimensão temporal, no sentido de que pretende, ao mesmo tempo, confrontar a previsibilidade e a estabilidade do Direito com o passar do tempo, a exigir a mutação perpétua dos institutos e relações jurídicas.

O princípio pretende, a seu modo, realizar os objetivos considerados como próprios da exigência global de segurança jurídica: entre o ideal clássico de segurança jurídica a qualquer preço (de resto inviabilizada pela impossibilidade de aplicação de institutos clássicos, incabíveis diante de novéis situações jurídicas de cunho subjetivo) e o realismo extremo de se negar totalmente a ideia de segurança em prol da evolução social, existiria, pois, lugar para uma concepção gradualista, integrando diferentes seguranças jurídicas. Como modo de arbitragem dessas duas ideias antagônicas de segurança individual e de progresso objetivo, que perpassa por todo o sistema do Direito, é que o princípio da proteção da confiança legítima aparece na jurisprudência de determinados sistemas contemporâneos, principalmente no alemão, no suíço e no belga, além do sistema comunitário europeu.

O princípio quer significar a possibilidade de evolução dos indivíduos dentro de um meio jurídico estável e previsível, no qual se pode ter confiança. Em outras palavras, a proteção da confiança enquanto princípio da ordem jurídica significa que certas expectativas suscitadas por um sujeito de direito em virtude de um comportamento determinado em relação a outro sujeito de direito, ou da comunidade jurídica ao seu redor, produzem efeitos jurídicos. O princípio, em suma, constitui um direito a uma estabilidade da situação individual da pessoa, isto é, a um direito à previsibilidade em relação às mudanças de linha de conduta pública. Dá ao indivíduo o poder de exigir do Poder Público um determinado comportamento, tendo como objeto, em todo caso, a proteção dos interesses individuais do

²⁷² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 391.

particular, sendo que tal proteção não visa garantir a salvaguarda dos “direitos subjetivos” que o direito objetivo confere aos indivíduos, mas simplesmente defender a sua confiança na estabilidade da situação e com base na qual eles agem.

O âmbito de aplicação do instituto, portanto, não abrange apenas os atos praticados com base em normas válidas que tenham sido alteradas sem que o particular possa ser protegido por meio das garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, como pontua ÁVILA: sua extensão engloba, também, os atos, concluídos ou iniciados, praticados com fulcro em normas que se revestiam de legalidade meramente aparente, ou sequer isso, e cuja anulação desde o início causaria frustração da expectativa individual sobre ele depositada.²⁷³

Lembra-se de que, em termos amplos, o sobreprincípio da segurança jurídica é indiferente à natureza da situação em causa. Ele visa simplesmente garantir a confiabilidade no tempo da ordem jurídica ao seu redor, o que pode estar em favor ou contra os interesses em jogo.

Na dimensão da pessoa privada, surge a proteção da confiança no sentido da manutenção de uma situação jurídica favorável ao interessado, sendo que uma situação desfavorável não poderia ser objeto de demanda de proteção. O que interessa na proteção da confiança são as alterações que afetam a posição jurídica do sujeito. Tal ideia é extraída de jurisprudência constante da Corte Constitucional Federal alemã, na medida em que o cidadão deve poder prever as intervenções públicas na sua esfera de ação e tomar medidas apropriadas para se adaptar (em linha com o objetivo "previsibilidade" demandado pelo sobreprincípio da segurança jurídica). A proteção só acontecerá quando uma pessoa estiver, de fato, sujeita às consequências desvantajosas da segurança jurídica, tendo a proteção da confiança por objetivo a segurança das situações pessoais e a confiabilidade do Direito, mas tão somente naquilo que afete diretamente àquele que a invoca, como frisa CALMES.²⁷⁴

Assim, o princípio da proteção da confiança legítima é corolário do princípio da segurança jurídica, mas não um sinônimo, constituindo até uma limitação à segurança jurídica, na medida em que a aplicação de cada um pode levar a soluções diferentes e contraditórias em casos concretos (sobretudo no balanceamento entre o interesse subjetivo à estabilidade do cidadão e o interesse objetivo contrário do Estado – o interesse público). Daí o motivo de ÁVILA apontar que não trata o princípio da proteção da confiança como mera decorrência, por dedução, do princípio da segurança jurídica, mas como uma limitação ou

²⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 391-392.

²⁷⁴ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 167-169.

um corolário limitativo deste, sendo importante, por tal motivo, encontrar critérios de harmonização entre ambos, de forma "que a preservação da dimensão subjetiva individual da segurança jurídica não cobre o preço da perda da sua dimensão objetiva transindividual."²⁷⁵

Nesse viés, a diferenciação sistematizada entre os dois princípios é relevante, como destacada por CALMES²⁷⁶ e por ÁVILA²⁷⁷:

(a) no âmbito normativo: enquanto o princípio da segurança jurídica concerne a todo o ordenamento jurídico, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, priorizando um âmbito microjurídico;

(b) no âmbito pessoal: enquanto o princípio da segurança jurídica equivale a uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima abarca o interesse de uma pessoa específica;

(c) no nível de concretização: enquanto o princípio da segurança jurídica se refere, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação;

(d) quanto ao nível de amplitude subjetiva de aplicação: enquanto o princípio da segurança jurídica se presta à defesa de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima vincula-se à salvaguarda de interesses individuais;

(e) quanto à protetividade individual: enquanto o princípio da segurança jurídica é neutro quanto aos interesses dos indivíduos, o princípio da proteção da confiança legítima apenas é utilizado com o fito de proteger os interesses das pessoas que se sentem prejudicadas pelo exercício passado da liberdade juridicamente ordenada.

Tal sistematização permite afirmar que o princípio da proteção da confiança legítima é uma aplicação "subjetivada" do princípio da segurança jurídica, coadunando-se com a divisão do sobreprincípio da segurança jurídica em duas partes, uma objetiva e outra subjetiva, já exposta no bojo do presente trabalho. E, ao representar uma aplicação "subjetivada" do princípio da segurança jurídica, a proteção da confiança visa à proteção "de uma confiança" (e não "das confianças" ou do "conjunto de confianças" no ordenamento jurídico), vinculando-se, portanto, à justiça individual. Nesse diapasão, faz-se importante

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 394.

²⁷⁶ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 167-171.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 393.

averiguar como pode dar-se a aplicação prática do princípio, permitindo detectar os requisitos essenciais à proteção da situação de confiança individual.

3.2 Mecanismo de aplicação da proteção da confiança

Ab initio, cumpre ressaltar, com DERZI, que a confiança não significa mera esperança: "ela implica a expectativa confiável, que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia."²⁷⁸

A professora traça seu raciocínio a partir dos mundos familiares, em que a confiança prevalece, por compreender aquilo que é previamente conhecido (nesse âmbito, "o passado prevalece sobre o presente e o futuro", consoante LUHMANN²⁷⁹). Contudo, na medida em que as sociedades se tornam complexas, a mencionada familiaridade perde o seu caráter corriqueiro, tornando-se necessário estabelecer parâmetros por meio dos quais se firme uma confiança sistêmica, apta a generalizar as expectativas. Quais seriam, assim, as condições para se outorgar confiança?

DERZI diz que a primeira condição é justamente a familiaridade ou a informação prévia, ou seja, a deficiência informativa não pode ser radical (assim como a familiaridade não pode equivaler à certeza - no sentido de haver supremacia do indivíduo sobre os eventos/acontecimentos -, pois aí a confiança seria desnecessária). A confiança supõe, desse modo, uma informação prévia (mesmo que deficiente), na qual se confiará. Já a segunda condição são as estruturas motivadoras de confiança, como as leis e os demais atos do Estado, que permitem o seu desenvolvimento, porque estabilizam as expectativas, tornando-as sancionáveis.

Nesse viés argumentativo, a confiança, no ambiente de complexidade (entendido como não familiar ou parcialmente familiar), desenvolve-se a partir de elementos que possam conferir verdade ao sistema (*e.g.* mecanismos de comunicação como o dinheiro; a verdade ou a sua busca, a inspirar a mídia e a tecnologia; a organização política e administrativa), e não propriamente às pessoas (como seria em um ambiente familiar).²⁸⁰

²⁷⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 329.

²⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, *op. cit.*, p. 33-37.

²⁸⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 330-331.

Sob esse influxo, como nas sociedades complexas é necessário renunciar, ao menos parcialmente, aos meios utilizados primitiva e primariamente para outorgar confiança, por pura impossibilidade de sua utilização (como a redução drástica das informações e o controle pessoal e concreto dos resultados, similarmente ao que se dá no âmbito familiar), "faz-se agudo o processo de generalização, com que passamos dos casos conhecidos (busca do passado) para outros casos similares prováveis, desconhecidos e futuros." Trata-se do processo de "internalização", de aprendizagem, de controle meramente simbólico dos resultados: assim poderá obter-se confiança sistêmica, difusa e latente.²⁸¹

No eixo do afirmado por DERZI, têm-se, então, de modo geral, os seguintes fatores como necessários à proteção concreta da confiança²⁸²:

(I) o pressuposto fático da confiança, atribuível àquele que a gera, exigindo-se certa tipicidade da confiança, que não se dá às cegas;

(II) a boa-fé daquele que confia;

(III) a confiança protegida, que não pode ser "interior", fruto singelo da consciência subjetiva daquele que confia, mas deverá ter sido objetivada "em certa medida" por intermédio de atos que representem investimentos na confiança;

(IV) a responsabilidade pela confiança, que deve ser imputável ao responsável, caso haja relação direta, causal, entre o fato e as disposições ou os investimentos feitos por aquele que confiou.

Passa-se a discorrer sobre a aplicação *in concreto* do princípio da proteção da confiança legítima.

3.2.1 A existência de confiança legítima: o surgimento da base da confiança

A Corte Constitucional alemã deduziu o princípio da proteção da confiança de forma direta a partir do Estado de Direito já em 1953 e prossegue afirmando que a segurança jurídica, a significar a proteção da confiança do cidadão, faz parte dos elementos essenciais do Estado de Direito, enquanto princípio constitucional fundamental do ordenamento jurídico.²⁸³ A proteção da confiança legítima constitui, portanto, uma expressão da

²⁸¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 337.

²⁸² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 343.

²⁸³ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 115.

segurança jurídica, que é, ela mesma, um elemento essencial do Estado de Direito, como já exposto no presente trabalho.

Entretanto, a formulação mais recente do princípio da proteção da confiança não se satisfaz com a invocação difusa da segurança jurídica, da estabilidade das relações e da previsibilidade inerentes ao Estado de Direito, como destacado por DERZI; ela demanda e se enriquece com novos argumentos, destacados pela jurista²⁸⁴:

(a) a crescente dependência das pessoas privadas em relação ao Estado, a qual tem sido cada vez mais percebida, projetando sobremaneira os deveres estatais de transparência, lealdade, publicidade, constância e continuidade de maneira muito mais forte do que anteriormente;

(b) a liberdade individual como possibilidade de estruturação e planejamento da vida pessoal e profissional segundo planos próprios, em pleno exercício da autonomia privada (livre desenvolvimento social, econômico e político);

(c) a aplicação da regra "quanto mais, tanto mais", desenvolvida por BACHOF no Seminário de Ensino sobre o Estado de Direito de 1973, que preleciona: "quanto maior for a pressão da obrigatoriedade exercida pelo poder público, vinculando respectivamente o comportamento do indivíduo, e quanto mais o indivíduo ficar dependente de uma decisão do poder público, mais fortemente ele dependerá da possibilidade de poder confiar nessa decisão."²⁸⁵

Fica claro, a partir do exposto, que a proteção da confiança no Direito Público tem como inspiração a proteção do elo mais fraco na cadeia relacional Estado-cidadão, a mesma inspiração que consagrou o Direito do Trabalho há tantas décadas, qual seja a do resguardo do hipossuficiente. O princípio, assim, "tende a ser invocado em favor da parte desfavorecida, mais dependente, anulando-se totalmente em relação à parte que domina os eventos/fatos" (o Estado, *in casu*).²⁸⁶

Exatamente por isso é que o princípio da proteção da confiança somente poderá ser reivindicado pelo privado em contraposição à Administração Pública, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, quando o Estado criar o fato gerador da confiança.²⁸⁷

Consoante WEBER-DÜRLER:

²⁸⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 397-398.

²⁸⁵ BACHOF, Fs. W. Laforet, p. 291 *apud* JOSEF-BLANKE, Herrmann. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*. Jus Publicum, col. 57, Tübingen: Ed. Mohr Siebeck, 2000, p. 10 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 398.

²⁸⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 399.

²⁸⁷ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 167.

A Administração irá gerar confiança em virtude da multiplicidade da atividade administrativa de modos muito distintos, por exemplo, através de informações ou promessas, através de atos administrativos, através de contratos jurídico-administrativos e através do ato de tolerar uma situação; além disso, regulamentações, a praxe administrativa até então, o trabalho de publicidade da Administração, bem como a existência de determinadas instituições públicas poderão ter como consequência confiança e disposições condicionadas à confiança do cidadão. Na Justiça, a proteção da confiança se torna atual, sobretudo frente a alterações jurisprudenciais, apesar de também ocorrerem outros fatos constitutivos de uma realidade que fundamentam a confiança, como despachos dos tribunais, informações sobre recursos jurídicos ou informações de pessoas do tribunal. Por fim, inclusive o legislador vai ter fundamento para a confiança do cidadão, pois a tarefa da legislação é justamente garantir previsibilidade e possibilidade de avaliação.²⁸⁸

Em sumário das razões que pugnam favoravelmente à consideração do princípio da proteção da confiança de modo unilateral, quer dizer, exclusivamente a favor do cidadão/contribuinte e contra o Estado, por todos, DERZI²⁸⁹: (I) a relação de dependência do cidadão em relação ao Estado é notável, plasmada em seus atos de intervenção e regulamentação, de modo que o ente estatal dispõe de mais recursos, muito mais abrangentes, para se resguardar de uma decepção - "basta considerar que ele pode inventar tributos novos ou majorar os já existentes"²⁹⁰ -; o Estado, como tem posição soberana sobre os acontecimentos, não tem confiança a ser protegida; (II) caso a proteção fosse considerada em favor do Estado, poderia ficar vulnerado o próprio Estado de Direito, pois o Estado teria o ônus de comprovar que confiou, bem como o seu prejuízo concreto, o que poderia acarretar a sua submissão perante o cidadão, em inversão de valores; (III) os atos, ações e omissões do cidadão em face do Estado, abusivos ou fraudulentos, delituosos ou de má-fé, já estão previstos como sancionáveis, nos termos da lei, o que protege o Estado e a ordem jurídica como um todo, falando-se em abuso de direito do cidadão, e não em proteção da confiança do Estado.

A partir disso, conclui-se que o fato indutor da confiança é sempre criado pelo Estado (ou por órgãos públicos estatais): à vista da violação da confiança ou da ameaça de fazê-lo, o cidadão volta-se contra o próprio Estado para exigir a proteção da confiança nele

²⁸⁸ WEBER-DÜRLER, BEATRICE. *Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht*. Basel, Zürich: Helbing & Lichtenhahn, 1983, p. 10 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 395.

²⁸⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 396-397.

²⁹⁰ DERZI exemplifica com a suposta "compensação" que o Governo Federal pretendeu empreender, mediante o aumento das alíquotas do IOF, ante a derrocada da CPMF no Congresso Nacional em dezembro de 2007: em curto período de tempo as "perdas" já haviam sido repostas e, ademais, em muito superadas. (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 396)

depositada. Assim pode ser resumida a ideia básica do princípio geral da proteção da confiança legítima, consoante CALMES: em virtude desse mecanismo defensivo do direito material, “contraprincípio do poder estatal”, e em face das possíveis mutações dos regramentos e dos compromissos firmados, se uma pessoa de direito privado diligente e de boa-fé, demonstrando confiança, fia-se ao comportamento de um órgão público e se mantém fiel à linha de conduta crida, as autoridades devem, por sua vez, levar em conta as expectativas legítimas criadas, sendo que tal pessoa deve sofrer os menores inconvenientes possíveis em caso de mudança de entendimento; leia-se: as autoridades não devem romper a confiança gerada por meio de mudanças sem prévio aviso e de maneira brutal dessa linha de conduta.²⁹¹ A existência da confiança é, pois, o ponto de partida do mecanismo de proteção da confiança legítima, constituindo o seu primeiro elemento.

A existência da confiança deve ser analisada por meio de uma dinâmica ação/reação, ou seja, se uma “base da confiança” criada por uma autoridade pública tiver suscitado confiança em uma pessoa de direito privado, a primeira condição, qual seja a existência da confiança, é adimplida. De acordo com CALMES, deve sempre existir um elemento antecedente a ser pressuposto quando se fala em princípio da proteção da confiança legítima, desvelando-se como ponto de referência em que se funda a situação de confiança de uma pessoa frente a um sujeito de direito (público). Tal ponto de partida da confiança é um pré-comportamento (*Vorverhalten*, segundo CANARIS), que juristas suíços e alemães designam “base da confiança” (*Vertrauensgrundlage*) ou “condição de ser da confiança” (*Vertrauenstatbestand*, conforme KREIBICH), questão preliminar necessária à aplicação do princípio.²⁹²

A base de confiança traduz-se em normas que serviram de fundamento para a (in)ação individual²⁹³, podendo ser geral e abstrata (uma lei, v.g.) ou individual e concreta (como um ato administrativo ou uma decisão judicial). Ela, igualmente, pode ser positiva, por intermédio de atos voluntários e ativos (como em uma decisão judicial clara e precisa; em um ato administrativo concludente, portador de uma promessa; ou em um ato normativo legislativo), ou negativa, passiva e, por vezes, involuntária (como em um caso de tolerância administrativa ou a duradoura ausência de exercício de uma prerrogativa administrativa, que

²⁹¹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 297.

²⁹² CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 301.

²⁹³ ALTMAYER, Sabine. *Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 43 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 397.

não esteja submetida a prazo decadencial).²⁹⁴ Nos dizeres de VALEMBOIS, o ponto de nascimento do mecanismo de proteção da confiança legítima consiste em uma "dimensão assecuratória" (*dimension assurantielle*) desencadeada por uma pessoa pública, de maneira a fazer nascer esperanças ou expectativas no espírito dos cidadãos.²⁹⁵

Uma vez admitida a validade do princípio em determinada ordem jurídica, ele domina, dessarte, todas as atividades do Estado, como afirma CALMES, o que quer dizer que todas as ações de autoridades públicas podem suscitar origem de confiança. Na Suíça e na Alemanha, por exemplo, a proteção da confiança legítima não é exigida tão somente do Estado Federal (*Bund*) e dos entes federados (*Kantone* na Suíça e *Länder* na Alemanha), mas também das coletividades territoriais e, de maneira geral, de todas as pessoas de direito público que detêm posição soberana frente ao cidadão (bem como de seus agentes). A proteção, outrossim, aplica-se às três esferas clássicas de poder estatal, como já afirmado: Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁹⁶ Quanto às pessoas de direito privado em exercício de funções públicas, entendidas como parte da administração em sentido material (concessionários ou colaboradores da administração, *v.g.*), elas também poderiam, eventualmente e *a priori*, fundar bases de confiança.²⁹⁷

As bases de confiança, múltiplas e variadas, podem ser agrupadas em categorias, como supra-antecipado, já que não somente os “pré-comportamentos” positivos (voluntários e ativos) das pessoas públicas, mas também os negativos (passivos ou contraditórios) – muitas vezes involuntários – podem constituir bases da confiança.

A base positiva de confiança pressupõe comportamento ativo do Estado, em qualquer de suas esferas, a ensejar em um sujeito de direito motivos suficientes aptos a crer na validade ou perenidade de determinado ato ou situação jurídica que o afete diretamente. Nesse ponto, fica clara a exigência da boa-fé na relação desencadeada: “em toda hipótese de boa-fé objetiva existe confiança a ser protegida”, como ensina DERZI.²⁹⁸

A boa-fé objetiva significa, assim, que uma das partes, por meio de seu comportamento objetivo, criou confiança na outra, que, em decorrência da firme crença na duração da situação desencadeada, foi levada a agir ou a manifestar-se externamente de acordo com o comportamento em que foi levada a acreditar:

²⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 398.

²⁹⁵ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, *op. cit.*, p. 241.

²⁹⁶ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 302-303.

²⁹⁷ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 304.

²⁹⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. Boa-Fé Objetiva no Direito Tributário. Princípio ou Cláusula Geral? *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 12. Nova Lima, 2005, p. 345-371

Pois bem, o Direito protege a confiança de quem acreditou e não deveria ver frustradas as suas expectativas. Os subprincípios do *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio* são formas de manifestação da boa-fé objetiva. Mas KREIBICH aponta como divergência existente entre o princípio da proteção da confiança e o da boa-fé o fato de o primeiro, por ser mais abrangente, aplicar-se às situações gerais, abstratas e àquelas concretas; já o segundo, o princípio da boa-fé somente alcança uma situação jurídica individual e concreta, ou seja, alcança não as leis e os regulamentos normativos, mas apenas os atos administrativos individuais e as decisões judiciais (...)

Em conclusão, KREIBICH define o princípio da boa-fé como um princípio jurídico em geral (universal), válido para todas as áreas jurídicas, e sem restrições no Direito Tributário, sendo direito não escrito, que exige um comportamento leal e confiável de todos os envolvidos em uma relação jurídica concreta, e que, sendo ainda expressão da ideia da proteção da confiança no Direito Constitucional, através da segurança jurídica, decorre do estado de Direito e da ideia de justiça, que lhe determinam o sentido.²⁹⁹

O modelo de KREIBICH, como ressalta DERZI, está corretíssimo quando alerta para o fato de que o princípio da proteção da confiança tem um núcleo comum com o da boa-fé objetiva, alcançável nas relações jurídicas concretas. Todavia, importante destacar que o princípio da proteção da confiança não se esgota com o da boa-fé objetiva, e a recíproca também é verdadeira: existe um espaço de atuação da boa-fé objetiva como fonte de deveres da Administração que a proteção da confiança não alcança. Desse modo, ambos os princípios, deduzidos da segurança jurídica, integram-se em muitas circunstâncias, mas não se anulam um ao outro.³⁰⁰

Logo, a ação da proteção da confiança quanto a atos positivos do Poder Público depende da averiguação da existência de boa-fé na esfera do cidadão afetado, independentemente da esfera de Poder que agiu *in concretu* (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

O Poder Executivo, por meio do ato administrativo, ao criar entendimentos notadamente definidos e estáveis entre a autoridade pública e o cidadão, é plenamente apto a engendrar confiança, uma vez que a sua legitimidade reside no princípio da segurança jurídica em sentido subjetivo. Exemplo típico seria o ato de autorização. Pode-se, portanto, afirmar – mesmo quando o princípio não é reconhecido, como na França – que tais compromissos individualizados da Administração constituem bases sólidas de confiança. CALMES fornece o exemplo dos regulamentos, muito presentes no Direito Comunitário

²⁹⁹ KREIBICH, Roland. *Der Grundstaz von Treu und Glauben im Steuerrecht*. Band 12. C.F. Muller Verlag. Heildelberg, 1992 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. Boa-Fé Objetiva no Direito Tributário. Princípio ou Cláusula Geral?, *op. cit.*, p. 353.

³⁰⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 381.

européu, como aptos a constituir bases de confiança. Entretanto, ressalva o fato de que há de haver compromisso específico e individualizado, na medida em que a confiança não será oponível em regulamentações genéricas e de caráter geral, não destinadas a uma classe específica de indivíduos.³⁰¹

Contudo, sob o fundamento do princípio da segurança jurídica, normas gerais e abstratas, como os regulamentos, podem suscitar confiança nos sistemas alemão e comunitário europeu, bem como no brasileiro (mas não no francês). Ressalva-se, apesar disso, que pessoa que se fia ao texto literal de um regulamento assume o risco de se decepcionar no caso de uma interpretação administrativa diversa da sua, no caso de declaração de ilegalidade do ato pelo Poder Judiciário ou em caso de modificação dele, em virtude do princípio da mutabilidade dos regulamentos.³⁰² Em outro giro, a existência de uma ligação contratual entre o particular e a Administração Pública cria, indubitavelmente, uma sólida base de confiança (*pacta sunt servanda; lex specialis*).³⁰³

Em aproximação mais sutil, cumpre questionamento acerca da possibilidade do surgimento da “base de confiança” a partir de simples ações estatais, por intermédio de seus agentes executores, não necessariamente por meio de um ato jurídico formal, a despeito da esfera de Poder do Estado (*e.g.* servidores do setor administrativo de atendimento ao público da Presidência da República, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal). Nesse sentido, parece bastante razoável que órgãos administrativos dos poderes estatais poderiam gerar confiança através do fornecimento de informações, através de promessas ou práticas reiteradas. Nessa linha de raciocínio, serviços administrativos de órgãos do Estado poderiam suscitar, através de um comportamento determinado, a confiança dos jurisdicionados/administrados. CALMES fornece útil exemplo alemão de que o erro ou a inexatidão em uma informação em matéria de possibilidades de recursos no bojo do processo administrativo tributário pode provocar a dilação do prazo recursal de um mês a um ano, em virtude dos parágrafos 58 e 70, alínea II, da lei dos tribunais administrativos tributários.³⁰⁴

A despeito de hesitações e restrições, a informação, se clara e precisa, pode tornar-se obrigatória via princípio da proteção da confiança legítima, mesmo levando em conta que tal base de confiança pode tornar-se muito frágil dentro do balanço dos interesses em jogo. Já a promessa, enquanto compromisso da autoridade competente a tomar ou se

³⁰¹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 307-309.

³⁰² CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 310.

³⁰³ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 312-313.

³⁰⁴ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 319.

abster de tomar uma medida, pode, igualmente, gerar base de confiança: o cidadão confiará ao obter, além de uma simples informação, uma promessa da Administração – transmutação da vontade do legislador –, ou seja, um compromisso de caráter obrigatório da autoridade competente de fazer ou deixar de fazer algo determinado. No Direito alemão, o critério de qualificação da base da confiança nesse caso é verificar a vontade da autoridade em se vincular. As provas nesses casos, que podem ser traiçoeiras, dificultam, em tese, a proteção da confiança, mas não a inviabiliza: a promessa, assim como a informação, podem eventualmente constituir bases de confiança.

Já no que se relaciona à prática administrativa, resta ainda mais clara a possibilidade de geração de base de confiança. Se o particular deve orientar seu comportamento de acordo com a prática efetiva em curso na administração ou nos tribunais (prática reiterada), entende-se que ao Poder Público é defeso alterá-las inadvertidamente, surpreendendo àqueles que se conformaram. Entende-se que o princípio da proteção da confiança pode proteger contra os efeitos desvantajosos de uma mudança brusca e retroativa da prática, reconhecida, assim, como base da confiança.³⁰⁵ No Brasil, as práticas reiteradas da administração tributária são, inclusive, consideradas normas complementares das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos, sendo que a sua observância pelos contribuintes exclui a imposição de penalidades, os juros de mora e a atualização monetária da base de cálculo do tributo em caso de eventual mudança de entendimento administrativo que implique gravame ao contribuinte que confiou (como a majoração do *quantum* de tributo a pagar), conforme redação do artigo 100, inciso III e parágrafo único, do Código Tributário Nacional Brasileiro³⁰⁶, viabilizando a proteção da confiança *in concreto*, como já destacado no bojo do presente trabalho.

Já no que se refere à possibilidade de o ato próprio do Poder Legislativo (a lei) constituir base de confiança, CALMES afirma que a constatação é incontestável, na medida em que a lei constitui disposição publicada, clara e precisa – em virtude da exigência de segurança jurídica (em seu viés de acessibilidade) – em favor do interessado; assim, o cidadão não deve assumir riscos devido à incoerência da ordem jurídica, e o Poder Público deve levar em conta a confiança suscitada por uma lei.³⁰⁷

³⁰⁵ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 325-329.

³⁰⁶ "Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...) III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; (...) Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo."

³⁰⁷ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 315-317.

Afirma-se, por conseguinte, que o cidadão, até por razões de lógica, vincula-se às disposições legislativas assim que estas passar a vigor no mundo jurídico, devendo segui-las, a despeito de concordar ou não. Contudo, como se sabe, a lei pode eventualmente ser retirada de circulação, seja via revogação (quando agirá o princípio da irretroatividade, apto a manter os efeitos da lei anterior, como já debatido neste trabalho), seja via declaração judicial de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. É neste último caso que agirá a proteção da confiança legítima do cidadão, que creu na legitimidade da norma legislativa posteriormente invalidada pelo Judiciário. Nesse caso, demandar-se-á a averiguação de requisitos especiais para chegar, muitas vezes, à ilegalidade ou inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, preservando-se, desse modo, as relações jurídicas empreendidas sob o pálio da lei inválida, já que ela, aparentemente, era legítima, pois atendidos todos os requisitos formais de validade, não podendo o cidadão presumir a ilegalidade ou a inconstitucionalidade.

Ora, despiciendas maiores divagações sobre a possibilidade de a lei gerar confiança, sendo tal veículo clássico e com clara força vinculante, hábil a modelar comportamentos e gerar expectativas.

Por fim cumpre avaliar se atos do Poder Judiciário são hábeis a gerar base de confiança. Quanto a atos administrativos emanados por órgãos judiciais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem, sem maiores questionamentos, a proteção da confiança legítima em face do Judiciário em geral, em similitude ao que ocorre com o Poder Executivo, ao exercer seu poder de regulamentação (como por meio de regulamentos internos dos tribunais, circulares, atos dos juízes diretores dos foros ou presidentes de tribunais *et cetera*). Cumpriria, porém, precisar se as regras jurisprudenciais construídas por ocasião dos litígios constituem uma base de confiança para casos futuros.

A priori, afirma-se que os julgados podem, sim, gerar confiança legítima a ser protegida (leia-se: continuidade jurisprudencial), atendidos certos requisitos. Seria o caso, principalmente, dos acórdãos plenários de tribunais superiores, chamados não somente à solução do caso concreto, mas também a contribuir com a unificação da jurisprudência e com o desenvolvimento do Direito como um todo, ao trazer a lume soluções de alcance geral. Em que medida, contudo, a confiança do cidadão na continuidade da jurisprudência é protegida? Por outro lado, o juiz deve, e em que medida, dar continuidade à jurisprudência?

CALMES admite parecer lógico que os precedentes judiciais constituem, na medida em que são claros e precisos, bases de confiança possíveis.³⁰⁸

A afirmação é corroborada pela densa pesquisa sobre o tema desenvolvida por DERZI, que, após exame dos efeitos das modificações de jurisprudência sobre os cidadãos, chega a duas conclusões básicas: (1) em relação à formação da jurisprudência - a primitiva, a primeira (que os norte-americanos chamam de *first impression*) - conclui-se que a regra deve ser a retroação, os efeitos *ex tunc*, nas sentenças declaratórias e a exceção, a modulação de efeitos; (2) em relação às modificações de jurisprudência, prejudiciais aos cidadãos/contribuintes, a solução é inversa, sendo que a regra deverá ser a modulação de efeitos, com aplicação plena dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.³⁰⁹

Ora, é, afinal, preciso reconhecer que o Poder Judiciário é um Poder que, a despeito de agir sobre os atos normativos emanados pelos demais Poderes (em especial pelo Legislativo), encontra alternativas de interpretação deixadas pelo legislador, ou lacunas que devem ser preenchidas. A escolha entre uma das alternativas interpretativas, portanto, não configura nenhum excesso no exercício das funções judicantes, constituindo, mais do que a mera e estéril aplicação do Direito, verdadeira criação do Direito pela interpretação.³¹⁰ Exatamente por essa razão é que os julgados podem transformar-se em expectativas normativas de conduta, cuja vinculatividade pode variar de acordo com a duração do tempo necessário para a formação jurisprudencial, bem como de acordo com o grau de intensividade da expectativa, podendo chegar, em seu grau máximo, à obrigatoriedade da observância geral da norma judicial, isto é, uma proibição de desvio³¹¹ (a chamada "jurisprudência consolidada", fixa ou precedente, definida por DERZI como aquela firmada pela mais alta Corte competente para decidir a matéria, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que tenha dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais³¹²).

Fica claro, assim, que as decisões judiciais são plenamente aptas a atrair a incidência do princípio da proteção da confiança, gerando "base de confiança".

³⁰⁸ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 305-306.

³⁰⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 573-574.

³¹⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 49-57.

³¹¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 254.

³¹² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 259.

Por fim, conforme antecipado, a inação do poder público também pode vir a criar base de confiança, a chamada base negativa. A inércia corresponde aos casos em que a pessoa pública é – totalmente ou parcialmente – negligente ou tolerante a determinados fatos ou práticas, sendo que tal omissão, irregular ou não, resulta favoravelmente ao particular que a invoca. A Administração, portanto, pode influenciar as expectativas de um sujeito de direito de boa-fé através de sua passividade, assim como devido a uma negligência ou a uma tolerância de sua parte, podendo gerar expectativas legítimas e, conseqüentemente, confiança.

Conforme já se vem admitindo ao longo deste trabalho, a proteção da confiança deve voltar-se tão somente ao resguardo dos particulares em face do poder estatal, no âmbito do Direito Público. CALMES não passa despercebida a tal ponto, colocando uma questão: poderiam as pessoas públicas, ao mesmo título das pessoas privadas, ser protegidas em sua confiança pelo princípio da proteção da confiança legítima? E vai ainda além: terceiros aos quais o “pré-comportamento” público não é *a priori* destinado, poderiam deter confiança em tal base?

Tanto no Direito alemão como no suíço e no comunitário, quase a totalidade dos casos em que se admite invocar o princípio da proteção da confiança legítima compõe-se de casos em que pessoas privadas alegam que foram fiéis a um determinado “pré-comportamento” de uma autoridade pública. Assim, as bases da confiança se endereçariam geralmente aos destinatários privados. Raramente, contudo, é admitido que o princípio da proteção da confiança legítima seja acionado para proteger a confiança de uma autoridade pública sobre a base fornecida por outra pessoa. Para CALMES, porém, parece que tal concepção fere o bom senso e perverte a lógica que dá base do princípio.³¹³ Contudo, há exemplos fornecidos pelas jurisprudências alemã e suíça acerca de casos em que órgãos públicos se voltaram contra decepções perante o Estado Federal ou a Federação (uma dotação prometida e, posteriormente, cancelada, *v.g.*), a denotar, entretanto, uma relação de proteção da confiança entre pessoas públicas, e não de uma pessoa pública relativamente a uma privada.

Desse modo, se o princípio da proteção da confiança legítima deve ser admitido, sua lógica exige que ele possa ser acionado sem restrições, o que quer dizer em benefício de todas as pessoas privadas que estão legitimamente fiadas a uma base de confiança clara e precisa colocada pela autoridade pública através de seu “pré-comportamento”. É somente

³¹³ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 350-356.

em estágios superiores do processo que caberá, por meio de um balanço de interesses, testar a solidez da base de confiança. Deve haver um liame de causalidade entre o compromisso – individual ou geral – anterior da autoridade pública, de um lado, e a confiança da pessoa privada de outro lado.

O contato individual entre o cidadão e a Administração já é, por si, uma garantia para a condição da existência da confiança sobre base individual. Já no concernente à base geral, cumpre verificar, por exemplo, em se tratando de atos, se as condições de publicação são acessíveis ao “cidadão médio” (“diligente pai de família”) do grupo social afetado. No caso de base geral (genérica), não há consenso quanto a uma condição *sine qua non* para a existência da confiança. Muitas decisões de cortes alemãs, entretanto, presumem o conhecimento dos atos estatais por parte dos cidadãos.

Portanto, para haver o reconhecimento da base da confiança, é necessária a existência de boa-fé (legitimidade) por parte da pessoa confiante, ou seja, ela não deve ter conhecimento de eventual vício para poder invocar sua confiança na base. No caso de ignorância do vício ou falta de cuidado e diligência por parte do interessado, caberá ao juiz avaliar a situação concreta sob o prisma da complexidade do Direito: aplicar presunções para reconhecer ou não a confiança no caso concreto.

Logo, após a constatação da existência da “base de confiança”, um segundo momento de aplicação concreta do princípio da proteção da confiança legítima consiste em perquirir a respeito da legitimidade de tal confiança preexistente: somente através dessa confirmação de “validade” a confiança será digna de tutela.

3.2.2 Os atos de confiança: a legitimidade como pressuposto inafastável

Não basta haver confiança, ela deve ser digna de proteção. MARTINS-COSTA observa que a confiança do cidadão perante a Administração Pública é conotada a um dever que se desdobra, que se bifurca em dois sentidos diversos a um mesmo sintagma – a boa-fé:

A Administração deve não apenas resguardar as situações de confiança traduzidas na boa-fé (crença) dos cidadãos na legitimidade dos atos administrativos ou na regularidade de certa conduta; deve também agir segundo impõe a boa-fé, considerada como norma de conduta, produtora de comportamentos ativos e positivos de proteção.

(...) a confiança, adjetivada como “legítima”, é um verdadeiro princípio, isto é: uma norma imediatamente finalística, estabelecendo o dever de ser atingido um “estado de coisas” (isto é: o estado de confiança) para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Como princípio que é, a confiança articula-se, no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete, com outros princípios e submete-se a postulados normativos, tais quais os da proibição do excesso e da proporcionalidade.³¹⁴

Nessa linha é que o princípio da confiança, para que possa se consubstanciar em uma “norma imediatamente finalística”, deve estar necessariamente ligado não só a elementos subjetivos, mas também a certa objetividade, ou seja, ao mesmo tempo em que a confiança deve estar revestida pelo manto da boa-fé, deve estar também consubstanciada em atos concretos do sujeito que a invoca, a demonstrar inequivocamente efetivos atos em que transpareça a existência e a validade da confiança. É o que CALMES noticia ser denominado “esperanças fundamentadas” por juízes comunitários europeus.³¹⁵

Em constatação de suma importância para o desenvolvimento da doutrina concernente à proteção da confiança, ÁVILA afirma que o foco do princípio da proteção da confiança mudou: o eixo deixa de ser a validade da base, a consumação dos fatos nos moldes da lei anterior ou da mera relação intertemporal entre as normas, passando a ser o exercício dos direitos fundamentais e a atuação estatal, independente, "sem que a validade da base e a consumação dos fatos sob a vigência da norma anterior sejam, por si só, fatores excludentes de proteção."³¹⁶

O professor imprime maior importância, destarte, à eficácia dos atos praticados pelo poder público (e menor importância à regularidade formal destes) e sua influência sobre os princípios ligados à liberdade, à propriedade, à igualdade e à própria atuação estatal. Vale a transcrição de trechos de seu raciocínio:

Com efeito, há elementos que fazem referência a qualidade objetivas ou intrínsecas da base de confiança, como o seu grau de vinculatividade, de permanência, de onerosidade, de eficácia no tempo ou de efetividade, e elementos que dizem respeito a efeitos subjetivos da base de confiança, como o grau de aparência de legalidade, de indução comportamental ou de dependência do cidadão relativamente ao Poder Público. O decisivo é que a aptidão desses elementos para atribuir confiabilidade à base é também decorrente dos efeitos que eles, efetiva ou potencialmente, produzem no âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos e dos princípios constitucionais relativos à atuação estatal. (...) Quanto maior a relação de cooperação do cidadão com o Estado, tanto maior será a pretensão de permanência dos reflexos jurídicos da sua ação.³¹⁷

³¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 136-137.

³¹⁵ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 371.

³¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 401.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 400-401.

As ponderações são relevantes para constatar que a proteção da confiança nunca poderá ser averiguada em concreto mediante critérios fixos (sim ou não), mas somente poderá submeter-se a critérios de graduação (mais ou menos): haverá proteção da confiança se houver mais razões para protegê-la do que para não protegê-la.

A necessária tradução da confiança em “atos de confiança”, para que esta seja digna de proteção efetiva, fica clara na exposição do civilista DA FRADA, ao afirmar que:

(...) quando alguém conduz outrem a determinadas decisões em função de certas expectativas que nele acalentou, suporte os danos que provoca se afinal, contra aquilo que induziu a crer, por motivo que lhe é imputável, essas expectativas se não realizaram. Pode não ser ilegítimo malograr representações alheias. Nem por isso recusar esta reparação deixa todavia de se poder apresentar como injustificável.³¹⁸

Tanto no Direito alemão quanto no comunitário europeu é recorrente jurisprudência segundo a qual o princípio da proteção da confiança legítima não protege o cidadão de qualquer mudança de conduta adotada pelo Poder Público, e sim apenas daquelas que influenciem diretamente sua esfera pessoal, havendo frustração de expectativas por conta da mudança de postura estatal, conforme noticia CALMES.³¹⁹

Assim, dentro da teoria construída por CALMES, para que a confiança seja qualificada como legítima, é necessário, dentro do quadro do princípio da proteção da confiança, que a pessoa privada diligente que está razoavelmente crente no pré-comportamento da pessoa pública seja surpreendida pelo comportamento imprevisível e repentino da linha da conduta anteriormente adotada pela última. Tal caráter legítimo da confiança pode se verificar concretamente em casos em que a confiança legítima subjetiva tenha sido traduzida objetivamente por atos da pessoa privada. Contudo, CALMES não crê necessários atos concretos para traduzir a confiança, mas tão somente que haja imprevisibilidade na mudança e que tal seja repentina, de modo a afetar diretamente um cidadão que pautou condutas no entendimento modificado ou suprimido do ordenamento jurídico: nos direitos alemão, suíço e comunitário europeu, por exemplo, para que a confiança seja considerada legítima, a mudança de conduta estatal deve ser imprevisível (não anunciada por aviso prévio) e, ademais, repentina (denominado por CALMES de *effet*

³¹⁸ DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa: Almedina, 2001, p. 880.

³¹⁹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 372.

*couperet destructeur*³²⁰, algo como "efeito do cutelo destrutivo", em tradução livre). O aviso prévio, no caso, pode ser oficial ou não.³²¹

Assim, em se tratando de leis verdadeira ou falsamente retroativas, trata-se de determinar a partir de qual momento o particular deve aguardar uma mudança. Contudo, o problema em saber se iniciativas legislativas ou projetos governamentais já estão em vias de destruir a confiança na antiga lei é objeto de debates. A Corte Constitucional Federal alemã, seguida pela doutrina, entende que apenas quando há a adoção efetiva pelas câmaras legislativas de uma nova lei – e não somente pela simples iniciativa – é que a confiança na antiga lei é dissipada. Em certos casos, no entanto, o anúncio do Parlamento sobre a intenção de modificar uma lei pode vir a retirar a legitimidade da confiança. Nessa lógica é que, repise-se, para que a confiança seja legítima, ela deve repousar sobre a boa-fé e a diligência objetiva. É exigível que, em virtude de uma lógica de moralidade institucional, um cidadão de boa-fé tenha acreditado ou podido acreditar na estabilidade e perenidade de determinada linha de conduta pública. A má-fé de um indivíduo o impede de invocar o respeito ao princípio da confiança legítima, portanto. Também os erros manifestos, notadamente os materiais, excluiriam toda legitimidade de sua confiança. Em síntese: o que é “razoavelmente previsível” por um “bom pai de família”, para usar expressão de Direito Civil, ou por um particular “prudente e avisado” não pode suscitar a violação de sua confiança.³²²

Nesse sentido é que seria exigida a “brutalidade” na modificação de conduta estatal, a ensejar a proteção da confiança. Tais mudanças repentinas devem criar um transtorno fundamental no âmbito pessoal do particular confiante. Tal transtorno fundamental deve ter um efeito destrutivo, ocasionando perdas ou inconvenientes concretos, ou seja, ocasionando um prejuízo real ao particular (não necessariamente patrimonial).³²³

Limitações a mudanças súbitas nas condutas estatais poderiam, destarte, ser fundadas no princípio da proporcionalidade e da interdição da arbitrariedade. Nessa toada é que o princípio da proteção da confiança funcionaria como um dos instrumentos que podem coibir esse tipo de abuso (um bom mecanismo apto a amortecer o choque causado por reviravoltas políticas seria a adoção de regimes de transição, v.g., como ainda será demonstrado no presente trabalho).

³²⁰ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 386.

³²¹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 376-377.

³²² CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 377-378.

³²³ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 389.

VALEMBOIS elenca apenas dois requisitos para emprestar legitimidade à confiança: (a) imprevisibilidade da medida que implicou traição da confiança; (b) a boa-fé daquele que se entende protegido pela confiança legítima.³²⁴

Apesar disso, ao lado da base de confiança colocada pelo poder público e da confiança suscitada no particular, há doutrinadores que colocam outra condição, ligada à anterior, que é o comportamento ou atividade de confiança ou, ainda, manifestação ou tradução em atos concretos da confiança.³²⁵ Isso significa que o cidadão deve ter concretamente “colocado em ação” sua confiança subjetiva (isto é, ter-se pautado de acordo com a regra que acreditava), o que prova sua boa-fé e, por consequência, a legitimidade da confiança invocada.³²⁶ Para tais autores, a atividade de confiança é uma condição indispensável do princípio estudado, o que marca a própria natureza da proteção da confiança legítima, podendo ser entendida como a proteção das disposições tomadas. Para CALMES, contudo, é necessário, ao contrário, privilegiar uma proteção da confiança em si mesma, e não considerar o comportamento de confiança como uma etapa necessária ao mecanismo de proteção.

CALMES, entretanto, reconhece a utilidade do elemento que confere concretude ao princípio (principalmente para aferir a boa-fé do indivíduo), sem, contudo, declarar sua necessidade, já que a confiança em si seria uma disposição interior do indivíduo, enquanto o comportamento de confiança a exterioriza. Logo, para a jurista, não se deve confundir as condições do princípio com a facilidade, maior ou menor, com que essas condições podem ser demonstradas no mundo fenomênico.³²⁷

No campo prático, é possível perceber que o ato do poder público que venha a embasar a confiança não se encontra restrito às leis, podendo qualquer ato emanado por agentes do Estado desencadear o mecanismo protetivo em lume.

Exemplo recente advém de julgado do Superior Tribunal de Justiça, caso em que a parte requerida propôs ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais contra as partes recorrentes, que foram citadas por correio. O prazo para responder começaria a transcorrer apenas após a juntada do último aviso de recebimento aos autos do processo (conforme o art. 241, inciso I, do Código de Processo Civil). No entanto, por omissão do

³²⁴ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, op. cit., p. 243-246.

³²⁵ Exemplos de EGLI, GRABITZ, GUENG, MÜLLER, OSSEMBÜL, RÜBERG, STICH e WEBER-DÜRLER (CALMES, CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 391).

³²⁶ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 391.

³²⁷ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 401-402.

cartório judicial, não foi publicada na página eletrônica do Tribunal de Justiça nenhuma informação sobre a juntada aos autos do aviso de recebimento da última carta de citação, de modo que nenhum dos réus respondeu à ação. Tendo como objetivo evitar o reconhecimento da revelia, os réus se manifestaram nos autos esclarecendo o ocorrido e requerendo a reabertura de prazo para a resposta, pedido indeferido pelo Magistrado singular, bem como pelo Tribunal de origem. A decisão, em sede especial, relatada pelo Exmo. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, por sua vez, entendeu em sentido contrário:

Inicialmente, ressalto que perfilhava o entendimento de que as informações processuais constantes do "site" dos tribunais teriam caráter meramente informativo e que, por não serem oficiais, não serviriam de justa causa para a prática do ato.

(...) Voltando a refletir acerca do tema, porém, decidi rever esse entendimento, em função da importância adquirida pelo processo eletrônico e, conseqüentemente, das informações eletrônicas no momento atual do Poder Judiciário brasileiro.

(...) Convenci-me de que, no atual panorama jurídico e tecnológico, é imprescindível que se atribua confiabilidade às informações processuais que são prestadas pela página oficial dos tribunais.

De um lado, não parece razoável que o conteúdo de acompanhamento processual eletrônico dos tribunais não possa ser digno de plena confiabilidade por quem o consulta diariamente. Mesmo apresentando um caráter informativo, deve ter um mínimo de credibilidade. A disponibilização eletrônica de informações acerca dos processos judiciais visa a facilitar o trabalho dos advogados e o acesso das próprias partes ao conteúdo do andamento do seu processo.

É uma facilidade que as inovações tecnológicas propiciam e que permite ao advogado acompanhar o trâmite processual sem a necessidade de se dirigir ao cartório a cada movimentação.

Todavia, se não se pode confiar nas informações veiculadas, a finalidade de tal inovação acaba por ser desvirtuada. Afinal, a informação prestada erroneamente é, à toda evidência, mais danosa do que a simples ausência de informação.

De outro lado, as informações processuais eletrônicas auxiliam consideravelmente o trabalho desempenhado dentro da própria Justiça, configurando importante questão de política judiciária. Com efeito, na esteira da evolução que a virtualização dos processos representou, a confiança nas informações processuais fornecidas por meio eletrônico implica maior agilidade no trabalho desenvolvido pelos cartórios e pelas secretarias judiciais, ensejando maior observância ao princípio da eficiência da Administração e, por conseguinte, ao princípio da celeridade processual.

Note-se que, no caso em tela, o simples fato de o advogado dos réus ter confiado no sistema de informação processual disponibilizado na internet pelo próprio Tribunal ensejou a drástica configuração da revelia, o que não pode ser admitido.

Imprescindível, portanto, proteger a confiança e a boa-fé das partes frente a erro ou a omissão de serventuários da Justiça na disponibilização de informações processuais, com o reconhecimento da configuração da justa causa a que alude o § 2º do art. 183 do Código de Processo Civil. (STJ, Terceira Turma, Recurso

Especial nº 960.280/RS, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 07.06.2011. Publicado no DJE de 14.06.2011)

Nesse diapasão, atos praticados pelo sujeito confiante devem estar relacionados de forma causal, devendo haver um liame de causalidade entre a confiança subjetiva e as disposições objetivas. Tal liame de causalidade seria, então, um elemento subjetivo que falta quando os atos praticados pelo indivíduo o são de má-fé. Portanto, com a exigência do liame de causalidade, é inserido um momento hipotético no mecanismo da proteção da confiança legítima, a ser verificado pelo juiz caso a caso: pré-comportamento estatal, a gerar base de confiança; brutal e repentina mudança em tal comportamento, a afetar seu destinatário, gerando-lhe prejuízos em sua esfera pessoal em virtude de conformações ao pré-comportamento que resultaram em expectativas, posteriormente frustradas. Se há ligação entre tais elementos, configurada está uma hipótese de proteção da confiança legítima. Por conseguinte, se todas essas condições são satisfeitas, é possível a aplicação concreta do princípio da proteção da confiança legítima.

3.2.3 Condições e modos de proteção efetiva: o exercício e a frustração da confiança

Somente se a confiança que o particular deposita no pré-comportamento público é revelada como legítima é que suas expectativas podem eventualmente ser objeto de proteção, nesse estágio final do mecanismo de proteção da confiança, conforme assevera CALMES.³²⁸ Contudo, apenas se certas condições suplementares também estiverem presentes e, mesmo no caso de seu preenchimento, de acordo com certos modos específicos de proteção.

Convém, mais uma vez, recorrer ao civilista DA FRADA, que, ao investigar o princípio da proteção da confiança no direito civil português, desenvolve pensamento sobremaneira útil ao Direito Público:

A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica de justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu reconhecimento radica intimamente na indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a

³²⁸ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 407.

racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autônoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente, como correspondente à sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. Tal qual qualquer outro princípio de caráter geral, a força expansiva que lhe inere conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação. É tarefa da ciência jurídica operacionalizá-lo em contextos específicos típicos. A sua subordinação a condições de relevância não prejudica a sua característica de princípio fundamentador de consequências jurídicas. Entre aquelas condições avulta usualmente a presença de uma relação especial entre sujeitos, cujo preenchimento se torna assim determinativo da responsabilidade pela confiança.³²⁹

Percebe-se, assim, que o princípio há de ser conformado a determinadas condições, visto que o princípio geral da proteção da confiança não permite proteger todas as expectativas legítimas violadas, sem restrições. Dessarte, nesse terceiro e último estágio da busca das condições no quadro do processo da proteção da confiança legítima, devem ser analisadas as circunstâncias – exteriores ao cidadão – que são suscetíveis de excluir, no caso concreto, a proteção efetiva das meras expectativas dos particulares.

Uma primeira questão controvertida é saber se a proteção deve ser aceita ou recusada em caso de coletividade de pessoas públicas, ou seja, a autoridade a frustrar as expectativas é diversa daquela que as suscitou.³³⁰ E, em segundo lugar, se deve ser concedida a proteção em casos em que haja, no seio da balança dos interesses a serem sopesados, “interesse público imperioso” contrário ao interesse que busca proteção pelo princípio em estudo.³³¹

Em resposta ao primeiro questionamento, trata-se de saber se tão somente a mesma autoridade pública que prometeu poderia, a rigor, descumprir a promessa, como forma de possibilitar a suscitação da proteção da confiança afetada. Quer dizer, há dois momentos diferentes no mecanismo no que pertine aos atos do Poder Público: a criação da expectativa e a decepção perpetrada. CALMES afirma que, se uma autoridade prometeu e outra, diversa da primeira, descumpriu, a rigor não há contradição com o próprio comportamento, em uma visão puramente formalista. Nessa toada, como não haveria contradição no ato próprio, a confiança suscitada não poderia, em tese, ser protegida. Tal entendimento, conforme pontua a própria autora, todavia, parece não corresponder à lógica da proteção da confiança.

³²⁹ DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *op. cit.*, p. 901.

³³⁰ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 409-410.

³³¹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 413-414.

Isso porque, do ponto de vista do indivíduo desiludido, a autoridade pública específica, a afetar sua esfera pessoal, pouca importa. O que importa é que se está em face de um interlocutor genérico e único, ou seja, a pessoa pública, qualquer que seja o órgão que causou malferimento à confiança. Uma proteção da confiança estreita, portanto, parece insuficiente dentro da lógica do princípio, que visa à ampla proteção do indivíduo em face do Estado, tendo em vista a hipossuficiência do cidadão perante o Poder Público, genericamente falando.

Já no que tange ao segundo questionamento inicialmente posto, cumpre saber se, mesmo diante do adimplemento das condições de proteção da confiança precedentemente expostas, as autoridades públicas, sejam quem forem, devem necessariamente satisfazer as expectativas dos cidadãos apesar de eventual interesse público conflitante. CALMES pondera que, para a efetiva proteção da confiança, seria preciso a ausência, no caso concreto, de um interesse público imperioso contrário, já que, se este existe, tal poderia interditar a garantia. O cidadão veria, assim, sacrificada a sua confiança legítima na medida em que um interesse mais “importante” entra em jogo (*in casu*, o interesse público). A autora gaulesa observa que esse sacrifício surge na etapa decisiva do mecanismo: a do balanceamento dos parâmetros presentes em cada caso concreto.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que a proporcionalidade em sentido estrito, pelo balanceamento de valores, é uma técnica de controle relativo do “razoável”, integrado ao mecanismo da proteção da confiança. Tal balança é elemento moderador e regulador que relativiza os pressupostos em função de sua situação concreta, visando determinar em que medida os interesses em jogo devem ser conciliados. Nesse ponto, crê-se não assistir razão à jurista francesa, uma vez que, se admitida a não incidência da proteção da confiança por motivo de “interesse público relevante”, todo o arcabouço protetivo se esvaziaria por completo, já que o Estado, como parte necessariamente envolvida nos mecanismos de proteção, sempre poderia invocar contrariedade ao interesse público (difuso e imaterial), vedando a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima. Sob tal escopo, a “balança” da proporcionalidade dos interesses em jogo sempre penderia para o lado estatal, visto que este tem em suas mangas o “interesse da coletividade”, o que se revela ainda mais preocupante em matéria de tributação, uma vez que o “dano devastador aos cofres públicos” poderia ser invocado, a todo momento, como espécie de subterfúgio estatal, teoricamente o dispensando de prestigiar a confiança.

Como frisa PIRES, a concepção ampla (abstrata) de interesse público favorece a Administração na negativa de direitos adquiridos do particular, tendendo a legitimar a

atuação da autoridade pública, de modo a sustentar o caráter mais permissivo da modificação unilateral de situações benéficas ao administrado. Por outro lado, a concepção de interesse público contingente ligada a uma situação específica limita os poderes do Estado, favorecendo o reconhecimento de maior estabilidade nas relações criadas entre particulares e Administração. Assim, deve-se analisar a situação jurídica criada pelo ato estatal, tornando-se impossível às autoridades a invocação genérica de ofensa ao interesse público para afastar a proteção jurídica ao direito adquirido: "somente tem validade o interesse público específico, isto é, aquele que se refere ao objeto da situação concreta."³³²

A linha de pensamento traçada pela eminente administrativista, a despeito de tratar especificamente de direitos adquiridos, pode ser perfeitamente transposta para o âmbito da proteção da confiança: *in abstractu*, a alegação de prevalência do "interesse público" é sobremaneira prejudicial ao cidadão que pleiteia a proteção de sua legítima confiança; a alegação estatal, destarte, não deve ser posta em termos genéricos. O reconhecimento da legitimidade da confiança depositada pelo cidadão no ato estatal deve ser, portanto, analisada de maneira específica, *in concretu*, já que a casuística guiará o entendimento do juiz de forma variável, conforme o caso.

Tem-se, pois, que a solução a ser ao final adotada para a proteção concreta da confiança legítima é tributária de escolhas subjetivas que se incorporam à estrutura geral do sistema jurídico, averiguadas caso a caso, normalmente pelo Poder Judiciário. Os métodos da *incorporação à base de confiança* (*rattachement a la base de confiance*) e da *compensação dos prejuízos* (*compensation du préjudice*), expostos por CALMES³³³, apresentam-se como escolhas possíveis em momentos de necessidade de proteção concreta da confiança legítima.

O primeiro modo de proteção - o da incorporação à base de confiança - é classificado como solução *maximalista* pela doutrinadora francesa (solução privilegiada na Suíça), já que consiste em manter em favor do sujeito legitimamente confiante a situação anterior, confiança essa manifestada através de um pré-comportamento, em clara proteção da estabilidade concreta, ou seja, a mudança de linha de entendimento por parte do poder público seria inaplicável a tal sujeito de direito. Faltaria a tal método, todavia, um "balanço"

³³² PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 454-458.

³³³ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 439-472.

entre o interesse do particular na manutenção da base da confiança e os interesses que se opõem.³³⁴

A significação central em se manter a base da confiança depende da análise das manifestações de confiança legítima. Por exemplo, o administrado que se fia à regularidade de um ato administrativo criador de direitos tende a ser protegido, evitando a retroação de efeitos em eventual revogação. Igualmente o destinatário de uma informação ou de uma promessa, que conseqüentemente adapta seu comportamento, espera que tais compromissos sejam vinculantes.

A manutenção da situação jurídica favorável ao interessado, contudo, nem sempre é possível na compreensão de CALMES, como em casos em que interesse público imperioso se opõe (com o que, no entanto, não se concorda, se alegado de modo generalizado, conforme já pontuado). Para a jurista, de maneira geral, a manutenção da base de confiança é incompatível com o interesse público se tal implica um compromisso de tal maneira devastador aos cofres públicos.³³⁵ A averiguação, entretanto, deverá limitar-se à casuística.

Ao seu turno, o segundo método de proteção efetiva, o da compensação dos prejuízos, classificado como *minimalista* por CALMES³³⁶, privilegiado na Alemanha, consiste na compensação do inconveniente causado pela quebra da confiança no caso concreto. A reparação dos danos suscetíveis de serem produzidos remete a três categorias de hipóteses: abordar a compensação da deterioração da situação do interessado sob ponto de vista estritamente jurídico; aplicar as chamadas disposições transitórias, permitindo ao cidadão se adaptar às modificações da situação; utilizar-se da indenização pelos prejuízos causados em razão das modificações, em reparação patrimonial à quebra da confiança.

O método de compensação dos inconvenientes jurídicos consistiria em restituir ao cidadão situação jurídica anterior à frustração de sua confiança por conta de uma informação equivocada da Administração, por meio da ficção, por exemplo (v.g., a um candidato a um concurso público seria permitido prosseguir com os exames posteriormente se tal fora interrompido com base em uma informação equivocada).³³⁷

Já o método da adoção de disposições transitórias consistiria em estabelecer regimes de transição quando da necessária alteração de conduta do Poder Público, a influenciar a esfera privada, rompendo com a estabilidade antes crida como *perene*. O

³³⁴ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 439-442.

³³⁵ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 443.

³³⁶ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 448.

³³⁷ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 449-450.

respeito pelas autoridades públicas ao princípio da proteção da confiança legítima se traduz, nos direitos alemão, suíço e comunitário, na necessidade de uma advertência, ou em aplicação diferenciada de novas normas, ou na organização de um regime de acompanhamento ou de transição efetivo.

No caso de um cidadão que, fundado no princípio da proteção da confiança legítima, aspira a uma incorporação definitiva futura e ilimitada à sua base de confiança (ou de longa duração), as soluções transitórias se revelam a forma apropriada de proteção da confiança. Por exemplo, a Administração pode ter que manter determinada prática anterior durante determinado período, permitindo ao interessado que se adéque às novas formas de conduta. O sentido da “transição” remete à proporcionalidade, permitindo um balanço de interesses opostos entre o antigo e o novo Direito.³³⁸ Por exemplo, o conflito entre a necessidade de a Administração se modernizar através da mudança da regulamentação e o interesse do particular em manter a situação jurídica anterior, que lhe era favorável. Em matéria jurisprudencial, o modo imaginável de se proteger a confiança em uma jurisprudência constante seria, de um lado, o anúncio progressivo das modificações possíveis e, de outro lado, a exclusão de quaisquer efeitos retroativos aos julgamentos.

De uma maneira geral, a Corte Constitucional alemã considera a Lei Fundamental como uma norma cuja concretização requer, além das regras tradicionais, uma consciência dos problemas subjacentes a ocorrerem no presente e no futuro. Desse modo, a anulação de uma lei inconstitucional, que deve logicamente remontar à data da aparição da incompatibilidade, pode repousar somente no futuro, caso a anulação imediata crie uma situação ainda menos compatível com a Constituição: certas decisões que constatarem a inconstitucionalidade de uma lei podem somente produzir efeitos a partir de uma data fixada pela Corte, de maneira a permitir razoavelmente ao legislador a elaboração de uma lei constitucional, em respeito à confiança legítima dos interessados (modulação dos efeitos da decisão, técnica que já vem sendo implementada, de maneira aleatória, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro). As medidas transitórias ainda serão tratadas, de forma específica, no bojo do presente trabalho.

Por fim, um último método de compensação dos prejuízos seria a compensação do interesse da confiança, mensurando-o em pecúnia. Tal mecanismo advém de uma via simplista, como forma de atender o objetivo da máxima do "sem inconvenientes" (*pas d'inconvénient*, segundo CALMES³³⁹). Na Suíça é um método alternativo de proteção da

³³⁸ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 451-452.

³³⁹ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 457-458.

confiança, quando, por exemplo, o interesse público descarta a base de confiança por completo. As vantagens da indenização: ela permite simultaneamente a proteção da confiança e a efetivação plena dos interesses públicos *in concreto*, não limitando a margem de ação dos poderes públicos, que podem se adaptar à evolução da conjuntura, indenizando eventualmente cidadãos confiantes na antiga linha de conduta. Entretanto, trata-se de método extremo, que deverá ser aplicado apenas em situações excepcionais.

Assim, apesar de as possibilidades de escolha entre métodos de proteção da confiança legítima parecerem vastas, em um caso concreto somente um ou dois modos protetivos serão adequados. Isso porque as particularidades serão tão singulares, que ao juiz restará, usualmente, um campo mínimo para decisão.

Nesse diapasão, percebe-se que o trabalho doutrinário e jurisprudencial no que tange ao princípio da proteção da confiança legítima, especialmente em países periféricos como o Brasil, está apenas por começar. Os esforços dos estudiosos do Direito devem se avolumar como forma de conceder maior impulso e força normativa à confiança, tão fragilizada nas relações jurídicas brasileiras. A comunidade jurídica não deve se conformar com os jogos de forças políticas e econômicas que, por muitas vezes, parecem ter maior peso no contexto do balanço de interesses, em abertura verdadeiramente promíscua do sistema jurídico, a ferir mortalmente a estabilidade e a confiança, inviabilizando a tão almejada justiça material.

Portanto, cumpre novamente ressaltar o essencial papel da confiança nas relações público-privadas na pós-modernidade, pois, como assevera MARTINS-COSTA,

A confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito. De resto, a exigência de um comportamento positivo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos corre paralela ao crescimento, na consciência social, da extremada relevância da conexão entre a ação administrativa e o dever de proteger de maneira positiva os direitos da personalidade constituintes do eixo central dos direitos fundamentais.³⁴⁰

³⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 145.

3.3 A proteção da confiança na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, plasmada na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Contrariamente ao direito adquirido (bem como ao ato jurídico e à coisa julgada), garantias expressamente abarcadas pela Constituição da República de 1988, como já demonstrado no presente trabalho, a confiança legítima não é amparada por nenhuma norma constitucional expressa. Tal situação poderia denotar, em análise precipitada, que a CR/88 nega proteção jurídica à confiança legítima, justamente pelo fato de ter albergado outras situações concernentes ao exercício passado da liberdade ordenada, mas não a confiança legítima, nas palavras de ÁVILA.³⁴¹ A ausência de expressa menção ao princípio da confiança legítima no texto constitucional, entretanto, não significa que este não seja percebido no ordenamento jurídico brasileiro.

O motivo suficiente a possibilitar o alcance da constatação pela presença do mecanismo no Direito brasileiro é o que expressamente dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta: "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." Ora, a própria Constituição admite expressamente a salvaguarda de direitos e garantias implícitos, decorrentes dos princípios expressamente adotados pelo constituinte, como é o caso dos direitos e garantias decorrentes do sobreprincípio da segurança jurídica e dos direitos fundamentais expressamente consagrados. Nesse sentido, como a proteção da confiança é uma decorrência da segurança jurídica, refletindo a sua face aplicativa subjetiva, não há razão para banir a proteção da confiança do rol de direitos e garantias abraçados pela CR/88. Sobre o ponto manifestou-se ÁVILA:

A sua falta de previsão expressa [previsão constitucional do princípio da proteção da confiança] possui apenas o efeito de a sua proteção depender de uma ponderação concreta com outros princípios eventualmente colidentes e da sua relação com os direitos fundamentais de liberdade, de propriedade e de igualdade, ao contrário do que ocorre com as regras que protegem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o fato gerador ocorrido do ponto de vista legal.³⁴²

³⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 392.

³⁴² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 392-393.

Conclui-se, assim, que, no quadro de implicitude do instituto, avulta-se a função das Cortes Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação das normas pátrias aplicadas a casos concretos, como forma de extração interpretativa do princípio a partir da Carta Constitucional e das leis ordinárias, emprestando a ele aplicabilidade prática. Afinal, como afirmam STRECK, OLIVEIRA e LIMA:

A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (...)

De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Há, portanto, uma diferença de princípio entre legislação e jurisdição (Dworkin). O “dizer em concreto” significa a não submissão dos destinatários - os cidadãos - a conceitos abstratizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo (...))

(...) Ora, a discussão jurídica é sempre concreta e, confessemos, pela simples razão de que não somos metafísicos, não somos seres numerais: até mesmo quando se faz controle concentrado, há concretude. (...) ³⁴³

Nesse sentido, relevantíssima breve e exemplificativa visualização do tratamento conferido ao princípio da proteção da confiança pelos Tribunais Superiores, como forma de apreender alguns de seus elementos de aplicabilidade prática no âmbito pretoriano, com foco em cada um dos Poderes do Estado:

(a) Proteção da confiança legítima do administrado em face do Poder Executivo, empreendida pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.139.486/DF):

ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – TERCEIRO ADQUIRENTE DE AUTOMÓVEL – CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO EMITIDO SEM ANOTAÇÃO DE NENHUM GRAVAME – ULTERIOR IMPORTAÇÃO DE RESTRIÇÕES PRETÉRITAS – VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.

1. O recorrente adquiriu um automóvel, sobre o qual não havia qualquer gravame registrado no órgão de trânsito, e na emissão do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo também não constava qualquer observação.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações Constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em: 25 mai. 2011.

Posteriormente, quando a autarquia passou a integrar o Sistema Nacional de Gravame, houve a importação de restrições pretéritas.

2. A situação descrita no acórdão recorrido malfez o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé. Abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público, em última análise, viola o direito fundamental à boa administração pública.

3. Não é concebível que um cidadão que adquire um automóvel e se cerca de todas as providências cabíveis para conhecer da existência de possíveis gravames sobre o bem, que obtém uma certidão oficial de um órgão público no qual é atestado a inexistência de ônus, venha, posteriormente, a ser surpreendido com a importação de restrições pretéritas. Quando agiu desta forma, a administração pública violou uma das dimensões do princípio da confiança - quebrar as expectativas legítimas depositadas nos atos administrativos.

4. Com efeito, a anotação de restrições pretéritas à transferência, uma vez que não constavam no certificado de registro do veículo automotor quando adquirido por terceiro de boa-fé é ato ilegal, imputável à autoridade administrativa, que merece ser extirpado. Aplicação, no caso, da *ratio essendi* da Súmula 92/STJ, segundo a qual, "A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor." Recurso especial provido. (STJ, Segunda Turma, Recurso Especial nº 1.139.486/DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24.11.2009, DJe de 07.12.2009)

Voto do Ministro Relator HUMBERTO MARTINS:

(...)

Da simples leitura do item III da ementa do acórdão recorrido, extrai-se a fixação da seguinte moldura fática:

- a) Na época em que o impetrante adquiriu o veículo, não havia qualquer gravame registrado no órgão de trânsito, o que somente veio a ocorrer posteriormente;
- b) Não tinha o impetrante o conhecimento da existência de nenhuma restrição, até porque na cópia do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo expedido em seu nome, em 2.3.2005 não consta qualquer observação;
- c) A restrição é datada de janeiro de 2004, mas o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo/CRLV, referente ao ano de 2005, foi expedido em nome do recorrente, sem qualquer observação a respeito;
- d) houve falha do órgão de trânsito, que não pode prejudicar o impetrante.

Todavia, ao aplicar o direito a estes fatos, a Corte recorrida negou provimento ao mandado de segurança por entender que o gravame não foi inserido pela autoridade impetrada, mas sim pela instituição financeira, motivo pelo qual, não houve ato ilegal imputável ao agente público.

Entende o recorrente, em síntese, que, tendo sido reconhecida a falha do DETRAN, o gravame ilegal deve ser extirpado.

Assiste razão ao recorrente.

(...)

A situação descrita no acórdão recorrido malfez o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé; abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público; em última análise, viola o direito fundamental

à boa administração pública.

Não é concebível que um cidadão que adquire um automóvel e se cerca de todas as providências cabíveis para conhecer da existência de possíveis gravames sobre o bem, que obtém uma certidão oficial de um órgão público no qual é atestado a inexistência de ônus, venha, posteriormente, a ser surpreendido com a importação de restrições pretéritas.

Ao agir desta forma, a administração pública violou uma das dimensões do princípio da confiança - quebrar as expectativas legítimas depositadas nos atos administrativos.

Com efeito, a não-anotação no certificado de registro do veículo automotor e o estado de boa-fé impedem que a alienação seja oponível ao terceiro adquirente.

(...)

Em suma, a anotação de restrições pretéritas à transferência, e que não constavam no certificado de registro do veículo automotor quando adquirido por terceiro de boa-fé é ato ilegal, imputável à autoridade administrativa, que merece ser extirpado.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1o-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial (STJ, Segunda Turma, Recurso Especial nº 1.139.486/DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24.11.2009, DJe de 07.12.2009 - grifou-se)

No caso supratranscrito, o Exmo. Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça confere concretude ao princípio da proteção da confiança na medida em que determina o desfazimento de ato imputável à Administração Pública (Poder Executivo) que implicou malferimento da confiança depositada pelo administrado no Poder Público, com base na boa-fé e no princípio da moralidade administrativa, sendo fator determinante para a decisão o impacto concreto da atividade administrativa na esfera individual daquele que se sentiu lesado. Assim, comprovada nos autos do processo em referência a base da confiança, sua legitimidade, seu exercício e posterior frustração, como se pode observar, esta, então, é digna de proteção, como concluiu o julgado em lume.

(b) Proteção da confiança legítima do jurisdicionado em face do Poder Judiciário, empreendida pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança nº 26.603/DF):

(...)

A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL".

- O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja

titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República.

(...)

A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário).

- O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.

(...)

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.

- Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

- Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes.

- A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.

- Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007. Publicado no DJe de 18.12.2008)

Voto do Ministro Relator CELSO DE MELLO:

(...)

Resta verificar, no entanto, se se revela possível aplicar, ou não, desde logo, essa nova orientação, a situações que se constituíram antes dessa resposta do TSE e que tiveram por suporte legitimador precedentes jurisprudenciais (nos quais fiquei vencido) firmados, já sob a égide da Constituição de 1988, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 20.916/DF, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - MS 20.927/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Põe-se em exame, portanto, neste ponto, em decorrência de uma substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com a consequente ruptura de paradigma dela resultante (caso o meu voto, que reconhece o caráter partidário do mandato eletivo proporcional, seja colhido), a questão pertinente ao momento a partir do qual essa nova diretriz terá aplicabilidade, considerada a necessidade de respeito, pelo Estado, da exigência da segurança jurídica.

Note-se, Senhora Presidente, porque absolutamente relevante para a definição do momento a partir do qual deverá instaurar-se a eficácia do novo padrão hermenêutico, que o Supremo Tribunal Federal, nas decisões anteriormente proferidas - e que constituem, até esse momento, a jurisprudência predominante nesta Corte -, firmou clara orientação (...) no sentido da "inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados (...)" (MS 20.927/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.): (...)

O que me parece irrecusável, nesse contexto, é o fato de que todas essas migrações partidárias processaram-se com a certeza, revelada por seus protagonistas, de que o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer tais precedentes, legitimou os atos de transferência, para legenda partidária diversa, do parlamentar eleito por outro partido político.

Havia, portanto, no contexto em exame, um dado objetivo, apto a gerar a expectativa de plena validade jurídico-constitucional dos atos de filiação a partidos políticos diversos daquele sob cuja legenda o titular do mandato eletivo proporcional foi escolhido.

Esta Suprema Corte, **considerando os precedentes por ela própria firmados**, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes - tais como conferir **previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado** -, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (...) de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não-incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal.

(...)

Para tanto, considero a data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.

É que, a partir desse momento (27/03/2007), tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, notadamente porque intervieram, com votos, concorrentes, naquele procedimento de consulta eleitoral, três (3) eminentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007. Publicado no DJe de 18.12.2008 - grifou-se)

A partir do julgado colacionado, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao estatuir que o mandato eletivo proporcional pertence ao partido político, e não à pessoa eleita - em clara alteração da jurisprudência até então dominante -, preocupou-se em efetivar a proteção da confiança legítima daqueles que confiaram no Poder Público (no caso, no próprio Poder Judiciário) e desfilaram-se de seus antigos partidos políticos para refiliar-se a novas legendas livremente, ao emprestar efeitos prospectivos à emergente decisão, estatuidando marco temporal específico apto a demarcar a vigência do entendimento recém firmado (conferindo efetividade ao sobreprincípio da segurança jurídica em seu viés "estabilidade").

Houve, pois, entendimento de que a mitigação das consequências das alterações abruptas da jurisprudência nada mais é do que um dever do Judiciário – e do Estado como um todo –, objetivando proteger a confiança legítima do particular.

(c) Proteção da confiança legítima do cidadão em face do Poder Legislativo, empreendida pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 197.917/SP):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002, Publicado no DJ de 07.05.2004)

Voto do Ministro Relator MAURÍCIO CORRÊA:

(...)

Com efeito, deixando-se ao alvedrio do legislador municipal a fixação do número de Vereadores apenas pela relação mínimo - máximo, permitindo-se-lhe uma opção aleatória e subjetivamente baseada tão-só na vontade de cada Câmara Legislativa, 9, 10, 11, 12, ..., 20 ou 21, como quiser - sem a observância da relação Vereador/População, pode tal opção significar tudo, menos a proporcionalidade constitucionalmente reclamada, exigência clara e manifestamente definida na oração "número de Vereadores proporcional à população do Município".

(...)

A atuação legislativa deve realizar-se em harmonia com o interesse público, não se admitindo a edição de leis destituídas de certa razoabilidade, sob pena de caracterizar-se excesso do poder de legislar, hipótese que, a meu ver, exemplificadamente ocorre em Municípios que aprovam suas Leis Orgânicas com número de Vereadores incompatível com a proporção ditada pela Constituição Federal.

(...)

Assim sendo, repito, bem agiu o magistrado de primeiro grau ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica em causa. Não poderia, entretanto, alterar o seu conteúdo, fixando de pronto o número de vereadores, usurpando, por isso mesmo, competência constitucional específica outorgada tão-só ao Poder Legislativo do Município (CF, artigo 29, *caput*, IV). Agindo dessa forma, o Poder Judiciário estaria assumindo atribuição de legislador positivo, que não lhe foi reservada pela Carta Federal para a hipótese.

Oficiado à Câmara Legislativa local acerca da inconstitucionalidade do preceito impugnado, cumpre a ela tomar as providências cabíveis para tornar efetiva a decisão judicial transitada em julgado.

(...)

Ante essas circunstâncias, conheço do recurso extraordinário e lhe dou parcial provimento para, restabelecendo em parte a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica 226, de 31/03/90, do Município de Mira Estrela-SP, e determinar à Câmara Legislativa que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados. (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002, Publicado no DJ de 07.05.2004)

Voto do Ministro GILMAR MENDES:

(...) É verdade que o Relator percebeu, com peculiar argúcia, que a declaração de inconstitucionalidade a ser proferida nos presente autos haveria de ter limitação de efeitos.

(...)

Como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (*pro futuro*).

(...)

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

(...)

Assim os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

(...)

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados. (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002, Publicado no DJ de 07.05.2004)

O último julgado, também do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, concluiu pela inconstitucionalidade do dispositivo que define o número de Vereadores da cidade, pois incompatível com o comando constitucional relativo ao tema, que veicula critério de proporcionalidade entre o número de membros do Legislativo Municipal e o número de habitantes do Município. Entretanto, ao

declarar a inconstitucionalidade, trazendo a questão aos limites impostos pela CR/88, o STF, vislumbrando provável ofensa à segurança jurídica, plasmada na confiança, optou por conclamar a Câmara Municipal a alterar a legislação para a próxima legislatura, trazendo-a aos termos da decisão superior.

Ao assim proceder, os efeitos passados produzidos pela lei municipal, embora inconstitucional, foram convalidados, justamente porque a declaração de nulidade, com efeitos retroativos, causaria caos na Municipalidade, pois implicaria revisão de resultados eleitorais, além de invalidação de atos legislativos praticados pelos Vereadores "excedentes", gerando enorme insegurança jurídica em todos os municípios.

Para concluir a exposição do que aqui se pretende, apresentam-se alguns julgados que privilegiaram, no âmbito do Direito Tributário, a proteção do princípio da confiança do contribuinte.

No primeiro julgado apresentado, em sede de Recurso Especial, o Ministro LUIZ FUX entendeu não ser possível a emenda de Certidão de Dívida Ativa para prosseguimento de execução fiscal devido à declaração de inconstitucionalidade de lei que alterava o lançamento tributário após sua constituição, em observância ao princípio da proteção à confiança. Confira-se trecho do voto prolatado:

Cinge-se a controvérsia ao cabimento ou não da mera substituição ou emenda da CDA para prosseguimento da execução fiscal pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso (*in casu*, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88).

Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

In casu, contudo, não se cuida de correção de equívoco, uma vez que o ato de formalização do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (DCTF), encampado por desnecessário ato administrativo de lançamento (Súmula 436/STJ), precedeu a declaração incidental de inconstitucionalidade formal das normas que alteraram o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.

Destarte, a norma individual e concreta veiculada no lançamento tributário não incorreu em erro, mas, sim, teve por fundamento legislação cuja presunção de constitucionalidade não se encontrava maculada à época da constituição do crédito tributário.

Deveras, o princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do *Codex Tributário*, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito. (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2010, Publicado no DJ de 30.11.2010)

No segundo julgado colacionado, novamente o Ministro Relator LUIZ FUX optou por proteger a confiança do contribuinte que, agindo de boa-fé, mesmo procedendo ao pagamento de todas as prestações mensais devidas à Fazenda Pública, teve negado o pedido de sua permanência no PAES (Parcelamento Especial) por não ter formalizado a desistência do recurso administrativo por ele interposto:

Como cediço, a *ratio essendi* do parcelamento fiscal consiste em: (i) proporcionar aos contribuintes inadimplentes forma menos onerosa de quitação dos débitos tributários, para que passem a gozar de regularidade fiscal e dos benefícios daí advindos; e (ii) viabilizar ao Fisco a arrecadação de créditos tributários de difícil ou incerto resgate, mediante renúncia parcial ao total do débito e a fixação de prestações mensais contínuas.

Destarte, a existência de interesse do próprio Estado no parcelamento fiscal (conteúdo teleológico da aludida causa suspensiva de exigibilidade do crédito tributário) acrescida da boa-fé do contribuinte que, malgrado a intempestividade da desistência da impugnação administrativa, efetuou, oportunamente, o pagamento de todas as prestações mensais estabelecidas, por mais de quatro anos (de 28.08.2003 a 31.10.2007), sem qualquer oposição do Fisco, caracteriza comportamento contraditório perpetrado pela Fazenda Pública, o que conspira contra o princípio da razoabilidade, máxime em virtude da ausência de prejuízo aos cofres públicos.

Deveras, o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos.

Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*. (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 1.143.216/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.03.2010, Publicado no DJ de 09.04.2010)

No último caso analisado, o Superior Tribunal de Justiça novamente invocou o princípio da proteção à confiança, dessa vez para impedir a revisão de lançamento tributário

por erro de direito, ou seja, equívoco na valoração quando constituído crédito tributário pela Administração Pública:

Destarte, a revisão do lançamento tributário, como consectário do poder-dever de autotutela da Administração Tributária, somente pode ser exercido nas hipóteses do artigo 149, do CTN, observado o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

Assim é que a revisão do lançamento tributário por erro de fato (artigo 149, inciso VIII, do CTN) reclama o desconhecimento de sua existência ou a impossibilidade de sua comprovação à época da constituição do crédito tributário.

Ao revés, nas hipóteses de erro de direito (equívoco na valoração jurídica dos fatos), o ato administrativo de lançamento tributário revela-se imodificável, máxime em virtude do princípio da proteção à confiança, encartado no artigo 146, do CTN, segundo o qual "a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

Nesse segmento, é que a Súmula 227/TRF consolidou o entendimento de que "mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento. (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 1.130.545/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.08.2010, Publicado no DJ de 22.02.2011)

Postas, portanto, as mais relevantes bases teóricas relativas ao princípio da proteção da confiança legítima, cumpre iniciar uma especificação da investigação, apta a gerar os resultados perseguidos com a presente pesquisa: a expectativa de direito é elemento suficiente e apto a atrair proteção por parte do ordenamento jurídico, através do sobreprincípio da segurança jurídica?

CAPÍTULO 4

A EXPECTATIVA COMO DIREITO A ADQUIRIR DIREITOS: A SEGURANÇA JURÍDICA NA TRANSIÇÃO

4.1 O tempo na formação das expectativas: a promessa como geradora da expectativa

Expectativa é esperança fundada em promessas, viabilidade e probabilidades: palavra da língua portuguesa derivada do substantivo latino *expectatum*, do verbo *expectare*, significa estar na expectativa de algo, esperar, desejar, ter esperança, ou, com maior precisão, consoante HOUAISS e VILLAR, "situação de quem espera a ocorrência de algo, ou sua probabilidade de ocorrência, em determinado momento".³⁴⁴ Nota-se que o termo "expectativa", já em uma primeira aproximação, remete o seu intérprete a dois de seus principais elementos fundadores: a confiança e o fluxo do tempo. Assim, para que haja expectativa, parece ser necessária uma promessa de terceiro, na qual o seu destinatário confia que será cumprida em determinado lapso temporal.

A estreita relação entre o Direito e o tempo, já abordada no presente trabalho, insinua-se no caráter do Direito justamente enquanto estrutura de expectativas, como esclarece LUHMANN - mas apenas se insinua, permanecendo inicialmente impenetrável.³⁴⁵ A expectativa contém, segundo o autor, um horizonte futuro da vida consciente, significando antecipar-se ao futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade, desse modo, reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis, buscando tal indiferença e tentando desvendar o futuro. Nesse sentido, o que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do Direito: "quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito."³⁴⁶

Ora, o horizonte temporal da existência e da ação humanas representa um aspecto da cultura social, nele se fundamentando as interdependências duradouras e profundas entre o Direito e a sociedade, que não se situam no plano em que se pode escolher entre alternativas, mas que constituem esse plano.

³⁴⁴ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <houaiss.uol.com.br> Acesso em: 01 fev. 2011.

³⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II, op. cit.*, p. 166.

³⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II, op. cit.*, p. 166.

A consciência coletiva de planejamento, portanto, depende essencialmente do entendimento historicamente colocado do Direito e da sua relação com o tempo: o Direito arcaico, por exemplo, era experimentado como identificação de pessoas ou coisas em uma situação atual necessariamente correta; a presença duradoura da experiência atual, o imediatamente experimentado, sustentava as estruturas e as concretizava em si mesmo. O futuro era tão somente a continuidade dessa presentificação, assim como o passado era presentificado por meio de vínculos concretos com o que já foi e no sentimento de convívio com os mortos, não podendo ser tratado como algo encerrado, resolvido.

Consoante LUHMANN, a partir desse modo de relacionamento com o tempo, a ação jurídica nas sociedades arcaicas apenas podia apresentar-se como reação ao passado, através de frustrações, ou como configuração da continuidade do presente, mas não como um comprometimento com as expectativas em virtude de um futuro que não poderia processar-se de outra maneira.

Seria até mesmo necessário indagar se e até que ponto o futuro era experimentável no horizonte temporal da vida cotidiana, e em que medida ele se escondia por trás dos limites do mundo visível, enquanto arbítrio de possíveis intervenções capazes de interromper a continuidade segura do presente, de forma imprevisível.³⁴⁷

Já as sociedades que ultrapassaram o "limiar da cultura avançada" distanciam-se de seu passado, abrindo-se muito mais ao seu futuro, visto que são capazes de sustentar, absorver e expelir mais incertezas em seu presente. Dessa forma, o Direito historicamente dado torna-se criticamente controlável, constituindo a concepção e a prática de um planejamento metódico da sociedade através de meios jurídicos, tendo em vista tornar as condições humanas independentes ao acaso. Tais sociedades já podem diferenciar o seu futuro da simples continuidade da vida atual, tornando-se capazes de reconhecer as possibilidades evidentemente em aberto, chegando até a conceber um futuro totalmente diferente: o futuro não é visto como uma sequência infinita e indeterminada de momentos, em cujo decorrer tudo que é poderá tornar-se diferente, mas ele é submetido a concepções de objetivos enquanto horizonte da disponibilidade do presente, pois se deseja alcançar um determinado futuro (e nenhum outro).

Por tal razão é que o Direito toma relevância como sistema capaz de criar estruturas que possibilitem a redução das infinitas alternativas futuras, viabilizando a escolha sensata entre possibilidades, albergando as expectativas legitimamente criadas:

³⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, op. cit., p. 167.

O andar do tempo só pode ser concebido enquanto redução inexorável da complexidade. O que fluiu no passado não pode mais ser mudado. Mas a estabilização de estruturas apropriadas de expectativas pode aumentar a complexidade do futuro e a seletividade do presente de tal forma que a ocorrência não é necessariamente causal, mas pode ser racionalizada como escolha sensata entre mais possibilidades. Então o presente não é mais apenas dar sentido à experiência imediata; antes ao contrário, do presente reivindica-se o recurso aos processos apropriados de seleção que criem aqueles passados futuramente úteis. Por isso vive-se na projeção e no desenvolvimento de planos.

(...)

O direito não é mais o "bom direito antigo". Ele vige não mais por causa de sua invariância baseada no passado que simboliza sua constância. Ao contrário, a vigência do direito descansa agora sobre sua função. Esta é interpretada tendo em vista o futuro: no século XIX enquanto elevação da liberdade compatível ou enquanto liberação de energia humana no interesse do progresso civilizatório; no século XX, frente às pressões das necessidades de planejamento (se bem que menos articuladamente), enquanto estrutura seletiva que, por seu lado, possibilita os respectivos efeitos seletivos na forma de decisões ou de expectativas sobre decisões.³⁴⁸

Assim é que, na atualidade, o sistema jurídico deve se prestar justamente a fornecer estabilidade às relações sociais, acolhendo expectativas legitimamente criadas e, conseqüentemente, protegendo a confiança.³⁴⁹ Como observa TÔRRES, "da complexidade exurgem incertezas, exceções, contingência, indeterminabilidade de resultados, para os quais o direito deve conferir respostas e soluções. Essas são, pois, objeto da segurança jurídica, como medida de controle dos valores do ordenamento e dos seus princípios e normas."³⁵⁰ Assim, para alcançar tão relevante função, o Direito precisa ser mais ou menos consistente, não somente em termos materiais, mas também em termos temporais, como pontua LUHMANN.³⁵¹

Ora, o devir temporal das estruturas jurídicas não é aleatório, pois, já que não se pode mudar tudo ao mesmo tempo, a seqüência das mudanças no Direito não pode ser arbitrariamente escolhida: umas mudanças supõem as outras. LUHMANN refere-se especialmente às decisões judiciais, afirmando que "em uma ordem jurídica já existente não pode ser introduzida uma mudança qualquer, mas apenas aquelas que apresentem equivalências funcionais para formas já existentes de solucionamento de problemas - sejam

³⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, op. cit., p. 170-171.

³⁴⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 316.

³⁵⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009, p. 185.

³⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, op. cit., p. 173.

essas reais ou de tipo puramente dogmático." "Isso delinea (mas não determina univocamente) uma certa ordem temporal na sequência das mudanças possíveis."³⁵² E, como já posto neste trabalho, um dos mecanismos mais relevantes e aptos a propiciar uma ordem segura de mutação do Direito é a confiança, porquanto se trata de vetor a oferecer segurança para o presente, de modo a possibilitar o planejamento para o futuro – expectativa de futuro, conforme as promessas postas. A proteção da confiança será, portanto, um fator de asseguramento jurídico da exigência social de segurança e paz.

O futuro, apesar disso, é promessa, projeto, progresso, como afirma OST - "pro", atenção para adiante, o *élan* que se arrasta ao presente. A metáfora com o mito de Prometeu é oportuna: o gesto dele, ao roubar o fogo celeste e dá-lo aos homens, configura o desvio do olhar do passado e o vislumbrar do futuro por intermédio de um ato inaugural, como uma transgressão, no querer que os homens fiquem de pé, como deuses. Prometeu, assim, perfila-se como instituidor, pois, ao ensinar aos homens o uso do fogo, os instrui e os institui - e quem diz instituição empenha a duração.

Contudo, seu ato de ruptura enseja a expiação e dá testemunho da impotência humana, da sua finitude; entretanto, mesmo assim Prometeu resiste à vingança olímpica, e seu fígado, devorado durante o dia, refaz-se à noite. "Pelo sofrimento, a humanidade aprende a constância e seus reveses, ensaia a ser vitoriosa. Ei-la agora que inscreve seu projeto no tempo, mais do que precipitá-lo na temporalidade da utopia. Submetendo-se à prova do tempo, os homens conseguem um aliado. Portanto, será preciso trapacear com o tempo, já que somos mortais."³⁵³

Prometeu, em todo o caso, é imortal, razão pela qual se encontra antes de toda esperança e confiança. A humanidade, todavia, necessita de luzes que aclarem o seu caminho, função que o Direito acolhe mediante a conjugação da emancipação dos homens com o estabelecimento da lei. O duradouro, assim, deve reduzir a projeção do futuro, as possibilidades futuras, gerando estabilidade: o "trapacear com o tempo" bradado por OST constitui exatamente o "inovar sem perder o fio do tempo", o "romper e durar simultaneamente". O Direito gera, então, um tempo híbrido, concedido à finitude da condição mortal humana, "mas também à infinitude das nossas aspirações e nossas solidariedades confiantes." É o chamado "tempo metamórfico", que transforma sem

³⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, op. cit., p. 173.

³⁵³ OST, François. *O Tempo do Direito*, op. cit., p. 192.

desaparecer jamais: "tempo dialético que progride sem se renegar e que por esta razão encontra o justo equilíbrio entre estabilidade e mudança."³⁵⁴

O futuro jurídico, assim, está contido na promessa, que, caso relacionada unicamente com a resolução de quem promete, não é nada, por mais fechada que seja a vontade; a promessa é facilmente quebrável, nesse viés. Apenas enraizada em uma socialidade prévia e relacionada com a regra da fidelidade (confiança e boa-fê) é que a promessa pode tornar-se laço social gerador de legítimas expectativas, assentadas sobre um fundo de confiança partilhada.³⁵⁵

Pela promessa, o futuro se torna menos imprevisível, sendo que ela supõe, logo de início, uma clara consciência do futuro, implicando, em seguida, que o Direito não mais se declina exclusivamente no modo heterônomo da lei, da tradição, da genealogia fundadora, mas dá lugar à vontade do sujeito capaz de se comprometer na primeira pessoa.³⁵⁶ Apesar disso, mesmo se associada à liberdade e à confiança, OST ainda não consegue perceber como, a partir da vontade que promete, pode surgir um laço que a mantém, razão pela qual se questiona: se a promessa não tem outra garantia além da decisão voluntária do promotor, o que garante que quem a disse não se desdiga?³⁵⁷

A vontade que compromete, enfim, deve ser capaz de criar um liame que, de alguma forma, soltar-se-ia dela para religá-la daí em diante à posição do terceiro que cria a "lei", o que OST qualifica como "algo diferente". Esse "algo diferente", "que ultrapassa e funda a instantaneidade do querer que promete", pode ser encontrado na duração da própria instituição da promessa (o ato de linguagem do compromisso) e nas condições de sociabilidade prévias, nas quais ele se insere (confiança, lealdade, boa-fê). Faz-se, destarte, uma remissão a uma temporalidade mais duradoura que o próprio compromisso. O ato de prometer dá-se, então, sobre o fundo de uma estrutura prévia de socialidade - aquela proporcionada pelo Direito, por exemplo -, que faz a ligação entre o "eu" e o "tu", gerando a obrigação de fidelidade à palavra dada, sem a qual o beneficiário não saberia "dar fé" ao compromisso.³⁵⁸

A análise do tempo futuro da promessa nos conduz, então, a redescobrir, em seu plano de fundo, um alicerce absolutamente fundamental do universo normativo (ético, jurídico e político): a *fides* romana, a "fé" constitutiva dos compromissos sociais, tanto públicos (leis, tratados), quanto privados (contratos, convenções).

³⁵⁴ OST, François. *O Tempo do Direito, op. cit.*, p. 193.

³⁵⁵ OST, François. *O Tempo do Direito, op. cit.*, p. 194.

³⁵⁶ OST, François. *O Tempo do Direito, op. cit.*, p. 196.

³⁵⁷ OST, François. *O Tempo do Direito, op. cit.*, p. 201.

³⁵⁸ OST, François. *O Tempo do Direito, op. cit.*, p. 202-203.

Uma fé cujo sentido originário e fundador não é tanto ou "da" ou "de" crença, mas de relação, de ligação interativa cuja versão positiva declina-se sobre a forma de boa-fé, geradora de "fidelidade" e de "confiança", enquanto que a "má-fé", geradora de "suspeita", "desconfiança", "perfidia" e "infidelidade", expressa sua face negativa. A esta noção originária de "fé" pode-se também relacionar a ideia de *lealdade*, cuja etimologia remete à figura da lei (lealdade, do latim *legales*), cujo sentido é o de fidelidade aos compromissos e às instituições. Desta exigência fundadora de lealdade o direito positivo esconde inúmeras pistas, quer se tratasse de lealdade constitucional, de lealdade federal, ou ainda de usos leais (ou desleais) do comércio.

(...)

A figura moderna do Estado de direito não pressupõe outra coisa, pressupõe apenas, mas essencialmente, o respeito desta confiança mútua. O autor contemporâneo Lon Fuller, ele próprio inspirado pelos trabalhos de G. Simel, explica igualmente que a própria essência do modelo da *Rule of Law* reside na certeza de que os governantes aplicarão a boa-fé ("*faith-fully*") as regras gerais que eles mesmos editaram anteriormente.

(...)

Em um regime de *Rule of Law* prevalece um contrato tácito, no fim do qual os governados só obedecerão enquanto as autoridades respeitarem, elas mesmas, as regras que adotaram (princípio "*patere legem quam ipse fecisti*"). Este contrato gera de uma parte e de outra "expectativas legítimas", expectativas normativas: estamos, doravante, no direito de esperar das autoridades que respeitem sua palavra, do mesmo modo que elas mesmas podem contar com a nossa colaboração cívica. Uma ordem jurídica não é analisada, então, como a projeção da vontade unilateral e instantânea do soberano; deve ser compreendida, antes, como um sistema durável de interações e de compromissos recíprocos baseados na confiança.³⁵⁹

Nesse sentido, a redução ou a estabilização das expectativas ou pretensões sociais, no nível temporal, equivale à normatização, podendo-se afirmar, com PIRES, "ser a temporalização da expectativa o próprio sentido da positivação do Direito."³⁶⁰ Como frisa PINTO, a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas constitui a função básica e essencial do Direito³⁶¹, como, inclusive, já foi pontuado no presente trabalho.

Conclusão a que se chega é que a seleção de expectativas, ou a sua positivação, varia de acordo com o processo histórico que a circunstancia, refletindo o crescente nível de complexidade da estrutura social, consoante novéis mecanismos de validação e de

³⁵⁹ OST, François. *O Tempo do Direito*, op. cit., p. 204-205.

³⁶⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 71.

³⁶¹ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 235 apud PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 207.

legitimação da normatividade.³⁶² E, diante da ultra complexidade das sociedades de risco contemporâneas, premente a necessidade de desprendimento de concepções monolíticas e ultrapassadas como forma de albergar as novas situações jurídicas surgidas apenas neste momento histórico específico. O Direito, assim, diante do influxo do tempo sobre as situações jurídicas, considerando a necessidade de mudança constante no ordenamento, deve, além de respeitar as clássicas fórmulas da irretroatividade e do direito adquirido, abrigar, sob o manto da proteção da confiança legítima, as expectativas legitimamente criadas nos cidadãos, até como forma de conferir coerência ao sistema como um todo. O tema vem evoluindo de maneira tímida no Brasil, não sem inestimáveis contribuições de juristas à frente de seu próprio tempo.

FRANÇA observa que, desde a fase pré-científica da matéria atinente ao conflito de leis no tempo, ainda em tempos medievais, já se aludia às expectativas de direito, ao se delinear a noção do *Jus Quaesitum* como aquela que *expectat perfectionem et complementum a facto futuro*.³⁶³ A matéria, contudo, foi inteiramente reelaborada na contemporaneidade por autores clássicos, e, muito embora seja possível lhes notar uma identidade na intuição sobre o assunto, as fórmulas exaradas são bastante distintas, como a de BLONDEAU (critério das fortes e fracas esperanças)³⁶⁴ e a de LAURENT (tese do interesse social)³⁶⁵.

O tema das expectativas, entretanto, é quase sempre tratado como mero apêndice do "direito adquirido", no sentido de excluí-las de qualquer proteção jurídica pelo simples fato de não ter se completado o fato aquisitivo do direito. Trata-se da concepção clássica desenvolvida em fase de discussões jurídicas nas quais não se falava em proteção da confiança, até porque o próprio direito adquirido ainda era tema de debates e de intensa e incipiente teorização dogmática. FRANÇA exemplifica o debate clássico:

Desse modo, enquanto para Pacifici-Mazzoni as expectativas "se entendem as meras possibilidades ou abstratas faculdades jurídicas de fazer, e as esperanças de obter direitos patrimoniais" para Gabba, a esta noção se chega por via indireta. Com efeito, conforme o que expõe, "qualquer que seja a índole dos fatos mediante os quais se adquirem os direitos, é princípio geral o de que os fatos aquisitivos se devem verificar por inteiro, antes que se possam dizer adquiridos os direitos que os

³⁶² PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 71.

³⁶³ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 214-215.

³⁶⁴ BLONDEAU H., *Essai sur ce qu'on appelle Efet Rétroactif des Lois*. Tomo VII, Themis Belgique. Paris, 1825, p. 349 e ss. *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 215.

³⁶⁵ LAURENT, L., *Principes du Droit Civil Français*. 3. ed., Bruxelas, Paris, 1878, p. 226 *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, *op. cit.*, p. 215.

mesmos fatos são destinados a produzir." Ora, sempre que tais fatos não se verificarem por inteiro, estamos diante de mera expectativa.³⁶⁶

O jurista noticia que a situação da doutrina pátria não é diferente: muitos autores somente se referem ao direito adquirido, sem tecer quaisquer considerações acerca da expectativa, além de outros que, mesmo referindo-a, não apresentam sequer um esboço de conceito.³⁶⁷

PIRES não diverge da conclusão de FRANÇA ao afirmar que, "tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência colocam a expectativa de direito em campo distinto do reservado ao direito adquirido e negam a ela proteção a título de segurança jurídica, sendo a categoria tratada com ênfase por teóricos da concepção subjetivista". Afirma, contudo, que o direito adquirido e a expectativa de direito estão conectados a um mesmo núcleo conceitual, o das faculdades jurídicas, sendo que um se liga a prerrogativas concretamente consideradas, e outro, a faculdades abstratas ou vertidas para a possibilidade de concretização.³⁶⁸ Certamente que a expectativa, revelando legítima esperança ou desejo, não concretiza a faculdade perseguida, ficando na dependência da ocorrência de fato exterior, alheio à vontade do sujeito.

Como exposto anteriormente no bojo do presente trabalho, para FRANÇA direito adquirido é a "consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto".³⁶⁹ Ou, segundo TOLEDO, "direito de que se goza, não exercido na vigência da lei antiga, mas que pode exercer na vigência da lei nova, ainda que tenha ela o modificado ou extinto".³⁷⁰ Nessa toada, repisa-se que somente há direitos adquiridos no momento em que as situações jurídicas já estão produzindo os seus efeitos, o que significa asseverar sua inexistência na fase de criação da situação, como afirma TOLEDO:

Nesse momento [inicial, de criação da situação jurídica], como o sujeito já iniciou a formação da situação jurídica, tendo-se valido do amplo direito de agir que a liberdade jurídica incondicionada lhe fornece ou de uma das faculdades jurídicas que a ordem jurídica lhe oferece, o que há é expectativa de direito.³⁷¹

³⁶⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 215.

³⁶⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 215.

³⁶⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, op. cit., p. 207.

³⁶⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 208.

³⁷⁰ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 175.

³⁷¹ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 205.

MENDONÇA igualmente destaca a mencionada característica da expectativa de direito, "que resulta de um fato aquisitivo que se achava ainda incompleto quando entrou em vigor a lei nova, a qual, portanto, não gera direito adquirido em princípio, não ficando, então, ao abrigo da ação da lei nova."³⁷² Nas palavras de CARVALHO SANTOS:

O direito adquirido já se integrou ao passado, enquanto que a mera expectativa depende de acontecimentos futuros para poder se converter em verdadeiro direito.³⁷³

FARIA, um dos expoentes da doutrina clássica do Direito Intertemporal, define a expectativa como simples aspiração, não traduzindo direito algum, entendido como definitivo.³⁷⁴ PORCHAT, por sua vez, considera a expectativa uma "esperança de um direito que, pela ordem natural das coisas, e de acordo com uma legislação existente, entrará provavelmente para o patrimônio de um indivíduo, quando se realize um acontecimento previsto."³⁷⁵ MAXIMILIANO, a seu turno, observa que a expectativa de direito "se verifica toda vez que um direito desponta, porém lhe falta algum requisito para se completar".³⁷⁶

FRANÇA lembra que, nesse momento, é necessário considerar que a expectativa supõe a existência de uma lei em que se funde. Sem isso, haveria apenas um desejo, uma aspiração abstrata, mas não uma expectativa de direito. A expectativa, portanto, pode ser entendida como sendo um direito em vias de ser concretizado ou, em outras palavras, um direito que pode vir a ser adquirido, pois já existe uma lei que a estriba. Assim, de acordo com o jurista, "a diferença entre Expectativa de Direito e Direito Adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo". O fato aquisitivo específico não consiste apenas no fato particular, ou seja, no fato exterior à lei, pois ele também pode ser encontrado na própria lei, quando se tratar de direito adquirido por "virtude direta da própria norma legal."³⁷⁷

Certamente, em alguns casos, ainda que o fato que vá gerar o direito adquirido (*fato aquisitivo específico principal*) conste da lei, só haverá aquisição efetiva quando

³⁷² MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, op. cit., p. 278.

³⁷³ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1972, v. 1, p. 41 *apud* MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, op. cit., p. 279.

³⁷⁴ FARIA, Bento de. *Aplicação e Retroatividade da Lei*. Rio de Janeiro, 1934, p. 72, *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 216.

³⁷⁵ PORCHAT, Reynaldo. *Da retroatividade das leis civis*. São Paulo, 1907, p. 30, *apud* FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 216.

³⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 45.

³⁷⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 217.

houver o preenchimento de um determinado requisito exterior. Isso ocorre, por exemplo, quando se fala em capacidade: só haverá direito adquirido se cumpridos requisitos outros, como a idade do sujeito e sua sanidade mental, *verbi gratia*. Desse modo, caso o fato gerador do Direito estiver consubstanciado apenas e tão somente na lei, não havendo nenhuma dependência de requisitos externos, não existirá a possibilidade de expectativa de direito, pois “o Direito Adquirido exsurge direta, imediata e exclusivamente do próprio mandamento legal”.³⁷⁸

No entanto, com relação a todas as outras hipóteses em que a configuração do Direito dependa – além do fato gerador legal – de um requisito exterior, existirá mera expectativa sempre que este não esteja presente ou esteja incompleto, segundo o entendimento de FRANÇA:

o seguinte conceito genérico de Expectativa de Direito que se deve antepor ao de Direito Adquirido: Expectativa é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico.³⁷⁹

PONTES DE MIRANDA não acolhe o termo “expectativa”, por entender que este é um equívoco da doutrina e que, mesmo quando classificado em expectativa e mera expectativa, não perde sua equivocidade. De acordo com o jurista, “nem toda expectativa significa que alguém, — que espera, que espera, que tem por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de certo direito, — já tem direito expectativo ou pretensão expectativa”.³⁸⁰

Para melhor se fazer entender, PONTES DE MIRANDA recorre a variados graus de intensidade da espera, como forma de definir sua força. A segurança, que advém da probabilidade, é menor do que a resultante de posição jurídica que constitui degrau para a aquisição de um direito:

A segurança, que advém da *probabilidade*, é menor do que a resultante de *posição jurídica* que constitui degrau para a aquisição. Os degraus podem não ser posições jurídicas. A diferença é evidente entre a expectativa que tem (ou, melhor, em que está) o que, se *A* morresse agora, seria herdeiro, e a expectativa de quem obteve promessa de venda de prédio (pré-contrato). O direito desse pré-contratante consiste em crédito de contrato, pois que se lhe prometeu contrato de venda e compra, e o direito expectado é a venda e compra. A expectativa enche-se com o

³⁷⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 217.

³⁷⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, op. cit., p. 217-218.

³⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 282.

fato de já estar no patrimônio do expectante o degrau para a aquisição do direito. Há direito a adquirir direito. É erro dizer-se, como A. von Tuhr (Der Allgemeine TeU, 1, 182), que tais expectativas podem ser assimiladas a direitos subjetivos. Há, em verdade, direito subjetivo, ou pretensão, ou mesmo ação, de que a expectativa é sombra para a frente; porém a expectativa mesma não pode ser assimilada a direito subjetivo, ou à pretensão. Se há, por exemplo, pré-contrato de venda e compra, a expectativa de venda e compra não é assimilável a direito subjetivo, ou à pretensão, ou à ação: o que é direito subjetivo é o direito obrigacional, que nasceu do pré-contrato, com as pretensões e ações correspondentes. Entre esse direito subjetivo e o futuro direito subjetivo do adquirente futuro do prédio, ou outro objeto comprado, não há senão o exercício da pretensão ou da ação pelo titular daquele, ou a execução voluntária da promessa de venda e compra. A expectativa passa-se no foro psíquico, individual, do promitente-comprador, titular do direito à venda e compra, e não no mundo dos direitos, que é objetivo-subjetivo social. Dizer-se que, embora falte ao titular a atuação de vontade atual, que só lhe exsurdirá depois da aquisição do direito expectado, a expectativa já está protegida e — o que é característico do direito subjetivo — a defesa *dela* depende da vontade do titular e essa é deixada a seu talante, é confundir os conceitos jurídicos de direito subjetivo à formação de direito e de direito que nasce do exercício de direito subjetivo à formação de direito e o conceito extrajurídico, intra-individual, de expectativa. A expectativa não se desenrola no mundo jurídico, porém, tão-só, nos espíritos dos que estão em expectativa de adquirir (expectativas positivas), ou de perder para alguém (expectativas negativas), ou de assistir à aquisição ou perda por outrem (expectativa neutra ou contemplativa).³⁸¹

É, portanto, incorreto afirmar que, sendo relativamente insegura a possibilidade de aquisição, a expectativa perde seu caráter de direito, passando a ser considerada "mera expectativa", pois "a diferença não é entre expectativas, porque expectativas são apenas sombras; mas entre direito, que produz sombra, e fato, que também a produz."³⁸² Em suma, conclui o mestre alagoano:

Não é direito expectativo a expectativa de direito, que não se contém em direito já existente. O titular do direito expectativo é pré-titular do direito expectado. A segurança em que o fato se dê apenas torna mais provável a aquisição do direito expectado, razão por que não há de servir a nomear o direito expectativo, que pode existir independentemente de toda segurança: se *a*, então *b*. A proteção ao direito expectativo, se o há, é a mesma. O oferente não tem direito expectativo, nem direito formativo gerador: o que ele espera, sem direito a esperar, é a aceitação; a aceitação é que lhe dará direito, direito formado, e não formativo gerador, ou expectativo. Diz-se, então, que o oferente tem a *simples expectativa*, coisa diferente de direito expectativo. A expectativa, aí, não é direito.³⁸³

A diferenciação é extremamente relevante, conforme pontua PIREZ: as meras expectativas de direito, apesar de lindeiras ao direito adquirido, excluem-se *a priori* da

³⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V, *op. cit.*, p. 283.

³⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V, *op. cit.*, p. 284.

³⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V, *op. cit.*, p. 286.

proteção contra a retroatividade das leis, uma vez que a mera frustração de esperanças, não interferindo na patrimonialidade sequer moral do sujeito, é fato estranho ao campo dos conflitos de leis no tempo. Entretanto, não se pode dizer que as expectativas sejam excluídas das cogitações do Direito Intertemporal como ampla disciplina do entretempo, visto que, "a depender de ponderação das expectativas em jogo, isto é, do grau de expectativa que motivam, devem ser abrigadas nos compartimentos do Direito Transitório, o de definição de regras de adaptação para o entretempo não conflitual".³⁸⁴

TOLEDO compartilha do entendimento ao afirmar que, tratando-se de mera expectativa de direito, a lei nova incide imediatamente, modificando-a ou mesmo extinguindo-a, por suplantar a situação jurídica que se encontrava em processo de formação, ressalvando, contudo, que a rigidez do efeito imediato, puro e simples, pode ser quebrada em prol da *ratio legis* motivadora dos quatro princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: o princípio da irretroatividade das leis, o princípio da certeza jurídica, o princípio da segurança jurídica e o princípio do direito adquirido. E emenda:

Quando uma situação jurídica subjetiva tem sua formação iniciada, independente de ser contratual ou legal, devido ao seu caráter vantajoso, ela levanta no sujeito expectativas e esperanças de vê-la concretizada que podem assumir relevância e repercussão sociais tamanhas que, sua desconsideração poderia conduzir a uma prejudicial instabilidade jurídico-social, a qual demanda então a formulação de normas de transição. São essas inseridas nos artigos da nova lei, concedendo determinado prazo para os titulares dos direitos afetados se conformarem à nova lei ou estipulando efeitos diferenciados da nova lei aos titulares de direitos por ela atingidos, mediante seu tratamento distinto, conforme a situação jurídica em que se encontravam quando da sua entrada em vigor.

Nota-se, assim, que, em momentos de mudanças substanciais da normatividade jurídica, ao legislador impõe-se o dever de ponderação das expectativas de direitos em jogo, para que se possa evoluir em patamares de justiça com a razoável garantia da estabilidade jurídico-social, como alerta PIRES.³⁸⁵

De fato, perplexidade maior que lidar com expectativas simples, que sabidamente não atraem, por si sós, os arranjos da segurança jurídica, revela-se em circunstâncias nas quais a expectativa, apoiada em situação jurídica originária potencializadora de outras, transcende o plano de faculdades abstratas, vislumbrando-se não a quebra de esperanças, senão do próprio direito derivado, a

³⁸⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 214.

³⁸⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 214.

justificar o tratamento da questão no campo da intertemporalidade conflitual. Os arranjos tradicionais passam ao largo dessas perplexidades.³⁸⁶

Percebe-se, pois, o desacerto da doutrina clássica, consoante ensinamentos de VILHENA, que encarava o direito adquirido como um conceito estático, rígido, e não como posição jurídica dinâmica, cambiante na intensidade de asseguramento e consecução de um bem, que a ordem jurídica, menos ou mais, localiza em determinada titularidade.³⁸⁷ O eminente professor chega a afirmar que "a lei do menor esforço", apta a estratificar em soluções apressadas o conteúdo jurídico do asseguramento de efeitos na formação e perfeição dos direitos, retém ponderável parcela da doutrina e da jurisprudência na consideração clássica da matéria, "segundo a qual a incorporação de bens jurídicos no patrimônio da pessoa não comporta uma gradativa escalada de apresamento e de fixação."³⁸⁸ O chamado exame simplista é muito bem sumariado por VILHENA, ao afirmar que esse reduz as dobras de estruturação do tema e, longe de atentar para a advertência de LEHMANN-HÜBNER, tomada a RAISER³⁸⁹, que, conceitualmente, não existe um tipo unitário de expectativa de direito, esmaece toda a sua virtualidade eficaz na figura da simples expectativa, daí saltando, como a um polo oposto, para os direitos adquiridos, sem qualquer gradação.

O jurista, em reação à doutrina monolítica e dualista, afirma então que os “direitos expectados” surgem quando para a aquisição de um *status* se depende do preenchimento de uma série de requisitos que se processam em um período de tempo, aproximando o titular do direito expectado cada vez mais das benesses prometidas pelo Estado:

Do campo das relações jurídicas simples, geradas em obrigações e direitos unitários e cujas projeções, como expectativas, se exaurem mais prontamente na esfera da autonomia da própria vontade que as articula, chega-se ao status, como verdadeira *qualitas juris* em atuação no tráfico jurídico e que se compõe em conteúdos autônomos e homogêneos de relações jurídicas agrupadas.

Extrai-se sua configuração de uma posição da pessoa, em face da incidência de um feixe de normas jurídicas gerais e previamente dispostas.

³⁸⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, *op. cit.*, p. 215-216.

³⁸⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário. *Revista de Informação legislativa do Senado Federal*, v.8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. de 1971, p. 17. Disponível em: < www.senado.gov.br > Acesso em: 20 mai. 2011.

³⁸⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário, *op. cit.*, p. 11-12.

³⁸⁹ LEHMANN-HÜBNER. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966, 16. Auflage, S. 93 *apud* VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário, *op. cit.*, p. 12.

Se, como alude JELLINEK, se agarra no indivíduo e constitui em seu perímetro a personalidade (...), o status indica uma reunião de aptidões jurídicas em simetria, que se formam e se movimentam dentro de especiais círculos de ação, para a realização e tutela de interesses especificamente qualificados e o mais nítido asseguramento da efetividade jurídica ali visada.

Com significar associado a uma classe particular ou grupo ao qual aderem especiais capacidades, vinculações e imunidades (...), o status importa na ocorrência de uma complexidade de direitos e deveres, cujo tratamento, no que concerne a determinadas garantias jurídicas, não pode prescindir da natureza reflexa que preside o tráfico das posições jurídicas que em seu círculo perceptivo constantemente se movem.

Se pressupõe um conjunto de obrigações e legitimações (...), seu aspecto unitário, sob pena de desfigurar-se, acha-se a todo o momento provido de fundamentais suportes jurídicos, com força centrípeta, que têm por fim garantir, como tutela, a incolumidade dos interesses explicadores de sua criação pela ordem jurídica.³⁹⁰

Nos dizeres de PONTES DE MIRANDA, surge aí um justo "direito a adquirir direito."³⁹¹ DERZI não desentoa da formulação, que não poderia ser mais atual:

(...) o *status*, como verdadeira *qualitas iuris*, é um complexo unitário de deveres e direitos que se entrecruzam e onde se entrelaçam direitos constituídos e em formação, como sequência não passível de rompimento (...)³⁹²

Nesse diapasão, necessário conferir proteção à boa-fé e à confiança de quem crê nas promessas estatais, pautando sua vida em tal crença. Em suma: em vez da bipolaridade rígida – direitos adquiridos, totalmente intangíveis pelo direito novo – contraposta às meras expectativas de direito – frágeis diante de novéis regramentos –, propõe-se um ponto médio, de equilíbrio, como forma de albergar as expectativas legítimas, ou direitos expectados.

Como afirma VILHENA, desde a expectativa, o destinatário da tutela jurídica traz uma mais ou menos assegurada perspectiva de acesso a um direito subjetivo: "se a maior ou menor segurança de incorporação do bem jurídico no patrimônio do legitimado parte do campo de precisão estabelecido na norma jurídica, significa isto que a norma confere ao titular daquele bem um maior ou menor poder de disposição de seu conteúdo (material) e de preservação ou de defesa da sua efetividade (formal)." Assim, tem-se que o titular do direito expectado, conforme a intensidade de poder jurídico que lhe conferiu o feixe de normas e sua projeção, é necessariamente também titular de uma pretensão à

³⁹⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário*, *op. cit.*, p. 12-13.

³⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V, *op. cit.*, p. 285.

³⁹² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Seguridade Social: problemas financeiros e soluções na Constituição de 1988*. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 02, p. 21-42. São Paulo, 1993, p. 40.

consecução do direito pleno; "tais posições jurídicas são definidas como direitos, ainda que expectados, e não como simples expectativas."

A contribuição de VILHENA vem sendo decisiva para que os direitos expectados passem a constituir parte do arcabouço jurídico-protetivo consagrado pela Constituição de 1988, como pondera MENDONÇA:

Entendemos que os chamados direitos expectados merecem amparo em decorrência do próprio texto constitucional (inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal), o que reforça a colocação já feita aqui de que a evolução da realidade normativizada recomenda que o texto constitucional não contenha definições fechadas quando consagra direitos e garantias individuais. Os chamados direitos expectados cabem perfeitamente dentro do conceito de direito adquirido constante do dispositivo constitucional aqui mencionado, pela razão que Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena deixa clara no texto de sua lavra (...). Afinal, como ressalva o mesmo autor, não pode prevalecer apenas o raciocínio clássico-individualista que o direito privado modelou segundo o qual a "incorporação de bens ao patrimônio da pessoa não comporta uma gradativa escala de apresamento e de fixação." Os direitos expectados situam-se entre os direitos adquiridos propriamente ditos e as expectativas de direito, estas últimas não tuteláveis.³⁹³

Para o nascimento da expectativa legítima de direito (ou direito expectado), baseada na confiança, pressupõe-se, destarte, a boa-fé do interessado e o tempo social, complexo, decorrido para sua aquisição: conforme assevera DERZI³⁹⁴, a confiança não significa mera esperança, mas implica expectativa confiável, que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia.

Desse modo, a confiança projeta a simples expectativa para além dos fatos passados, para além da experiência específica, das informações obtidas, generalizando-se para outros casos similares e desconhecidos. Segundo LUHMANN, o processo de generalização das expectativas possui três aspectos: (1) indica o deslocamento parcial das experiências concretas para o "interno"; (2) indica um processo de aprendizagem, que se institucionaliza; (3) suporta uma resolução simbólica dos resultados do ambiente.³⁹⁵

Nesse sentido é que as expectativas de direito merecem proteção fundada na ideia básica do princípio geral da proteção da confiança legítima no Estado Democrático de Direito pós-moderno, decorrência do sobreprincípio da segurança jurídica, como demonstrado no decorrer deste trabalho: em virtude desse mecanismo defensivo do direito material, contraprinípio do poder estatal, e em face das possíveis mutações dos regramentos e dos compromissos firmados, se uma pessoa de direito privado diligente e de boa-fé,

³⁹³ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*, op. cit., p. 190-191.

³⁹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 329.

³⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Confianza*, op. cit., p. 47.

demonstrando confiança, fia-se ao comportamento de um órgão público e se mantém fiel à linha de conduta crida, as autoridades devem, por sua vez, levar em conta as expectativas legítimas criadas, sendo que tal pessoa deve sofrer os menores inconvenientes possíveis em caso de mudança de entendimento, diga-se, as autoridades não devem prevaricar, rompendo a confiança gerada através de mudanças sem prévio aviso e de maneira brutal dessa linha de conduta.³⁹⁶

Nessa linha, a boa-fé é requisito essencial à transmutação das "meras expectativas" em direitos expectados (*rectius*: expectativas legítimas), pressuposto que deve permear a formação dos fatos jurídicos que conduzem ao respaldo da confiança, o que será analisado a seguir.

4.2 A proteção da confiança na formação dos fatos jurídicos: a expectativa legitimada pela boa-fé

Todo o ordenamento jurídico oferece um estado de confiança mínima aos indivíduos, como aponta TÔRRES, enquanto fim sistêmico a ser atingido pelos meios que lhe confere o sistema normativo.³⁹⁷ A segurança jurídica, então, extraída do sobreprincípio do Estado de Direito, transmuta-se ela mesma em sobreprincípio com o fito de satisfazer as exigências mínimas de acessibilidade, estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico, como já destacado no curso do presente trabalho. A consolidação de tal confiabilidade sistêmica, contudo, depende, em muito, da temporalidade, apta a definir a graduabilidade da confiança gerada, como pontuado no tópico precedente, dependendo, igualmente, da boa-fé, a imantar a relação desenvolvida entre cidadão e Estado, possibilitando a proteção jurídica da expectativa de direito daí advinda.

De tal maneira, a qualificação atribuível à expectativa, capaz de transformá-la de "mera expectativa" em "legítima expectativa", pode ser sumariada por meio da fórmula: "tempo + boa-fé objetiva". Assim, o indivíduo que adquirir um *status* de confiança, mediante a mencionada qualificação, poderá demandar positivamente do Estado a proteção de sua expectativa, legitimada pela atuação estatal em sua esfera pessoal, desencadeadora de boa-fé.

³⁹⁶ CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, op. cit., p. 297.

³⁹⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 363.

A teoria do *status*, desenvolvida por JELLINEK, auxilia na compreensão da aptidão que o tempo, cumulado à boa-fé, confere ao indivíduo no sentido de possibilitar *in concreto* a sua justa inconformidade diante de situações geradas por atos ou omissões estatais que atinjam as suas expectativas, legitimadas pelo próprio Estado, a quem seria, portanto, defeso ignorá-las. Isso porque JELLINEK procurou reunir todas as posições ou situações jurídicas abstratamente atribuídas pelos direitos fundamentais aos cidadãos sob o rótulo de *status*, ou seja, um vínculo indivíduo-Estado que dá ao cidadão a qualidade de “ser jurídico”, em vez de simplesmente um “ter jurídico” individual.³⁹⁸

Desse modo, quando estiver subordinado ao poder público como detentor de deveres para com o Estado, fala-se em *status passivo* do cidadão. Em outros momentos, o Estado deverá respeitar a autodeterminação do indivíduo, configurando-se o *status libertatis*. Já o *status activus* estará configurado quando o indivíduo adquirir competências para influir sobre a formação da vontade estatal, correspondendo tal posição ao exercício dos direitos políticos, manifestados principalmente por intermédio do voto e da representação parlamentar. E, finalmente, quando o indivíduo estiver em posição de exigir do Estado atuação positiva em seu favor, terá lugar o *status positivus*.

O que se deseja pontuar é que a presença de uma base de confiança legítima faz com que o sujeito de direito adquira, mediante a expectativa legitimada pelo tempo e pela boa-fé, um *status positivus* diante do Estado, uma vez que se torna possível que aquele que confia tenha condições de exigir de qualquer dos Poderes estatais a proteção de suas expectativas (normalmente através do Poder Judiciário). E, nesse diapasão, avulta a importância da boa-fé como elemento qualificador da confiança a ser protegida em concreto.

Como pondera TÔRRES, a boa-fé, ao longo dos séculos, assumiu uma presença muito firme nas relações contratuais, e daí emergiu a sua expressiva aplicação, preferencialmente à confiança, a princípio apenas nas relações privadas e, posteriormente, estendida a todos os ramos jurídicos.³⁹⁹

Como noticia CORDEIRO, o instituto da boa-fé já se expressava no sistema jurídico romano: a *bona fides* romana fundava-se em critério subjetivo, pelo qual “quem estivesse de boa-fé (= desconhecesse lesar outrem) beneficiaria de regras mais

³⁹⁸ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Recht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1995 *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141

³⁹⁹ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, *op. cit.*, p. 369.

favoráveis”.⁴⁰⁰ A aplicação do mecanismo implicava, pois, necessariamente, a análise psicológica do sujeito, na medida em que o estado de desconhecimento, isto é, a ausência de consciência em prejudicar outrem era intrínseca à atuação de boa-fé.

A *bona fides* tomou feição peculiar no Direito canônico, no qual, além do estado de ignorância, a conduta de boa-fé exigia a “ausência de pecado”.⁴⁰¹ Nota-se, dessa forma, que a concepção do instituto no Direito canônico era impregnada de caracteres subjetivos, bem como éticos, de fundo religioso.

Já no que tange às codificações da idade contemporânea, CORDEIRO aponta que o Código de Napoleão tratou a boa-fé sob dois aspectos ou “alcances”:

o alcance subjetivo, pelo qual a boa-fé corresponde a um estado de ignorância do sujeito, que merece, do Direito, a concessão de um regime mais favorável, e o *alcance objetivo*, de raiz jusracionalista, em cujos termos a boa-fé reforça o vínculo contratual.⁴⁰²

Também o Código Civil alemão procedeu a tal diferenciação, tratando da boa-fé, em sentido subjetivo, como a ignorância em lesar alguém e, em sentido objetivo, como regra geral norteadora da conduta dos sujeitos no cumprimento de suas obrigações. A seu turno, o Direito português acolheu, inicialmente, apenas a dimensão subjetiva de boa-fé. Com o Código Civil de 1966, contudo, a boa-fé em sentido objetivo foi explicitamente consagrada em Portugal.⁴⁰³

Já no Direito brasileiro, a boa-fé consagrou-se somente no Código Civil de 2002 como princípio geral do Direito Contratual, conforme estatui o seu artigo 422.⁴⁰⁴

Pois bem. A boa-fé subjetiva, conforme expõe CORDEIRO, remete a um “estado do sujeito”, que pode caracterizar-se, em geral, por um desconhecimento de certos fatos, ou pela consciência de certos fatores. Distingue o autor dois sentidos em que se pode empregar a boa-fé subjetiva:

- um sentido *puramente psicológico*: estaria de boa-fé quem pura e simplesmente desconhecesse certo facto ou estado de coisas, por muito óbvio que fosse;
- um sentido *ético*: só estaria de boa-fé quem se encontrasse num desconhecimento não culposo; noutros termos: é considerada de má-fé a pessoa que, com culpa, desconheça aquilo que deveria conhecer.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 2 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 225.

⁴⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁰² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁰³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 227.

⁴⁰⁴ "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

A par disso, a boa-fé em sentido subjetivo compreende muitas vezes a ausência de malícia, a intenção benevolente, caridosa, dirigida no sentido de contribuir positivamente à relação contratual. Nesse contexto, estaria de boa-fé o contraente cuja intenção, livre do dolo de lesar, volta-se para a realização do contrato da forma mais proveitosa para ambas as partes.

Contrapõe-se à boa-fé em sentido subjetivo, portanto, a má-fé, caracterizada pelo propósito de causar dano à outra parte, ou de obter em prejuízo dessa vantagem indevida ou exacerbada, como alerta MARTINS-COSTA.⁴⁰⁶ Em suma, conforme pondera AZEVEDO, a boa-fé subjetiva compreende um “estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção, ou falta de intenção de alguém”.⁴⁰⁷

Por outro lado, a boa-fé objetiva remete a um parâmetro de conduta imposto a ambos os contraentes. Conforme enuncia MARTINS-COSTA, tal parâmetro remete aos deveres:

de lealdade, de cuidado, de previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese da responsabilidade pós-contratual.⁴⁰⁸

Observa-se que a boa-fé objetiva não se fundamenta em uma análise psicológica ou volitiva dos contratantes, como a boa-fé subjetiva. Pelo contrário, tem como base certos padrões de conduta externos às partes, impostos pelo ordenamento jurídico de forma heterônoma.

A boa-fé objetiva atua, destarte, como regra imposta a partir do exterior, que as pessoas devem observar. Em alguns casos, a boa-fé surgirá como corretivo de normas suscetíveis a comportar uma aplicação contrária ao sistema, enquanto em outros ela irá se concretizar como regras de atuação, como leciona CORDEIRO. Por sua vez, na boa-fé subjetiva está em causa um estado do sujeito, caracterizado ora como um mero

⁴⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, op. cit.*, p. 229.

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

⁴⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 3, 1992.

⁴⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 635.

desconhecimento ou ignorância de certos fatos, ora pelo desconhecimento sem culpa ou ignorância desculpável, ora pela consciência de determinados fatores.⁴⁰⁹

Nesse sentido é que MARTINS-COSTA afirma que a boa-fé deve ser entendida como “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.⁴¹⁰

Da mesma forma, para NORONHA a boa-fé carrega a eticidade ao Direito Contratual ao impor uma conduta fundada na lealdade, na confiança, na lisura, na retidão e na mútua consideração entre os contraentes.⁴¹¹

USTÁRROZ, por sua vez, ressalta que a boa-fé, como regra geral de conduta cooperativa e leal, visa à proteção da confiança entre os contratantes, “que podem contar com um comportamento correto de seu companheiro durante todo o *iter* obrigacional, nas fases pré e pós negociais, inclusive”.⁴¹² Nas palavras de REALE:

a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.

(...) [a boa-fé] apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.⁴¹³

Entretanto, como é sabido, a boa-fé impregna não só o Direito Privado, mas assume a condição de verdadeiro princípio geral, aplicável a todos os ramos jurídicos, ideia sumariada por LARENZ:

A defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfego jurídico e especialmente nas relações jurídicas especiais. Em razão disso, o princípio (da boa-fé) não é limitado às relações jurídicas obrigacionais, mas que se efetiva segundo entendimento hoje pacífico, como um princípio geral do direito, aplicável sempre onde exista ou esteja preparada na relação jurídica especial.

⁴⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, op. cit.*, p. 228.

⁴¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional, *op. cit.*, p. 411.

⁴¹¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

⁴¹² USTÁRDOZ, Daniel. Novo Código Civil: o Contrato no Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v.4, n.19, setembro-outubro 2002, p. 153.

⁴¹³ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. São Paulo, 16 de agosto de 2003. Disponível em: <www.miguelreale.com.br> Acesso em: 02 mai. 2011.

Diante desses requisitos, assim, também no Direito das Coisas, no Processo Civil e no Direito Público.⁴¹⁴

Nesse sentido, nas palavras de TÔRRES, "protege-se a confiança do administrado perante a Administração quando o comportamento do primeiro está de acordo com os parâmetros de boa-fé objetiva, com aplicação do princípio de proteção das expectativas de confiança legítima", por exemplo.⁴¹⁵ Ora, não se pode conceber que, em um Estado democrático, o agir de boa-fé objetivamente manifesto ou segundo expectativas de confiabilidade na própria ação estatal não surta nenhum efeito. O princípio da boa-fé, portanto, desempenha o importante papel de promoção da chamada "tutela da confiança".

De acordo com CORDEIRO, a confiança das pessoas é importante objeto de tutela pelo ordenamento jurídico, especialmente em uma sociedade em que se privilegia a movimentação de bens, pessoas e serviços, com a conseqüente necessidade de se estabelecer a aclamada segurança jurídica nas relações interpessoais⁴¹⁶: a confiança é "um elemento imprescindível à manutenção do grupo social", e, "na sua falta, qualquer sociedade humana se esboroa". Isso porque na base de todos os investimentos econômicos ou sociais deve haver o fator "credibilidade"; afinal, "ninguém dá hoje, para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações".⁴¹⁷

De acordo com CORDEIRO, são quatro os pressupostos para que a tutela da confiança se efetive no Direito Privado, requisitos que podem ser transpostos, sem maiores esforços, ao Direito Público: (a) uma situação de confiança, que seja própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; (b) uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos que, abstratamente, sejam capazes de provocar uma crença plausível; (c) um investimento de confiança, que consiste em haver, da parte do sujeito, um assentar efetivo das atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; (d) a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante: a pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fator objetivo que a tanto conduziu.⁴¹⁸ Para o Professor lusitano, a situação da confiança pode, em regra, ser expressa pela ideia de boa-fé subjetiva, uma vez que a posição da pessoa que não adira à aparência ou que o faça

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 148 *apud* TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, *op. cit.*, p. 368.

⁴¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, *op. cit.*, p. 368.

⁴¹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 233.

⁴¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 237.

⁴¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, p. 235.

com desrespeito de deveres de cuidado merece menos proteção, de modo que quem age negligentemente, sem as cautelas necessárias, não pode invocar a tutela da boa-fé.

A justificação da confiança, por sua vez, requer que esta tenha se alicerçado em elementos razoáveis, passíveis de provocar a adesão de uma pessoa em condições normais. O investimento de confiança exige que o sujeito a ser protegido tenha, efetivamente, desenvolvido toda uma atuação baseada na própria confiança, que não possa ser desfeita sem que haja prejuízos inadmissíveis. Uma confiança apenas e tão somente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requereria proteção, destarte.

Por fim, a imputação da confiança implica a existência de um autor a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Em outras palavras, significa que a confiança de um sujeito acarretará, via de regra, ônus a outro sujeito. É necessário que esse sujeito que se onera seja responsável pela situação criada, de algum modo.

(...) os requisitos para a proteção da confiança articulam-se entre si nos termos de um *sistema móvel*. Isto é: não há, entre eles, uma hierarquia e não são, em absoluto, indispensáveis: a falta de algum deles pode ser compensada pela intensidade especial que assumam alguns – ou algum – dos restantes.⁴¹⁹

Nota-se, pois, que a boa-fé e o princípio da proteção da confiança se aproximam quase a ponto da identidade, razão pela qual – ainda que em contexto diverso deste – já se afirmou que a confiança seria um subprincípio da boa-fé objetiva.⁴²⁰

De acordo com MAFFINI, o princípio da proteção da confiança se desenvolveu, em alguns países, em grande parte pela identificação com o princípio da boa-fé objetiva. Da mesma forma, há no Brasil diversos trabalhos que aproximam a boa-fé em sentido objetivo ao significado que há de ser destinado ao princípio da proteção da confiança, como é o caso de trabalhos como “A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública”, de José Guilherme Giacomuzzi⁴²¹, e “O princípio da boa fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro”, de Edílson Pereira Nobre Júnior⁴²².

⁴¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, op. cit., p. 237.

⁴²⁰ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 58.

⁴²¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002 *apud* MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 59.

⁴²² NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Safe, 2002 *apud* MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 59.

No entanto, MAFFINI sugere que entender boa-fé objetiva como sinônimo da proteção à confiança não é a solução mais adequada, mesmo que haja entre os conceitos diversas e óbvias conexões:

Com efeito, tomando-se a noção de boa-fé objetiva como imposição de conduta leal, inegável é a sua proximidade com o princípio da proteção da confiança, o qual visa, *ultima ratio*, a estabelecer um estado de tutela jurídica – direta ou indireta, positiva ou negativa – das expectativas legitimamente depositadas pelos administrados em relação às condutas, procedimentos, promessas, atos perpetrados pelo Estado em sua atividade administrativa. Nesse sentido, tendo-se por foco a necessidade de lealdade da conduta, garantidora (*ex post*) da estabilidade das relações jurídicas, os conceitos dos princípios em tela muito se aproximam.

Outrossim, a contribuir ainda mais para a proximidade de sentidos, deve-se considerar que a boa-fé objetiva se torna operativa com vistas à produção de um estado de confiança mútua. São, realmente, valores de uma mesma constelação. Há, contudo, empecilhos ao reconhecimento de identidade de tais princípios.⁴²³

MAFFINI refuta alguns critérios comumente utilizados para diferenciar boa-fé objetiva de proteção da confiança, como, por exemplo, a ideia de que a boa-fé seria um princípio aplicável apenas no âmbito do Direito Privado e que, subsidiariamente, aplicar-se-ia a proteção da confiança quando se tratasse de relações jurídicas em que o Estado se faz presente. Ou, ainda, o critério pelo qual a boa-fé objetiva seria cabível somente quando houvesse paridade nas relações jurídicas, afastando-se dos casos em que tais relações não se fundassem em termos de absoluta igualdade – como é precisamente o caso das relações de Administração Pública.⁴²⁴ No entanto, o autor entende ser correto afirmar que "a boa-fé objetiva requer um plano de igualdade em maior sentido do que em relação ao princípio da proteção da confiança legítima".⁴²⁵ Ele entende, apesar disso, que a interconexão entre a boa-fé objetiva e a proteção da confiança deve ser colocada de modo distinto:

Sendo a boa-fé objetiva um princípio que almeja um estado de coisas qualificado pela busca a condutas leais e, em relações bilaterais, pela busca de comportamentos reciprocamente leais, tal imposição se apresenta nas relações de Direito Administrativo numa via de duas mãos, tanto impondo um comportamento franco da Administração Pública para com o administrado, como impondo a reciprocidade de tal dever de lealdade, ou seja, uma conduta reta do administrado em relação à Administração Pública.

⁴²³ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 59-60.

⁴²⁴ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 51-60 *apud* MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 60

⁴²⁵ CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 273. *apud* MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 60.

A proteção da confiança, por seu turno, afigura-se uma feição mais ampla, deduzida imediatamente, da imposição de segurança jurídica e, mediatamente, do Estado de Direito, que visa à obtenção de um estado de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais. Ocorre que nem sempre tal proteção estará diretamente condicionada à boa-fé do administrado⁴²⁶. Não se trata, portanto, de uma relação necessária.⁴²⁷

O que se pretende demonstrar, portanto, é que, quando alguma confiança for desencadeada na esfera dos administrados – e, em particular, quanto ao presente trabalho, na esfera dos contribuintes –, “por conta de atos inválidos praticados pela Administração Pública de natureza concreta, individual e pessoal”, a incidência do princípio da proteção da confiança restará condicionada à boa-fé do cidadão que a invocar. Em outros termos: a boa-fé é pressuposto de incidência do princípio da proteção da confiança na proteção das expectativas ou, como afirma PÉREZ, “a boa-fé incorpora o valor ético da confiança”.⁴²⁸

Entretanto, enquanto em relação aos atos inválidos não parece haver nenhuma dúvida de que há a necessidade de que o contribuinte esteja de boa-fé, nos atos normativos de validade presumida, que sejam capazes de criar expectativas razoáveis ao contribuinte e que, a partir de sua concretização, lograrão algum benefício a este, o princípio da proteção da confiança atuará *de per se*, prescindindo de qualquer outra manifestação explícita de boa-fé dos destinatários do ato, restando essa exigência substituída, em grande parcela, pela presunção de validade do ato administrativo:

Assim, em termos de conclusão, poder-se-ia afirmar que o princípio da proteção da confiança e o princípio da boa-fé imbricam-se, numa necessária confluência para um estado de lealdade a se exigir tanto da Administração Pública quanto daqueles que são os destinatários de sua função. Entretanto, tais princípios não são portadores de um sentido absolutamente idêntico. A relação havida entre eles consiste no fato de que a proteção da confiança, sobretudo em relação a atos administrativos concretos, individuais e pessoais, terá a boa-fé do administrado como pressuposto, não como fonte (sobreprincípio) ou como resultado

⁴²⁶ “Tratando da questão no Direito Privado, ensina Gerson Luiz Carlos Branco que ‘O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso’. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.12, out./dez. 2002, p. 185).” In: MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 61.

⁴²⁷ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 61.

⁴²⁸ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, p. 53. apud MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 62.

(subprincípio). Nesse sentido, lembra-se da passagem da Judith Martins-Costa, pela qual “a confiança (*cum fides*) adjetiva-se na boa-fé (*bona fide*)”^{429,430}

A boa-fé, enfim, é pilar central do mecanismo de proteção da confiança legítima, como quer CALMES⁴³¹, a albergar as expectativas depositadas pelos indivíduos no atuar estatal:

A confiança da pessoa privada que demanda proteção defensiva [em face do Estado] só existe se essa pessoa, de boa-fé, não sabia que a "base da confiança" foi eventualmente falha. Além disso, para ser considerada legítima, é necessário que essa crença seja baseada na boa-fé, entendida como uma combinação de concepções: ela exige, de um lado, que o cidadão possa razoavelmente acreditar na base de confiança e, de outro, que, de boa-fé, ele efetivamente acreditou na estabilidade da situação. (Tradução livre)⁴³²

Assim, a despeito das situações de sobreposição, deve-se ter em mente que o princípio da proteção da confiança não se esgota com o da boa-fé objetiva, e a recíproca também é verdadeira, como frisa DERZI: "existe um espaço de atuação da boa-fé objetiva, como fontes de deveres da Administração tributária, que a proteção da confiança não alcança." Nesse viés, ambos - proteção da confiança e boa-fé -, sendo princípios constitucionais deduzidos da segurança jurídica, como valor e como princípio, integram-se em muitas circunstâncias, como ocorre com a maioria dos princípios, mas não se anulam um no outro.⁴³³

A boa-fé, assim, deve ser compreendida atualmente como princípio geral do Direito, regulador tanto das relações verticais entre governantes e governados quanto das relações horizontais entre pessoas privadas e outros Estados, elemento essencial para a configuração de legítima expectativa:

Em toda hipótese de boa-fé existe confiança a ser protegida. Isso significa que uma das partes, por meio de seu comportamento objetivo, criou confiança na outra, que, em decorrência da firme crença na duração dessa situação desencadeada pela

⁴²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. *Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 22. Porto Alegre: UFRGS, set. 2002, p. 236. *apud* MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 59.

⁴³⁰ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, *op. cit.*, p. 62-63.

⁴³¹ “*La bonne foi se révélant être, dans tous les cas, une condition centrale du mécanisme général de protection de la confiance légitime*”. (CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 240-245.)

⁴³² CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime...*, *op. cit.*, p. 245.

⁴³³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 381.

confiança criada, foi levada a agir ou manifestar-se externamente, fundada em suas legítimas expectativas, que não podem ser frustradas.⁴³⁴

Recente julgado proferido no seio do Superior Tribunal de Justiça bem ilustra a aplicação da proteção da confiança legítima, consubstanciada em ato concreto de sujeito de direito imbuído de boa-fé objetiva: a parte havia procedido ao pagamento de taxa recursal de remessa dos autos por meio de Documento de Arrecadação Judiciária (DAJ), documento diverso daquele previsto na Resolução nº 08/2002 do STJ (DARF), que, contudo, havia entrado em vigor apenas um dia antes do pagamento realizado pelo recorrente. O documento, no entanto, apresentava todas as informações processuais de forma correta e adequada, além de valor correto, tendo a parte agido de boa-fé perante a obrigação de recolher a taxa, descuidando-se somente da repentina alteração da norma interna do Superior Tribunal de Justiça, que passou a demandar o recolhimento através de outro tipo de guia de arrecadação, fator inapto a descaracterizar a situação de confiança em questão:

PROCESSUAL CIVIL. PORTE DE REMESSA E RETORNO DO RECURSO ESPECIAL. RECOLHIMENTO POR MEIO DE DAJ. RESOLUÇÃO STJ 08/2002 PUBLICADA UM DIA ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CONSIDERADO DESERTO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. AFASTAMENTO DA DESERÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

Voto do Ministro Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI:

(...) O ponto central reside em que o recurso especial ao qual se negou seguimento foi interposto em 30/08/2002 (fl. 881), enquanto que a Resolução 8/2002 desta Corte, que determinou que o pagamento do porte de remessa e retorno dos autos deveria ser recolhido mediante preenchimento de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), adotando-se como código de receita a classificação "8021 - Porte de remessa e retorno dos autos", foi publicada em 29/08/2002, ou seja, apenas um dia antes da interposição do recurso. Assim, na medida em que a mesma situação excepcional reconhecida no julgamento do paradigma está presente nesta hipótese, têm incidência os mesmos fundamentos então aduzidos:

(...)

De fato, o pagamento do porte de remessa foi realizado por meio de documento diverso do previsto na Resolução n.o 12 de 07/06/2005 desta Corte, DARF em lugar de GRU.

Entretanto, observo que os dados constantes do documento por meio do qual foi feito o pagamento identificam de forma correta o número do processo ao qual se refere, o nome e o CNPJ do contribuinte, o código da receita próprio e a comprovação do pagamento foi feita no ato da interposição do recurso (fl. 399).

⁴³⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 378.

Levando-se em conta que a referida resolução entrou em vigor apenas três dias antes da interposição do recurso - publicação no DJ de 10.06.2005 -, seria de extremo rigor considerá-lo deserto, já que todos os dados nele constantes mostram-se corretos, devendo apenas proceder-se a uma relocação financeira para que o valor recolhido tenha sua correta destinação.

(...)

Assim, nego a preliminar de deserção suscitada pela União. (STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 648.472/BA, Relator Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 09.06.2011, Publicado no DJE de 24.06.2011)

Apercebe-se, destarte, que a confiança *in concreto*, emoldurada pela boa-fé objetiva, demanda a necessidade da valoração das promessas dos agentes do Estado, de forma que as mudanças, quando necessárias, devem prestigiar a chamada justiça prospectiva, associada aos seguintes fatores: o tempo, a formação dos fatos jurídicos e a proteção da confiança.⁴³⁵

4.3 A valoração das promessas do legislador, do administrador e do juiz: a justiça prospectiva como antecipação do futuro

Retomando as ideias de OST sobre o sentido da promessa, tem-se que ela se refere ao futuro, ou melhor, representa um investimento no futuro, comprometendo aquele que promete, na medida em que, "literalmente, ela o põe 'como avalista', algo dele mesmo se põe em risco, sob o regime da auto-obrigação." O comprometimento posto por meio da promessa, assim, não é uma questão de imaginação, nem de simples esperança, nem de cálculo estratégico, é da ordem da norma - "uma norma que damos a nós mesmos."⁴³⁶

Para OST, então, a promessa é duplamente moderna: ela supõe, logo em sua origem, uma clara consciência do futuro, implicando, em seguida, que o Direito não se extrai de modo heterônomo da lei, da tradição, dos costumes, mas da vontade do indivíduo que se compromete em primeira pessoa ("eu").

A faculdade de prometer era vista por NIETZSCHE como uma marca intrínseca da humanidade: "educar e disciplinar um animal que possa fazer promessas, (...) eis o

⁴³⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. Justiça Prospectiva no Imposto Sobre a Renda, *op. cit.*, p. 164.

⁴³⁶ OST, François. *O Tempo do Direito*, *op. cit.*, p. 196.

verdadeiro problema do homem."⁴³⁷ Contra a tendência natural do esquecimento, do imediatismo, o homem tornou-se, assim, capaz de prometer, ou seja, de dar continuidade ao querer, constituindo a promessa a "memória da vontade."⁴³⁸

A faculdade de prometer, apesar disso, é eminentemente paradoxal, segundo OST:

como, de fato, criar algo normativo por seu próprio feito? Como submeter-se válida e duradouramente a uma lei da qual parecemos nós mesmos o autor? Como acreditar que se possa, assim, extrair o mais do menos? E, no plano temporal, como compreender (...) que se possa doravante "responder pessoalmente pelo futuro": logo, quem sou eu para pretender deste modo saltar por cima de meus próprios ombros e ligar-me ao futuro.⁴³⁹

A promessa de que ora se trata, entretanto, não se consubstancia na promessa pessoal ordinária, mas na promessa empenhada pelo Estado frente aos cidadãos, ou seja, trata-se de compromisso assumido pelas autoridades públicas investidas de poderes concedidos pelo Estado e, em última instância, pelo povo perante o qual elas se comprometem.

Nesse sentido, OST observa que a promessa, colocada no centro do pensamento moderno sob a forma do contrato social e no centro das relações civis sob a forma de "convenção-lei", permanece misteriosa, prestando-se a interpretações contrastadas. O autor utiliza-se, com o fito de demonstrar tal contraste, da interpretação que lhe faz, respectivamente, HOBBS⁴⁴⁰ e ARENDT⁴⁴¹: "no primeiro, a promessa, instrumento de emancipação pelo domínio do futuro, desemboca num tempo fechado e um retorno à lei da heteronomia; inspirada pelo medo do outro e o cálculo do interesse, a promessa política engendra uma ideologia securitária que acaba por confiar o poder absoluto ao Leviatã." Já em ARENDT, contrariamente, "o mesmo desejo de dominar a incerteza do futuro combina-se com a confiança no outro e com a vontade de agir de comum acordo; num clima geral de liberdade, a promessa surge como um instrumento de cooperação, engendrando uma temporalidade simultaneamente aberta e dominada."

⁴³⁷ NIETZSCHE, F. *La Généalogie de la morale*. Tradução de H. Albert. Paris: Gallimard, 1964, p. 75 *apud* OST, François. *O Tempo do Direito*, *op. cit.*, p. 196.

⁴³⁸ NIETZSCHE, F. *La Généalogie de la morale*, *op. cit.*, p. 77 *apud* OST, François. *O Tempo do Direito*, *op. cit.*, p. 196.

⁴³⁹ OST, François. *O Tempo do Direito*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁴⁰ HOBBS, T. *Léviathan*. Tradução de F. Tricaud. Paris: Sirey, 1971, p. 104 e ss. *apud* OST, François. *O Tempo do Direito*, *op. cit.*, p. 197-200.

⁴⁴¹ ARENDT, H. *Condition de l'homme moderne*. Tradução de G. Fradier. Paris: Calmann-Lévy, 1988, p. 311 e ss. *apud* OST, François. *O Tempo do Direito*, *op. cit.*, p. 197-201.

A promessa para ARENDT parece fornecer elemento ao arrefecimento do mistério que envolve o empenho da palavra, conforme assevera OST: a promessa, antes de ser um instrumento de uma razão calculadora, é instrumento da ação por excelência; "ela permite 'começar de novo', arrancar-se do 'automatismo inexorável da vida quotidiana' que nos faz 'girar em círculos'; a promessa nos subtrai à 'lei da mortalidade'". Não se trata, contudo, de buscar a proteção em um poder absoluto, como em HOBBS, mas de inscrever pela palavra que compromete e o empreendimento que dura, no domínio da ação política, tendo como objetivo reduzir a imprevisibilidade do futuro. Tal imprevisibilidade, em ARENDT, é, inclusive, positiva, estimuladora da valoração, cada vez maior, da promessa: "desde que, de fato, os homens são livres, é preciso admitir que eles tenham dificuldade em garantir o que serão amanhã; desde que dividam o mundo em comum, é preciso aceitar que esta pluralidade torna as consequências da ação individual dificilmente previsíveis."⁴⁴² É nesse cenário, que alia a liberdade do homem à pluralidade das interações, que se destaca a promessa como modalidade voluntária de colaboração:

Não se trata de fechar todas as portas do futuro e impor uma vontade idêntica, que sempre inspiraria os homens "de maneira mágica"; isso decorre, antes, de uma cooperação forte, desde que ela continue voluntária e reconduzida por seus protagonistas; tanto que irá aproximá-los desta força de interação, os que prometem irão se beneficiar desta "ampliação formidável" de suas possibilidades de ação; mas desde que se enfraqueça este "desígnio comum", seu poderio desaparecerá, o tempo entrópico retomará o lugar de destaque, e os mecanismos de coerção que se lhe poderiam opor só poderiam acrescentar opressão à incerteza.⁴⁴³

A valoração das promessas estatais, no bojo do Estado de Direito, deve repousar, assim, sobre o arcabouço constituinte da sociedade, ou seja, sobre as instituições e os princípios que a regem. Nesse quadro é que, no Estado Democrático de Direito constituído pela República Federativa do Brasil de 1988, as bases que conferem vinculatividade e força às promessas estatais se encontram justamente sobre o sobreprincípio da segurança jurídica, decomposto em seus aspectos objetivo e subjetivo, ligando-se ao senso de justiça no qual todo o ordenamento se encontra embebido.

Não se quer com isso afirmar que as mudanças nas condutas estatais se encontrem interditas, já que as alterações de entendimento são necessárias e essenciais ao próprio desenvolvimento do Direito como um todo, sob pena de uma indesejável petrificação do ordenamento jurídico, como já pontuado no presente trabalho. O que se quer

⁴⁴² ARENDT, H. *Condition de l'homme moderne*, op. cit., apud OST, François. *O Tempo do Direito*, op. cit., p. 200.

⁴⁴³ OST, François. *O Tempo do Direito*, op. cit., p. 201.

demonstrar é que as mudanças, quando inevitáveis, devem ter em conta as promessas anteriores empenhadas pelo Poder Público, nas três esferas, como forma de proporcionar o objetivo "previsibilidade" (ou calculabilidade) buscado pela segurança jurídica. Forma de emprestar vinculatividade a tais promessas públicas obtém-se através da chamada justiça prospectiva, conceito que depende da associação entre o tempo, a formação dos fatos jurídicos e a proteção da confiança, nas palavras de DERZI.⁴⁴⁴

MACHADO E CAMPOS esclarece que a justiça prospectiva não implica apenas a conjugação da justiça comutativa com a justiça distributiva: ela vai muito mais além, pois trabalha as relações do passado, do presente e, ainda, as promessas feitas no passado e continuadas no presente, projetando-as, desse modo, em relação ao futuro. Dessa maneira, abaliza o tempo futuro, irremediavelmente penhorado pela confiança já investida, oferecendo a tutela indenizatória das expectativas frustradas pela confiança traída.⁴⁴⁵

O desenvolvimento, ainda incipiente, do conceito de justiça prospectiva resulta de uma percepção de um movimento intelectual no sentido de ser cada vez mais frequente o apelo à confiança na relação Estado-cidadão, como aponta MARTINS-COSTA. Trata-se de uma confiança no seio da atividade estatal, na ação continuamente voltada à proteção das expectativas legítimas do cidadão e dos seus direitos, destacando-se os Direitos Fundamentais instrumentalmente necessários ao livre desenvolvimento da personalidade humana.⁴⁴⁶

Como já destacado ao longo do presente estudo e lembrado por MARTINS-COSTA, tal apelo frequente a essa nova fórmula ou sentido que reveste o termo *confiança* constitui sintoma da atual insuficiência dos princípios da segurança jurídica (em sentido objetivo) e da legalidade para solucionar por si mesmos os problemas hoje enfrentados pelo Estado de Direito. "A confiança é, pois, mais que o apelo à segurança da lei; é também mais do que a boa-fé, embora a suponha. É crédito social, é a expectativa, legítima, na ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento." A confiança constitui, destarte, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. Justiça Prospectiva no Imposto Sobre a Renda, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁴⁵ MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. Princípio da Justiça Prospectiva (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, *op. cit.*, p. 727.

⁴⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 145.

E, para a realização da almejada justiça material, essencial a aliança entre os princípios das justiças distributiva e comutativa, como forma de obter a justiça prospectiva, modalidade de resguardo dos cidadãos que leva em consideração as vicissitudes decorrentes da variabilidade dos valores sociais, incitadores de mudanças sociais, políticas e econômicas, a atuar na consciência jurídica geral, "conclamando a elaboração de leis condizentes com a exigência da Justiça, ampliando o seu alcance e favorecendo o desenvolvimento do Direito de acordo com um princípio Ético-Jurídico."⁴⁴⁸

Para ARISTÓTELES⁴⁴⁹, a justiça é uma igualdade, e a injustiça, uma desigualdade, enumerando as espécies de justiça: uma geral, também chamada de justiça legal ou social, cujo fito é realizar o bem comum, e a outra espécie, a justiça particular, que tem como finalidade materializar o bem particular dos sujeitos de direito. Na justiça particular, encontram-se duas formas de realização: a justiça distributiva e a justiça comutativa.

A justiça distributiva tem como objetivo regular as interações entre a comunidade e seus membros, utilizando a aplicação dos recursos da coletividade de forma abrangente, sempre com a intenção de tornar as relações iguais entre os membros da sociedade. Tal modalidade de justiça resume-se pelo brocado "dar a outrem o que lhe é devido", dependendo necessariamente das interações entre a comunidade e seus membros. Como aponta MACHADO E CAMPOS, para a concretização do "devido", a justiça distributiva apoia-se no princípio da igualdade, que, nesse caso, é proporcional ou relativo, pois está diretamente relacionado ao nível de participação nos benefícios sociais. As autoridades, portanto, têm o dever fundamental de distribuir o bem comum com justiça, orientadas por determinados critérios, ou seja, "capacidade e necessidade são os bens que devem ser distribuídos em proporção à necessidade de cada um".⁴⁵⁰

Por outro lado, a justiça comutativa, também chamada de corretiva ou sinalagmática, é aquela que atende à exigência de que um particular deve dar a outro particular aquilo que lhe é rigorosamente devido. Na justiça comutativa, como aponta MACHADO E CAMPOS, "assegura-se à pessoa um direito que já lhe é próprio,

⁴⁴⁸ MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. Princípio da Justiça Prospectiva (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 729.

⁴⁴⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996, p. 195-215.

⁴⁵⁰ MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. Princípio da Justiça Prospectiva (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 727-728.

promovendo-lhe a sua concretização com base em uma igualdade aritmética, ou seja, uma relação entre dois termos."⁴⁵¹

A justiça prospectiva, nesse viés, atua como que compatibilizando os princípios da justiça distributiva e da comutativa; indo mais além, pois, em seu núcleo conceitual, insere-se o "fato jurídico natural tempo, fator esse que compõe o critério que determina a qualidade das previsões, pretensões, expectativas e até direitos adquiridos a serem apreciados dentro do espaço temporal convencionalmente previamente; podendo ter origem tanto no Direito Público como no Direito Privado."⁴⁵² E, levando em consideração o tempo, surge a confiança, fator de redução da complexidade social, como já vem se afirmando no decorrer deste trabalho. Nas palavras de MACHADO E CAMPOS:

A Justiça prospectiva alcança grande e irrecusável aplicação em todo o Direito; tanto no Direito Público como no Direito Privado e, em especial, exemplifica-se tal assertiva trazendo como referência o Direito de Família dos países mais avançados, dentre os quais se distingue a Alemanha, que a ela dedicou uma doutrina altamente refinada, profundamente refletida, levando em consideração, como meta a ser alcançada, a igualdade material dos cônjuges, por ocasião da dissolução do casamento pelo divórcio. Para que fosse obtido tal avanço, aplicou-se a Justiça prospectiva, "filha natural do espírito alemão", que vem sendo forjada no transcorrer dos séculos pela boa-fé objetiva, e também pela proteção da confiança que significa. No entendimento de Menezes Cordeiro "por excelência, uma ponte entre as boas-fés objectiva e subjectiva, devendo se assentar em ambas."

(...) A Justiça prospectiva, no Direito alemão, é o resultado da familiaridade do Direito com a boa-fé objetiva, e, ainda, na visualização e acolhimento da proteção da confiança.⁴⁵³

Diante do exposto, conclui-se que, nas modificações de entendimento do poder público que atinjam fatos jurídicos ainda não completos - as expectativas legítimas, em que parte de sua formação está no passado, e outra parte, no presente e no futuro -, o princípio da proteção da confiança, decorrente do sobreprincípio da segurança jurídica, aliado à boa-fé objetiva, ganha o contorno completo de justiça prospectiva, como assevera DERZI.⁴⁵⁴

Quando as promessas públicas são traídas, a questão que se põe, de forma consistente, é: o que deverá atenuar as frustrações relativas àquilo que se teria alcançado se

⁴⁵¹ MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. Princípio da Justiça Prospectiva (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 728.

⁴⁵² MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. Princípio da Justiça Prospectiva (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 728.

⁴⁵³ MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. Princípio da Justiça Prospectiva (verbete). In: TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*, op. cit., p. 730, 732.

⁴⁵⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 556.

não houvesse a intervenção do Estado através da modificação de entendimento, abortando-se a promessa, o incentivo, o benefício? Trata-se, assim, de falar em confiança a proteger no transcurso do tempo, bem como em boa-fé objetiva.⁴⁵⁵ Trata-se de falar, portanto, em princípios e regras de transição, aptos a, considerando a força das promessas empenhadas pelo Poder Público, efetivar a confiança através de método prático que veda a desconsideração das expectativas legítimas engendradas pelo próprio Estado nos cidadãos.

A ausência de tais considerações no dia-a-dia da aplicação do Direito no Brasil tem gerado exemplos notórios de desconsideração das legítimas expectativas, em especial na seara do Poder Judiciário, último intérprete da legalidade e da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes. O exemplo do caso dos créditos presumidos de IPI nas operações sujeitas à alíquota zero demonstra perfeitamente o desprezo pela expectativa daqueles contribuintes que já detinham decisões monocráticas a eles favoráveis e que, de boa-fé, creram no posicionamento anterior do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se do benefício fiscal, posteriormente declarado inconstitucional. Explica-se.

O Recurso Extraordinário nº 350.446-1/PR, decidido em dezembro de 2002, configurou posicionamento paradigmático do Pleno do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, pois reconheceu ao contribuinte o direito de crédito presumido de IPI, nas aquisições de matéria-prima ou insumo, tributados à alíquota zero (com apenas um voto vencido, do então Ministro ILMAR GALVÃO). A partir daí, diversos outros contribuintes que já se encontravam em juízo passaram a ter suas lides decididas monocraticamente pelos Ministros componentes da Suprema Corte, que adotaram o posicionamento paradigma como "jurisprudência consolidada", sem atentar, contudo, a um "detalhe": o acórdão proferido não chegou a transitar em julgado, pois advieram inúmeros recursos por parte da Fazenda Nacional (como embargos de declaração). Os contribuintes, nota-se, confiaram na "palavra" dos componentes da mais alta Corte do país, que decidiram suas lides inclusive de maneira individual, monocrática. Houve, destarte, claramente, legítima expectativa fulcrada na confiança, embebida na boa-fé objetiva no transcurso temporal.

Entretanto, em 2007, o mesmo Supremo Tribunal Federal, em composição plenária diversa daquela do ano de 2002, decidiu outro Recurso Extraordinário que versava sobre a mesma temática (RE nº 370.682-9/SC), alterando integralmente o entendimento anterior, negando ao contribuinte, portanto, o direito de se creditar do IPI, nas operações tributadas à alíquota zero, em votação finalizada com o placar de 05 votos contra 06.

⁴⁵⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 556.

Nesse sentido, ao detectar a alteração substancial de entendimento, o Exmo. Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSY, em questão de ordem, suscitou a necessidade de modulação dos efeitos da novel decisão, que poderia somente incidir para frente, ou seja, vedada a retroação, com efeitos *ex nunc*. A Corte, entretanto, não acolheu a questão de ordem, ao argumento de que a ausência de coisa julgada à decisão original impossibilitou a formação de verdadeiro precedente consolidado.

Cumpra aqui transcrever trechos do voto proferido pelo Ministro LEWANDOWSY, voto vencido na questão de ordem por ele suscitada:

(...) o que ocorreu na situação em apreço: os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90 (nota: cumpre-se notar que a ausência do trânsito em julgado deveu-se apenas à interposição de agravos regimentais e embargos de declaração), passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados.

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.

Isso, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados”, bem como “minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso”.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Não se pode olvidar, contudo, que cumpre, como sabiamente apontou a Ministra Cármen Lúcia, em magistral estudo que integra coletânea de artigos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence, conferir “segurança” ao processo de transformação.

Por essas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social.

Para se ter uma ideia do gravame que uma decisão *ex tunc* representaria para os jurisdicionados, registro que a União, antes mesmo da consolidação da nova maioria no Plenário, já vinha ingressando com ações rescisórias perante o Tribunal Federal da 4ª Região contra contribuintes que, com fundamento nos julgados anteriores do STF, obtiveram o direito de creditar-se do IPI nas operações isentas, não tributadas ou taxadas com alíquota zero.

Isso, é claro, sem mencionar as incontáveis execuções fiscais que serão ajuizadas, dentro do prazo prescricional, contra os contribuintes que se valeram dos créditos escriturais, em conformidade com a jurisprudência desta Corte e demais tribunais.

Assim, Senhora Presidente, ante as peculiaridades do caso, e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito, proponho que se confira efeitos *ex nunc* as decisões proferidas no REs 353.657 e 370.682 (STF, Min. Ricardo Lewandowski, em voto sobre questão de ordem referente ao RE 370.682-9/SC, Rel. Min. Marco Aurélio)

A despeito de não se discordar com o posicionamento segundo o qual apenas a coisa julgada é capaz de estabilizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, permitindo a formação de uma expectativa normativa, merece atenção também a fiabilidade nas declarações de seus Ministros, os mais altos magistrados do país, sendo seu dever ligar-se às declarações anteriores, que aplicaram a jurisprudência precedente como se fosse precedente consolidado. Há que se falar, então, para os contribuintes que confiaram, de boa-fé, nas declarações individuais do Supremo, em legítima expectativa normativa, abrindo-se caminho à proteção de sua posição jurídica, por meio de regra de transição, que, no caso, poderia ser a modulação de efeitos da nova decisão a eles desfavorável (o que implicaria convalidação dos créditos presumidos de IPI aproveitados anteriormente à modificação da decisão monocrática antes proferida). Consoante DERZI:

(...) a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao caso dos créditos presumidos de IPI, nas aquisições de insumos tributados com alíquota zero, levaria a Corte brasileira, com extrema justiça, a restringir os efeitos da jurisprudência modificativa, para livrar os contribuintes que obtiveram, em seu favor, decisões monocráticas favoráveis. Não seria justo que, ao rever o próprio entendimento anterior, a Corte passasse a onerar com sanções altamente penosas os contribuintes, nutridos de boa-fé, que se comportaram segundo decisões específicas de seus juízes.⁴⁵⁶

A aplicação de normas de transição em casos como o narrado é, dessarte, medida que se impõe, por todas as razões até aqui expostas neste trabalho, como forma de compatibilizar mudança e segurança jurídica, reduzindo ao máximo o impacto das (i)naturais alterações de entendimento do Poder Público, albergando, com isso, a proteção das legítimas expectativas dos cidadãos, fundada na confiança aliada à boa-fé, abarcando, igualmente, a valoração das promessas dos agentes públicos, condição *sine qua non* ao pacífico desenvolvimento social.

⁴⁵⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 560.

CAPÍTULO 5

OS DIREITOS DE TRANSIÇÃO: TENSÃO ENTRE SEGURANÇA E MUTABILIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

5.1 Os graves impactos sociais, econômicos e jurídicos das repentinas alterações de entendimento do Poder Público

Pode-se afirmar que configura um virtual consenso doutrinário o fato de a insegurança jurídica ter assumido um grau nunca antes alcançado nas sociedades contemporâneas. Nas palavras de TORRES:

O Estado de Direito, em sua configuração mais recente de Estado Democrático e Social, que se afirmou a partir da queda do Muro de Berlim (1989), traz nova inflexão na problemática da segurança jurídica, tendo em vista que se caracteriza como Estado da Sociedade de Risco.

Redesenha-se a segurança dos direitos fundamentais na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade, em que esta assume o papel preponderante, restando ao Estado agir subsidiariamente na sua função regulatória e na impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem os seus próprios problemas.

(...)

A sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade.⁴⁵⁷

Consoante ÁVILA, tamanha insegurança repousa sobre causas de natureza social e causas de natureza jurídica, destacando-se sobremaneira na seara das relações tributárias.⁴⁵⁸

As causas de natureza social dizem respeito às próprias características da sociedade atual: (a) a existência de uma enorme quantidade de informações. "Pense-se na quantidade de leis, de leis complementares, de decretos, de instruções normativas, de pareceres normativos, de soluções de consultas, relativamente às três órbitas federativas,

⁴⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005, p. 10-11. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 mai. 2011.

⁴⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 39.

referentemente a cada um dos tributos previstos no Sistema Tributário Nacional."⁴⁵⁹ O excesso de informação é, ele mesmo, paradoxalmente, fonte de insegurança; (b) a enorme diversidade de interesses a serem resguardados: há um sem fim de grupos buscando interesses próprios perante o Estado, através de normas jurídicas. "Tais normas tornam-se, assim, não apenas mais numerosas, como também quantitativa e qualitativamente mais complexas."⁴⁶⁰

Já as causas de natureza jurídica repousam sobre construções doutrinárias e jurisprudenciais que potencializam a insegurança: se o estudo da segurança jurídica é levado a cabo "apenas por meio de palavras vagas e sem a fixação de critérios minimamente claros de efetivação, a tentativa de diminuir a insegurança produz paradoxalmente ainda mais insegurança - o elevado grau de abstração não elimina nem diminui o problema da falta de (pre)visibilidade do ordenamento jurídico, antes o agrava."⁴⁶¹

Em suma, como noticia TÔRRES, em todos os ordenamentos jurídicos, "nos dias que correm, a mais evidente constatação é que a insegurança assumiu patamares de indiscutível preocupação por todos os juristas, especialmente em matéria tributária, o que tem provocado graves afetações aos direitos fundamentais, mormente à igualdade e aos valores decorrentes da justiça." Torna-se a segurança jurídica tributária, assim, um fim basilar do Sistema Constitucional Tributário como um fim sistêmico a ser efetivado por meios típicos, como expectativa de solução aos problemas decorrentes da "insegurança".

O Direito, como qualquer outro modelo de organização, porém, traz ínsitos os potenciais riscos ou inseguranças, os quais podem se converter em arbítrio, em injustiça, em quebra de expectativas. Eis, então, o paradoxo da segurança jurídica: "o ordenamento jurídico, criado para conferir segurança pelo Estado de Direito, em si mesmo, segundo o seu manejo, pode ser causa de inseguranças e incertezas."⁴⁶²

Uma rede entrelaçada (em lugar da pirâmide kelseniana) representa o novo modelo do Direito, policêntrico e horizontal, afirma DERZI. O legislador formal, desse modo, continua desempenhando um papel essencial, mas não exclusivo, na produção normativa: desordens (ou diferentes ordens) promanam do ambiente e perturbam a ordem

⁴⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 40.

⁴⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 41.

⁴⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 59-60.

⁴⁶² TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 26-27.

jurídica imposta pelo legislador. "A rede assim se move por meio do pluralismo e da indeterminação das fontes informais de produção normativa."⁴⁶³

A indeterminação quanto às fontes normativas mencionada por DERZI afeta não somente o Poder Legislativo, que corriqueiramente sofre diversas pressões de grupos econômicos ou sociais, mas também o Poder Executivo, que se sujeita igualmente a contínuas influências externas: exemplo são os convênios relativos ao Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes e Comunicação (ICMS) firmados pelos Secretários de Fazenda dos Estados, que criam extensa gama de exceções ao dever de pagar o imposto, "em um mosaico de isenções, remissões, regimes especiais, créditos presumidos e outros favorecimentos, à margem da lei." Todavia, também, o Poder Judiciário muitas vezes é convencido a reformar o entendimento da Administração em matéria tributária, e, caso o faça, logo o Poder Executivo (ou o Legislativo, sob pressão do Executivo ou de outro "poder paralelo") edita novas normas que possam deslocar a interpretação judicial a ele contrária. A nova norma introduzida para "corrigir" a jurisprudência contrária ao Fisco sofre releituras, e, conseqüentemente, novas contestações judiciais surgem, em ciclo contínuo, daí se falando em uma "circulação incessante do sentido da norma tributária."⁴⁶⁴

Como a interpretação normativa envolve valorações, sujeitando-se a ponderações, a incompreensibilidade e a instabilidade normativa também são notáveis na atividade do Poder Judiciário, sendo perceptíveis não apenas diferentes interpretações advindas de diferentes órgãos julgadores, mas também de um mesmo tribunal. Tome-se como exemplo o Supremo Tribunal Federal, em cujo bojo podem ser colhidos vários casos demonstrativos de bruscas mudanças de jurisprudência, reunidos por ÁVILA⁴⁶⁵:

(a) quanto à possibilidade de pagamento de créditos tributários por meio de dação em pagamento, o Tribunal, em 2003, negava a competência de o Estado-Membro criar novas formas de extinção do crédito tributário (ADI nº 1.917 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.09.2003). Em 2006, contudo, o Supremo passou a admiti-la (ADI nº 2.405 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, DJ de 17.02.2006);

⁴⁶³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 102-103.

⁴⁶⁴ VARNEROT, Valérie. *Entre essentialisme et existentialisme de la théorie des sources: les sources non formelles du droit fiscal.* Tome 46. L'Impôt. Archives de Philosophie du droit, Paris: Dalloz, 2002, p. 192-193 apud DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 103.

⁴⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 52-53.

(b) no que tange ao depósito recursal de 30% do valor em discussão para admissão de recurso administrativo, o STF, em 1995, decidiu pela sua compatibilidade com o devido processo legal (ADI nº 1.049 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 25.08.1995). Em 2007, o mesmo Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da exigência, pois incompatível com o mesmo princípio, com o direito de petição ao Poder Público e com o dever de proporcionalidade (ADI nº 1.976, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.05.2007);

(c) quanto ao direito de aproveitamento de crédito do ICMS em operações beneficiadas com redução da base de cálculo do referido imposto, o Tribunal, em 1997, declarou a inconstitucionalidade de norma que vedava a compensação do valor recolhido na operação precedente, em razão de seu conflito com o princípio da não cumulatividade (RE nº 161.031, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 06.06.1997). Já em 2005, a mesma Corte admitiu a constitucionalidade da norma, por entender que a redução da base de cálculo dos tributos equivaleria a uma "isenção fiscal parcial", deslegitimando o aproveitamento dos créditos relativos à operação anterior (RE nº 174.478, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para acórdão Ministro César Peluso, DJ de 30.09.2005).

O Superior Tribunal de Justiça igualmente fornece exemplos notáveis de volatilidade jurisprudencial, podendo-se falar, quanto a certos temas, em jurisprudência "zigzague" ("*Zick-Zack-Rechtsprechung*")⁴⁶⁶, como foi o caso da denúncia espontânea com pedido de parcelamento: após idas e vindas das Primeira e Segunda Turmas da Corte, a Primeira Seção do Tribunal decidiu, em 2001, que, na hipótese de denúncia espontânea realizada formalmente, com o devido pagamento do tributo devido, é inexigível a multa moratória incidente sobre a dívida parcelada, por força do artigo 138 do Código Tributário Nacional (EREsp nº 180.700/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 25.06.2001, p. 99). No entanto, como a decisão, supostamente uniformizadora da jurisprudência das Turmas de Direito Público, não foi uniformemente seguida, a mesma Primeira Seção, em 2004, retornou ao tema, decidindo que, em casos em que há parcelamento do débito tributário, não pode ser aplicado o benefício da denúncia espontânea, pois o parcelamento não equivaleria ao pagamento, não podendo pressupor-se que as parcelas vincendas serão pagas, nos termos do artigo 158, I do Código Tributário

⁴⁶⁶ HEY, Johanna. *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*. Köln: Otto Schmidt, 2002, p. 87 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 54-55.

Nacional (REsp nº 378.795/GO, Primeira Seção, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 21.03.2005, p. 209).

Os exemplos extraídos do âmbito do Poder Judiciário podem ser transpostos aos demais Poderes da República: "À pluralidade e complexidade socioeconômica parece corresponder, ponto a ponto, o sistema tributário, altamente diversificado e complexo."⁴⁶⁷ Consoante ponderações de RADBRUCH, "um direito incerto é, ao mesmo tempo, injusto, pois incapaz de assegurar para o porvir um tratamento igual para fatos iguais."⁴⁶⁸ E tal tratamento diferenciado e flutuante decorre, além da pluralidade de normas, da pluralidade do próprio Direito:

Pode-se constatar, agora, em algumas correntes, (...) um novo modelo contemporâneo, em que os juízes podem criar regras jurídicas (sem vinculações) e em que os jornalistas também criam regras de "boa conduta" (a mídia como quarto poder) e, mais do que isso, em que diversas organizações sociais também criam regras e têm representatividade em relação a determinadas minorias. Em tal contexto, observa MILNER⁴⁶⁹, o princípio da não contradição não vale mais; não há mais um Direito, mas vários, infinitos; o conflito entre regras é permanente e não apenas excepcional; e verifica-se, ainda, a ilimitação de regras e de poderes. Acontece assim que "o conflito seja regrado pela lei do mais forte, no sentido mais banal, em uma arena indefinidamente variável - a rua, os jornais, a televisão, etc. Poder Judiciário e violência urbana são duas facetas de um mesmo fenômeno. Na verdade, o estado de direito está no regime do estado da natureza."⁴⁷⁰

Os chamados "poderes paralelos" passam a deter, assim, influência decisiva na redação e aprovação de leis, em edição de normas regulamentares, chegando até a influenciar as decisões judiciais. E não apenas isso: a autoridade com que o Poder Executivo age sobre o Legislativo e sobre o Judiciário dá conta da hipertrofia muitas vezes presente na estrutura executiva, utilizada justamente para cooptar os demais Poderes como forma de defender o interesse supostamente legítimo e transcendente da arrecadação tributária, por exemplo.

Artigo publicado no Jornal *Folha de São Paulo*, em 20 de junho de 2011, de autoria de CELSO LIMONGI, denominado "Três inúteis Poderes de Estado?", noticia a percepção da autoridade atualmente exercida por corporações econômicas sobre os Poderes da República, bem como a indevida influência do Poder Executivo sobre o Legislativo, e até

⁴⁶⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 103.

⁴⁶⁸ RADBRUCH, Gustav. Le but du droit. In: L'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*. Paris: Sirey, 1938, t. 3, p. 54 apud TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 25-26.

⁴⁶⁹ MILNER, Jean-Claude. *Les Pouvoirs: d'un Modèle à l'Autre*. Revue Éclaircissement, n. 6/7, 2002, p. 11 apud DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 104.

⁴⁷⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 104.

sobre o Judiciário, enviesando as leis e as decisões judiciais em direção a interesses arrecadatórios e centralizadores:

A paz social exige seja nosso livre-arbítrio moldado. Ao Legislativo cabe moldá-lo. E o legislador é paradoxalmente dotado de arbítrio. Mas quem vai impedir o Estado, conhecido por seu vampirismo tributário, por exemplo, de exagerar na tributação?

O legislador deve produzir leis para o bem comum da sociedade. Porém, produz leis para segmentos sociais próximos a ele. O legislador é atento e ágil, quando lhe interessa, na defesa de corporações e oligarquias. Editada uma lei, precisamos todos apurar quem está por detrás dela, a quem ela serve, ler a lei nas entrelinhas...

O legislador tem o dever de ser imparcial. Mas, se ele produz uma lei parcial, protegendo certo segmento social, como fica o juiz, que deve ser imparcial? Aplicando uma lei parcial, será também parcial.

Se o juiz for apenas a boca da lei, como um ser inanimado, estará cumprindo a missão democrática de destinar tratamento de igualdade a todos? Para Paulo Bonavides, os governantes são os autores da ingovernabilidade, porque "se apartaram da concretização dos fins que fazem legítimo o exercício do poder na complexidade social contemporânea".

Falta aos governantes o senso ético de que deveriam trabalhar exclusivamente para o bem comum. Contudo, enquanto corporações se veem protegidas, a massa popular fica sem voz no Congresso: os 27 partidos políticos que deveriam representá-la pensam em seus próprios interesses.

Estamos mais distantes do núcleo político das decisões, porque os eleitos não decidem.

Decidem o mercado, a Bolsa de Valores, o FMI, o Banco Mundial, a reconhecer o ocaso da democracia representativa.

O Executivo é o responsável pela "ruptura na adequação dos meios aos fins, do quebrantamento da unidade, harmonia, independência e equilíbrio dos Poderes" (Bonavides). O Executivo, na sua função típica, administra, mas legisla (poder de sanção ou veto), e, em muitos temas, só ele dispõe da iniciativa da lei. Expede medidas provisórias.

É o responsável pelo Orçamento. Dispõe de milhares de cargos comissionados, a favorecer a barganha política. Obriga o Congresso a deglutir projetos de seu interesse.

O Judiciário assume vital importância na defesa dos direitos fundamentais do homem. Interfere gravemente no espaço reservado aos demais Poderes, ao controlar políticas públicas. Precisa, pois, de independência político-administrativa.

Se instrumentos legais lhe faltam, são, porém, suficientes para que exerça com independência sua atividade, desde que não fique a bordejar, navegando sem rumo, por falta de vento nas velas, ou de coragem de seus juízes e, principalmente, dos tribunais superiores, que não devem se associar à tibieza do Legislativo e se conformar com a hipertrofia do Executivo...⁴⁷¹

⁴⁷¹ LIMONGI, Celso. *Três inúteis Poderes de Estado?* Folha de São Paulo. São Paulo, 20 de junho de 2011. Tendências / Debates, p. A3.

A toda evidência, o estado de *insegurança tributária* comprova-se a partir de métodos próprios da sociologia, da política, da economia ou da psicologia, como aponta TÔRRES, e, em qualquer um dos mencionados planos de especulação científica, é regra a insatisfação da sociedade com a maioria dos sistemas tributários em vigor. No caso brasileiro, tal constatação é incontestável, decorrente de diversos fatores: a notoriedade dos dados técnicos sobre os excessos e desequilíbrios de carga tributária; a instabilidade decorrente da vasta gama de regulamentações; as incertezas geradas por leis e atos normativos em geral, contraditórios ou confusos; a dificuldade em cumprir as intrincadas e extensas obrigações acessórias ou deveres instrumentais; os impactos do sistema tributário sobre as relações concorrenciais ou como obstáculo à livre iniciativa.⁴⁷²

Os doutrinadores são unânimes em afirmar que a insegurança em matéria tributária, na forma em que se encontra, atingiu grau intolerável, trazendo pesados prejuízos à organização das atividades dos particulares, prestando-se até como estímulo à corrupção e à sonegação, reduzindo a eficiência econômica, com o que impossibilita a concorrência comercial de produtos brasileiros em um mercado globalizado, mitigando, inclusive, a própria capacidade arrecadatória do Estado. TÔRRES bem retrata a situação atual da chamada *insegurança tributária*:

Basta pensar que, pelas estatísticas, quase metade de todas as ações judiciais em curso no País são de natureza tributária (como exemplo, 37% de tudo o que tramita na Justiça Federal e 51% e 56% de todo o contencioso dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente), o que expõe a elevada conflitividade e, por conseguinte, a insegurança e o estado de exceção permanente das relações tributárias. Ao lado disso, leis e atos normativos sucedem-se freneticamente, nas distintas unidades do federalismo tributário brasileiro, deixando atônitos até mesmo os mais preparados e diligentes dos contribuintes que tentam cumprir com suas obrigações, ainda que nunca estejam seguros de que a tudo atenderam, sob permanente expectativa de serem vítimas de autuações tão gravosas quanto onerosas, afora sucessivas fiscalizações e, em muitos casos, dos mesmos entes tributantes. Conflitos de competência entre unidades do federalismo ainda persistem e geram duplas tributações sem cerimônias. A conveniência do erário e as limitações jurídicas de quem aplica as leis prevalecem sobre a técnica mais qualificada. Leis vagas e lacônicas são feitas justamente para transferir ao Executivo reger o "estado de exceção". Esse é o retrato da instabilidade do sistema tributário e das urgentes necessidades de melhor coordenação jurídica das suas instituições e dos seus critérios e regimes jurídicos.⁴⁷³

Como alerta ÁVILA, independentemente de toda essa situação caótica, o contribuinte precisa exercer a sua profissão e a sua atividade econômica. Isso é fato. Ele até pode tentar reduzir os seus riscos financeiros por meio de seguros, afastando-se de

⁴⁷² TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 33-34.

⁴⁷³ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 35.

determinado mercado, adotando uma política conservadora de preços e resultados, repassando parcela de seu risco a terceiros, dentre outras medidas, mas o que ele, definitivamente, não pode fazer é afastar-se da dependência das normas jurídicas. Toda a sua ação é, assim, baseada nessas normas: sejam leis em sentido estrito, atos administrativos destinados a conferir aplicação às leis, bem como atos judiciais, como é o caso das decisões diretamente relativas ao contribuinte, ou referentes a outros contribuintes, com ou sem força normativa, todos atos do Poder Público aptos a gerar expectativa de igual tratamento para casos futuros similares. "O essencial é que esses atos geram um efeito 'provocador de iniciativas' (*dispositionsinitiiierende wirkung*), 'modificador de iniciativas' (*dispositionsmodifizierende wirkung*) e 'inibidor de iniciativas' (*dispositionsinhibierende wirkung*) por parte do contribuinte: ele age e planeja em razão desses atos." Como já afirmado, mesmo que o contribuinte deva contar com a possibilidade da modificação dos entendimentos do Poder Público no futuro (pois o Direito não pode tornar-se petrificado), o fato é que esses atos normativos criam expectativas por parte do contribuinte, que confiam na sua subsistência e vinculatividade, quando não são inclusive induzidos a adotar determinado comportamento com base naqueles.⁴⁷⁴ Consoante ATALIBA, o essencial é que a previsibilidade da ação estatal, seja em que ato ou em que manifestação ela for baseada, é fundamental para a liberdade de ação individual, bem como para a ação empresarial.⁴⁷⁵

Notícia veiculada pela imprensa especializada em 23 de abril de 2010 (Jornal *Valor Econômico*) abordou mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativamente a tema de interesse de diversas empresas distribuidoras de bebidas, alertando para o efeito negativo da brusca ruptura com a jurisprudência anterior sobre o planejamento empresarial, maculando as expectativas desses contribuintes quanto a ato judicial:

STJ muda entendimento sobre IPI

Tributário: Para a Corte, distribuidoras de cerveja não podem pedir restituição do imposto

Uma decisão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pegou de surpresa milhares de distribuidores de cerveja que já se consideravam vitoriosos em uma antiga disputa com o Fisco. Os ministros da Corte decidiram que apenas as fabricantes, e não as distribuidoras, têm legitimidade para propor ação contra a Fazenda Nacional para pedir a restituição de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O IPI é pago pelas distribuidoras, mas recolhido e repassado ao governo pelas fabricantes.

O entendimento foi aplicado ao julgamento de um recurso repetitivo ajuizado pelo Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de

⁴⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 58-59.

⁴⁷⁵ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 174.

Pernambuco, Alagoas e Paraíba. Até então, a jurisprudência era favorável ao setor, tanto no STJ quanto nos Tribunais de Justiça (TJs).

O sindicato, que vai recorrer da decisão, ingressou com a ação em 2002. O processo representa três mil distribuidoras de cerveja que têm por objetivo obter a devolução do IPI dos últimos dez anos - em média, isso representa R\$ 1 milhão por mês para cada uma delas. A discussão começou nos anos 90 em razão das distorções criadas pela tabela TIPI, pela qual o governo estabeleceu o percentual do imposto incidente sobre cada produto. Com os descontos oferecidos pelas distribuidoras de cerveja - especialmente no inverno -, o valor tabelado passou a ser desproporcional e, em muitos casos, maior do que o valor da própria cerveja. As distribuidoras foram ao Judiciário e obtiveram, na maioria dos casos, o direito à restituição do IPI, proporcional ao valor da venda.

No recurso ajuizado pelo sindicato das distribuidoras de Pernambuco, Alagoas e Paraíba, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - que abrange os Estados do Nordeste - confirmou uma sentença da 3ª Vara de Maceió pela qual as distribuidoras não teriam legitimidade para pleitear essa restituição, pois o contribuinte de direito seriam as fabricantes. O entendimento, porém, foi aceito de forma unânime pelo STJ.

Segundo voto do ministro Luiz Fux, relator do recurso repetitivo, o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo - no caso, as distribuidoras -, não participa da relação jurídica tributária, e não têm legitimidade para pleitear junto à União a restituição do valor de IPI. Segundo o voto, uma vez recuperado o valor em uma ação movida contra a Fazenda pelos fabricantes, as distribuidoras poderiam entrar na Justiça contra o fabricante para tentar reaver o crédito.

A decisão contraria um voto do próprio ministro Fux, de dezembro de 2008, pelo qual as distribuidoras, por suportarem o encargo financeiro do IPI, poderiam pleitear na Justiça a restituição de valores de IPI pagos a mais. Em março, a ministra do STJ Eliana Calmon havia selecionado outro recurso sobre o mesmo tema, envolvendo a distribuidora Gandisbel, para ser julgado como repetitivo.

De acordo com Marco Antonio Pinto de Faria, presidente do grupo Skill e consultor jurídico da Confederação Nacional das Revendas AmBev e das Empresas de Logística da Distribuição (Confenar), esse fato deve dar ensejo a um pedido interno de nulidade do julgamento. "Também é possível recorrer com embargos de divergência, por conta da jurisprudência pacificada em sentido contrário, e ao Supremo Tribunal Federal (STF), diz Faria. De acordo com ele, a única forma de as distribuidoras serem restituídas do valor do IPI pago desproporcionalmente seria por meio de ações judiciais contra a Fazenda, pois os fabricantes não teriam interesse em fazê-lo. A quantia de IPI paga aos fabricantes só é repassada ao governo no mês seguinte, aumentando a reserva de caixa das empresas, afirma Faria.

A Fazenda Nacional informou ao Valor, por meio de um comunicado, que o julgamento reverteu uma jurisprudência consolidada. Segundo a Fazenda, o entendimento anterior, no sentido de que as distribuidoras teriam legitimidade para ajuizar as ações de restituição de IPI, passou a gerar inúmeras fraudes de sonegação fiscal no setor: as fabricantes de bebidas passaram a criar diversas distribuidoras "laranjas" apenas para que estas ajuizassem ações pelo país pleiteando a suspensão da exigibilidade do tributo em sede de liminar. Ainda segundo a Fazenda Nacional, quando a liminar era revogada, as distribuidoras não eram mais encontradas e a fabricante, que tinha deixado de recolher o tributo em razão da liminar, permanecia impune.

A fraude teria o objetivo de abaixar o preço final da cerveja e fortalecer a marca de algumas empresas em determinados locais. De acordo com Faria, consultor do sindicato das distribuidoras, a ocorrência de fatos como esse não justifica a

proibição do direito de distribuidoras legítimas ingressarem com ações judiciais. As fabricantes de cerveja foram procuradas pelo Valor por meio do Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja (Sindicerv) e informaram que não iriam se manifestar. A AmBev respondeu, por meio do sindicato, que não está envolvida nas ações e que também não iria se manifestar.⁴⁷⁶

Ressalva-se que a imprensa consubstancia apenas um dos diversos olhares possíveis sobre a operacionalização do Direito, ela mesma, em regra, leiga quanto ao mérito das questões jurídicas postas ante o Poder Judiciário. De qualquer forma, as notícias midiáticas, bem como as opiniões dos meios de comunicação (através de editoriais) - equivocadas ou não -, são formadoras de opinião, indicando os impactos das modificações de entendimento do Poder Público sobre os setores sociais mais diretamente afetados, refletindo, igualmente, um sentimento de inconformidade da população quanto a nefastas práticas, em especial dos Poderes Executivo e Legislativo, como, por exemplo, as tentativas de influenciar os juízes em suas decisões com base em suposta "sangria" dos cofres públicos, bem como a edição de novas normas aptas a "superar" decisão judicial contrária aos seus interesses arrecadatários.

Mesmo partindo-se do pressuposto de que grande parte dos canais de comunicação aos quais se tem acesso maciço hoje no Brasil lançam, sobre os fatos que irão veicular, leituras muito mais compromissadas com seus próprios interesses do que com a verdade, as informações diárias dos periódicos nacionais são aptas a retratar uma patente desilusão social com relação à atuação do Poder Público, em especial dos Poderes Legislativo e Executivo, repousando, muitas vezes, sobre o Judiciário as esperanças de correções de rumos vistas como essenciais à plena paz social. Exemplo disso foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de diversos benefícios fiscais, concedidos por vários Estados-Membros sem a aprovação prévia do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), exigência posta pela Lei Complementar nº 24/75, ensejador de diversas manifestações públicas de enaltecimento do Judiciário por parte da imprensa, como o Editorial infratranscrito, do Jornal *Folha de São Paulo*, de 07 de junho de 2011:

O ICMS no Supremo

Ao se posicionar pela inconstitucionalidade de medidas estaduais de guerra fiscal, STF dá exemplo para Congresso e governo federal

⁴⁷⁶ CARVALHO, Luiza de. *STJ muda entendimento sobre IPI*. Valor Econômico. São Paulo, 23 de abril de 2010, p. E01.

Na ausência de iniciativa por parte do governo e do Congresso, tem cabido ao Supremo Tribunal Federal (STF) tomar decisões que podem resultar em mudanças - para melhor - no combalido pacto federativo brasileiro.

Uma decisão importante, no ano passado, foi declarar inconstitucionais as atuais regras de partilha dos fundos de participação de Estados e Municípios, em vigor desde 1989. Determinou o STF que sejam redefinidas pelo Congresso a partir de 2012, sob pena de suspensão das transferências da União. A calamidade que se abateria sobre os Estados forçará o Congresso a se posicionar em breve.

Uma nova decisão do STF fixa, agora, a inconstitucionalidade de benefícios tributários com o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) concedidos pelos Estados, na chamada guerra fiscal, e traz para a ordem do dia a questão do federalismo.

Foram julgadas 14 ações e declarados inconstitucionais regulamentos e leis de seis Estados e do Distrito Federal, que concediam benefícios de ICMS sem amparo legal. Para que sejam válidos os incentivos, seria necessária aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

A decisão não deve significar o fim da guerra fiscal, contudo. Os Estados podem bem continuar com a prática usual de editar uma nova lei com pequenas alterações para fugir das restrições.

Por outro lado, parece inegável que o STF estabeleceu um entendimento definitivo sobre o tema. Um eventual esforço dos Estados em burlar as regras será visto, cada vez mais, como afronta ao que se julgou no Supremo.

Não se trata de decisão trivial e de fácil cumprimento. Qual será, por exemplo, o desfecho de inúmeras ações retroativas contra empresas beneficiadas pelas reduções de ICMS? Estará o contribuinte sujeito a penalidades decorrentes de decisões ilegais de governos estaduais sobre o ICMS?

A decisão do STF é sintoma da necessidade de uma reforma tributária, cuja maior dificuldade decorre justamente da falta de disposição dos Estados para aceitar mudanças nas regras e qualquer redução em sua autonomia para alterar e manipular o ICMS.

Depois de muitas tentativas fracassadas para encetar uma grande reforma, hoje está claro que avanços localizados são mais promissores, politicamente. A simplificação e a harmonização das regras do ICMS seriam um grande passo, pois delas dependem outros itens relevantes da reforma, como a desoneração de investimentos e exportações.

Doravante, cabe ao Congresso e ao Executivo seguir o exemplo dado pelo Supremo.⁴⁷⁷

O aqui narrado presta-se a tentar definir o estado das coisas atual no que tange aos graves impactos que as mudanças de posicionamento do Poder Público podem acarretar, cumprindo agora avaliar como as normas de transição poderão atuar nesse cenário, compatibilizando a necessidade de mudança e o sobreprincípio da segurança jurídica, visando albergar as legítimas expectativas dos contribuintes quanto à atuação do Estado nas relações tributárias.

⁴⁷⁷ Editorial. *O ICMS no Supremo*. Folha de São Paulo. São Paulo, 07 de junho de 2011, p. A2.

5.2 A aplicação de normas de transição, fundadas na proporcionalidade, como instrumento de compatibilização da mudança com a segurança jurídica

Como já destacado no curso do presente trabalho, a segurança jurídica como norma-princípio tem como objeto a configuração do Direito ou de um direito como instrumento para se configurar a realidade, de acordo com os valores de determinada sociedade.⁴⁷⁸ Nesse sentido, definiu-se a cognoscibilidade (ou acessibilidade), a estabilidade (decomposta em "permanência", "credibilidade" e "confiabilidade") e a calculabilidade (ou previsibilidade) como os fins a serem perseguidos através do princípio da segurança jurídica, estados de coisas que servirão de parâmetros aos operadores do Direito para a criação de mecanismos indutores de segurança.

Mencionou-se também a essencialidade da estruturação do princípio da segurança jurídica por meio de um processo analítico capaz de, progressivamente, reduzir as suas ambiguidades: como alerta ÁVILA, a configuração de cada elemento de efetivação da segurança jurídica nunca é "sim ou não", mas sempre "mais ou menos".⁴⁷⁹

Nesse aspecto, pode-se compreender a segurança jurídica como exigência de "estabilidade na mudança", ou seja, como a proteção maior ou menor de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade: "a palavra mais consistente para denotar esse sentido é, assim, 'confiabilidade', compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis."⁴⁸⁰ A compatibilização entre mudança e estabilidade é, então, vital ao saudável desenvolvimento do sistema jurídico, ante o inevitável porvir.

A segurança jurídica, no bojo do proposto por este trabalho, marca não uma necessidade de imutabilidade, imobilidade ou permanência absolutas, mas antes a necessidade de estabilidade nas muitas vezes inevitáveis mudanças. Fala-se, assim, em permanência na mudança, pois a ordem jurídica não deve permitir modificações de entendimento suscetíveis a afetar a confiança dos cidadãos, garantindo-os contra os efeitos

⁴⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 127.

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 127-128.

⁴⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 131.

danosos, ou ilegítimos, das alterações adotadas pelo Poder Público. A tensão entre permanência e ruptura é, portanto, imanente ao sistema jurídico, assim como à vida, como frisa MARTINS-COSTA:

Não que as situações de vida sejam, em si mesmas, imóveis, previsíveis, estáveis e permanentes - Heráclito já clamara o constante dinamismo e mutação das coisas: *pânta rei*, tudo flui. Mas Parmênides, ao só reconhecer validade ao eterno, não estava destituído de razão, e a história do Direito o comprova: o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os polos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *pânta rei*). Assim, na relação (que é fundamental) entre tempo e direito, a expressão "princípio da segurança jurídica" marca, como signo de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade ou de permanência: valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou pela lei posterior, ou pela modificação na aparência das formas jurídicas.

É que, como privilegiado espaço de retenção e de continuidade, o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos diversos para adaptar o que na vida flui e se modifica à permanência, à estabilidade.⁴⁸¹

Não se trata de imutabilidade, repita-se, mas de estabilidade ou racionalidade da mudança, apta a evitar alterações violentas de entendimento: busca-se, na verdade, a segurança do movimento⁴⁸², já que o "caráter evolutivo do Direito repele as cristalizações e a estagnação."⁴⁸³

As regras objetivas de proteção da segurança jurídica, entretanto, não são aptas a amparar situações jurídicas em mutação, em aquisição, pois enfrentam o devir de forma direta, protegendo tão somente o passado: é o caso da irretroatividade das leis e do direito adquirido, aqui já investigados. Por tal motivo, deve-se ter em mente o aspecto subjetivo da segurança jurídica como apto a escudar situações jurídicas excepcionais, como as expectativas legítimas, já que a proteção da confiança alberga caracteres especialmente importantes na atual conjuntura social de ultracomplexidade, voltando-se ao futuro: a promessa, o tempo, a boa-fé. Reflete, assim, a necessidade de segurança, fiabilidade e estabilidade em um mundo em constante mutação, geradora de insegurança e caracterizada

⁴⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁸² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁸³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 284.

pela dependência crescente dos indivíduos pelas prestações, decisões e regramentos estatais.⁴⁸⁴

Retoma-se, desse modo, o conceito de justiça prospectiva, a depender da associação entre o tempo, a formação dos fatos jurídicos e a proteção da confiança, como prediz DERZI:

No Direito Tributário, tal conceito deveria estar relacionado com a hipótese de incidência de tributos que somente se desenvolvem completamente em um determinado "período de tempo", como é o caso do imposto sobre a renda. No Direito em geral, os juristas, de longa data (em especial na Alemanha) aplicam-no ao Direito Administrativo, ao Direito Previdenciário e ao Direito Civil. Na medida em que se aproxima o decurso do período de tempo do seu termo final, crescem as expectativas legítimas do sujeito que, embora não tenha preenchido todas as condições para a obtenção de um direito adquirido, nutre um justo "direito a adquirir direitos", na expressão de PONTES DE MIRANDA. A questão tem alta relevância em todos aqueles casos em que as pessoas tomam as suas decisões econômicas, ou fazem escolhas sociais ou profissionais, que perduram por certo tempo, esperando alcançar determinadas situações, que são frustradas ao final, em decorrência de mudanças realizadas nas leis pelo legislador (como seria a hipótese das alterações feitas no estatuto do servidor público, ou no regime da previdência social, ou ainda nas leis tributárias relativamente aos impostos de período) ou resultantes do rompimento de relações que deveriam ser duradouras, em tese perenes (como na falência das sociedades comerciais e daquelas não comerciais, a saber, do casamento, encerrado pelo divórcio).⁴⁸⁵

Assim, ainda segundo DERZI, os direitos expectados surgem quando a aquisição de um *status* acarreta o preenchimento de uma série de requisitos, que se processam em um período de tempo relativamente longo, aproximando o titular daquilo prometido pelo Poder Público, como já frisado. É evidente a necessidade de proteger a boa-fé e a confiança de quem tomou as suas decisões e pautou a sua vida acreditando nas promessas do legislador, do administrador ou do juiz:

Em lugar da bipolaridade radical - direitos adquiridos, que seriam totalmente intangíveis pelo direito novo, opostos às meras expectativas de direito, totalmente desprotegidas contra as inovações -, as Cortes de Justiça dos países mais desenvolvidos, em especial a Europeia e a Corte constitucional alemã, inseriram definitivamente um terceiro ponto mediano, os direitos de transição, como direito fundamental. A Justiça prospectiva pode designar assim tanto os direitos de transição como mecanismos impostos ao legislador, ao juiz ou ao administrador, garantidores da previsibilidade do direito.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ PRÉVÉDOUROU, Eugénie. *Le principe de confiance légitime en droit public français, Institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel, études 8, Droit et économie*, P.N. Sakkoulas, Atenas, 1998 *apud* VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, op. cit.*, p. 234.

⁴⁸⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Justiça Prospectiva no Imposto Sobre a Renda, op. cit.*, p. 164.

⁴⁸⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Justiça Prospectiva no Imposto Sobre a Renda, op. cit.*, p. 168.

Quando uma situação jurídica subjetiva tem a sua formação iniciada, por incitamento do Poder Público, devido ao seu caráter vantajoso, ela levanta no sujeito expectativas e esperanças de vê-la concretizada, que podem assumir relevância e repercussão social tamanhas, que sua desconsideração poderia conduzir a uma prejudicial instabilidade jurídico-social, a qual demanda, então, formulação de normas de transição, que, nos dizeres de TOLEDO:

São (...) inseridas nos artigos da nova lei, concedendo determinado prazo para os titulares dos direitos afetados se conformarem à nova lei ou estipulando efeitos diferenciados da nova lei aos titulares de direitos por ela atingidos, mediante seu tratamento distinto, conforme a situação jurídica em que se encontravam quando da sua entrada em vigor.⁴⁸⁷

As normas de transição têm especial aplicação no atual contexto, em que o Estado, através de normas jurídicas, torna-se incitador de atitudes por parte do particular, como afirma MARTINS-COSTA: "o Estado-incitador propõe políticas públicas, diretrizes a serem alcançadas pela ação pública ou privada numa relação que não é mais de subordinação, mas de coordenação e de cooperação, falando-se, então, na 'consensualidade nas decisões administrativas'^{488,489}. "Quanto maior a relação de cooperação do cidadão com o Estado, tanto maior será a pretensão de permanência dos reflexos jurídicos da sua ação."⁴⁹⁰

A segurança jurídica, assim, não mais está posta linearmente, através da legalidade; ela, como vetor do objetivo "estabilidade", carrega consigo o princípio da proteção da confiança do cidadão, como expectativa legítima a certo comportamento estatal que viabilize o livre desenvolvimento da personalidade, ou a expansão de um direito fundamental, atuando sobre campos semânticos diversos:

Forma e estrutura estão mudadas, e mescladas. O surgimento das políticas públicas, diz Morand, teve uma influência profunda sobre as formas jurídicas,

⁴⁸⁷ TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 207.

⁴⁸⁸ "Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais.

Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas novas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele." (COUTO E SILVA, Almiro do. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul n. 27, p. 181-208. Porto Alegre, 2004, p. 202)

⁴⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, op. cit., p. 137-138.

⁴⁹⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 400-401.

pois, à estrutura linear e bem ordenada do direito moderno (conjuntura onde traçado o tradicional significado do princípio da segurança jurídica), sucedem, "sans la remplacer tout à fait, des formes complexes qui font penser à celle du labyrinthe".⁴⁹¹ Nesse labirinto, o fio de Ariadne é o princípio da confiança que agora recobre, com seu campo semântico próprio, com sua significação ativa e propulsiva, o estático princípio da segurança jurídica até então considerado como a *mimesis* do princípio da legalidade.⁴⁹²

Indubitável, como assevera MARTINS-COSTA, sob tal influxo, a necessidade de proteção de estados de fato que não se põem, a rigor, como direitos adquiridos, mas como situações de fundada confiança ou de fundada expectativa em certo comportamento estatal⁴⁹³, como ressaltado anteriormente.

A previsibilidade (ou calculabilidade), nesse panorama, avulta-se em importância, pois se trata precisamente da capacidade de antecipar o espectro de consequências alternativamente aplicáveis a atos ou fatos e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será efetivamente aplicada, conforme definição fornecida por ÁVILA. Ora, considerando que a calculabilidade é instrumento para que o indivíduo seja capaz de planejar e de conceber o seu futuro, ampliando o seu âmbito de livre ação, o espectro de consequências normativas atribuíveis a atos ou fatos não pode ser muito amplo, bem como as alternativas não devem ser muito discrepantes entre si, e o espectro de tempo dentro do qual haverá uma confirmação da consequência aplicável também não pode ser demasiadamente extenso. "Isso porque, se existirem incalculáveis consequências, muito diferentes entre si, o indivíduo não tem como, com autonomia e liberdade, fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro." Havendo opções muito disparatadas entre si, ocorrendo qualquer uma delas, haverá não somente surpresa, mas surpresa intensa.⁴⁹⁴

É preciso, na maior medida quanto possível, que mudanças de conduta do Poder Público sejam antecipáveis, que não sejam bruscas e que se situem dentro de parâmetros dos quais os Poderes não podem se afastar:

Em outras palavras, só haverá calculabilidade se houver anterioridade, continuidade e vinculatividade. Todos esses elementos mantêm relação com a

⁴⁹¹ MORAND, Charles-Albert. *Le droit neo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 194 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁹² MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, *op. cit.*, p. 139-140.

⁴⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 647.

duração do tempo, que liga o passado e o futuro, tornando o passado (que não é mais) algo interessante, e o futuro (que ainda não ocorreu), um crédito.⁴⁹⁵

Nesse sentido, uma das decorrências do dever de continuidade normativa é a graduabilidade da mudança, repisando que tal exigência não corresponde ao impedimento de mudanças, mas implica o impedimento de que estas fujam do espectro material e temporal de consequências antecipáveis pelo contribuinte, terminando por frustrar a confiança daqueles que, com apoio nas normas jurídicas então em vigor, tomaram decisões, adotaram condutas, optaram por um tipo de negócio.⁴⁹⁶ Como aponta COELHO: "Que as mutações sejam inevitáveis, ninguém duvida. O que se pretende, porém, é que não sejam tumultuárias e nada convincentes, pois precisam guardar respeito aos princípios diretores do sistema jurídico, ser razoáveis e dotadas de racionalidade (*ratio*)."⁴⁹⁷

A partir daí, decorre, então, a exigência de continuidade normativa, como dever de evitar mudanças abruptas, desconexas ou inconsistentes, temperando a mudança e atribuindo ao Direito um ritmo estável. As mudanças, portanto, devem submeter-se a um jogo de ponderações, a considerar, essencialmente, a proibição de excesso e a proporcionalidade.⁴⁹⁸

Ao examinar os sentidos do termo *proporcionalidade*, TÔRRES, de antemão, ressalta as dificuldades doutrinárias em conceituá-lo, a partir da miríade de termos que se utilizou ou que se utiliza para a sua designação: "princípio da adequação", da "necessidade", da "menor interferência possível", do "mínimo de intervenção", do "meio mais suave ou mais moderado", da "proibição de excesso", da "razoabilidade", todos tratados como se fossem sinônimos ou subespécies. Na prática, a dificuldade relatada advém da impossibilidade de se estabelecer um conceito que possa bem especificar o controle sobre as restrições legislativas, judiciais ou administrativas geradas sobre direitos ou garantias fundamentais, "que não poderiam nunca chegar ao ponto da extinção do direito ou sua redução excessiva, desnecessária, inadequada, mas que se reserve à menor interferência possível."⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 648.

⁴⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 656.

⁴⁹⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. - competência dos Tribunais Superiores para fixá-la - questões conexas*. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et alii (orgs.). *Efeito ex nunca e as decisões do STF*. São Paulo: Manole, 2008, p. 61.

⁴⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos, op. cit., p. 137.

⁴⁹⁹ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 987-988.

As funções da proporcionalidade no ordenamento jurídico são variadas, destacando-se, dentre as mais rigorosas formulações, as seguintes, sumariadas por TÔRRES: como "princípio" (José Souto Maior Borges), como "pauta de aplicação do direito" (Eros Grau) ou como "garantia constitucional" de princípios contra excessos de "restrições infraconstitucionais" (como prefere TÔRRES).⁵⁰⁰

A proporcionalidade, pois, como princípio-garantia, tem como função:

preservar o conteúdo essencial dos direitos e liberdades contra o arbítrio, afetações inadequadas à relação meio-fim ou que ultrapasse o limite da necessidade, segundo uma relação entre a medida adotada e os fins constitucionais da competência que autoriza a restrição. Converter a proporcionalidade em um método de aplicação desprovido de vínculo material com a realização da justiça ou com a efetividade dos direitos fundamentais que protege seria algo de todo incoerente com sua própria função de controle das restrições.⁵⁰¹

PONTES entende que o princípio da proporcionalidade apresenta duas dimensões, complementares entre si: uma dimensão de princípio geral de vedação do arbítrio estatal e outra de concretização prática dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais. Ao explicitar o alcance de ambas as dimensões, assevera:

Como cláusula geral antiarbítrio, o princípio da proporcionalidade exerce, em relação ao Estado, uma função negativa ou de proteção. Tomado nessa dimensão, o princípio da proporcionalidade constitui verdadeira norma de bloqueio, isto é, comando jurídico no qual se sobressai a função de proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias.

Na segunda dimensão, a proporcionalidade consubstancia um instrumento de concretização ótima das pretensões constitucionais que aparentemente possam apresentar-se contraditórias. Assim concebido, o princípio da proporcionalidade desempenha notável função positiva de afirmação da normatividade dos comandos constitucionais.

Tanto quando desempenha função negativa ou positiva, o princípio da proporcionalidade exerce dupla missão de constituir o limite e o fim da atuação estatal. Portanto, independentemente da dimensão que assumo, o princípio da proporcionalidade consubstancia sempre um juízo de adequação, necessidade e conformidade entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto.⁵⁰²

Em sua obra, PONTES deixa evidente que, ao se afirmar pela necessidade de submissão do Estado ao princípio da proporcionalidade, tem-se a imposição de um limite

⁵⁰⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 989.

⁵⁰¹ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 992.

⁵⁰² PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 57.

jurídico – constitucional – à ação normativa estatal⁵⁰³ e, portanto, às alterações de entendimento por parte do Poder Público. Consoante BONAVIDES,

Em nosso ordenamento constitucional, não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.⁵⁰⁴

A garantia da proporcionalidade imanta, destarte, todos os princípios e regras constitucionais, pois, nos dizeres de GUERRA FILHO,

(...) a opção do legislador constituinte brasileiro por um Estado Democrático de Direito, com objetivos que na prática se conflitam, bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais, coimplica a adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.⁵⁰⁵

Para TÔRRES, a garantia de proporcionalidade exige, assim, o recurso, em ordem sucessiva, (a) aos critérios de idoneidade ou da adequação da medida, (b) da medida menos restritiva, logo, no limite da necessidade, além daquele relativo à verificação da proporcionalidade *stricto sensu*, apurada entre esses meios e os fins constitucionalmente legítimos. Em outras palavras:

deve-se demonstrar a efetiva idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado pretendido, de forma a garantir que qualquer restrição estatal a direitos fundamentais deva ser examinada quanto à efetiva adequação para obter o fim constitucionalmente desejado; em seguida, a partir do exame de adequação, o teste da necessidade do meio, ou do melhor "meio" para o atingimento desse fim, com preferência sobre aquele de menor restrição e coerente com os valores constitucionais, para atingir os fins propostos; e, por fim, atendidos os testes anteriores, a verificação da proporcionalidade *stricto sensu*, para determinar se os sacrifícios decorrentes da restrição ou intervenção estatal sobre direitos ou liberdades são aceitáveis, em face das necessidades ou propósitos de justificação das referidas medidas restritivas. E, como defesa contra atos que não atendam aos requisitos assinalados, conjunta e sucessivamente, deve-se reconhecer sua inconstitucionalidade, quando a relação entre meios escolhidos e a finalidade não atenda aos requisitos constitucionalmente legítimos, pela inadequação, a

⁵⁰³ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. *Op. cit.*, p. 51.

⁵⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 394-395.

⁵⁰⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 84 *apud* PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em www.aduaneiras.com.br. Acesso em 20 de junho de 2011, p. 07.

desnecessidade da medida restritiva ou mesmo pela desproporcionalidade identificada na proporcionalidade *stricto sensu*.⁵⁰⁶

Ante o exposto, considerando os pressupostos já lançados no decorrer do presente trabalho, conclui-se que, em situações de modificação legislativa, de entendimento administrativo ou jurisprudencial, que atinjam fatos jurídicos não completos, em que parte de sua formação está no passado, e outra parte, no presente e futuro (*rectius*: legítimas expectativas), o princípio constitucional da proteção da confiança, decorrente do sobreprincípio da segurança jurídica, ganha o contorno de justiça prospectiva, vedando a mera alteração da conduta pública, sem maiores justificativas, surgindo daí a obrigação geral, dirigida ao Estado, de atenuar as frustrações relativas àquilo que se teria alcançado, se não tivesse havido a intervenção estatal, abortando-se a promessa, o incentivo, o benefício, com fundamento na proporcionalidade. "Técnicamente, não se deve falar em vedação de retroação, mas antes de confiança a proteger e de boa-fé objetiva."⁵⁰⁷

No ordenamento jurídico tributário brasileiro, é possível encontrar princípios e regras de transição temporal, fundadas na proteção da confiança do contribuinte no Estado-Exator, normas essas que já vêm, mesmo que de maneira oblíqua, albergando as legítimas expectativas dos contribuintes na permanência de leis, entendimentos administrativos ou jurisprudência em matéria tributária, valorando, portanto, as promessas estatais quanto à estabilidade jurídica, em verdadeiras aplicações concretas da justiça prospectiva. É o caso, (1) quanto ao Poder Legislativo, do princípio constitucional da não surpresa; (2) das regras dos artigos 100, parágrafo único, e 146 do Código Tributário Nacional quanto ao Poder Executivo (administração tributária); (3) do dever de modulação dos efeitos das alterações de jurisprudência, no que tange ao Poder Judiciário.

5.3 Princípios e regras de transição em matéria tributária no âmbito dos três Poderes estatais

5.3.1 No âmbito do Legislativo: o princípio da não surpresa (a anterioridade tributária e a espera nonagesimal)

⁵⁰⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, op. cit., p. 1013-1014.

⁵⁰⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 556.

Nos termos do artigo 150, inciso III, alínea "b", da Constituição de 1988, é vedada a cobrança de tributos "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou", configurando essa a chamada regra da anterioridade tributária.⁵⁰⁸

Como que complementando a anterioridade, a Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, acrescentou ao inciso III do artigo 150 a alínea "c", vedando a cobrança de tributos antes de decorrido o prazo de 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou majorou, sem prejuízo da observância da alínea "b". Trata-se da regra da anterioridade nonagesimal (ou noventena), portanto, de um *plus* relativamente àquela do exercício.⁵⁰⁹

Há, no próprio texto constitucional (parágrafo 1º do artigo 150), exceções para alguns casos, em que não serão aplicados ambos os prazos de espera: as proibições não se aplicam aos tributos previstos nos artigos 148, I (empréstimo compulsório para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência), 153, I (imposto sobre a importação de produtos estrangeiros), II (imposto sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados), e V (imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários), e 154, II (impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa).

Ressalta-se que, quanto ao imposto previsto no artigo 153, IV (imposto sobre produtos industrializados), não será aplicada apenas a anterioridade, aplicando-se-lhe normalmente a espera nonagesimal. Já quanto à anterioridade de 90 dias, a Carta a afasta também quanto ao imposto previsto no artigo 153, III (imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza), aplicando-lhe apenas a anterioridade simples. Por fim, no que tange à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos artigos 155, III (imposto sobre a propriedade de veículos automotores), e 156, I (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), igualmente se encontra excepcionada a espera nonagesimal.

Destaca-se que os tributos excepcionados da regra da anterioridade são, em sua maior parte, aqueles relacionados ao comércio exterior ou a casos realmente extraordinários, como observa ÁVILA⁵¹⁰: os primeiros merecem exceção em virtude de a sua configuração estar atrelada à liberdade de configuração do Poder Executivo de dirigir a economia e de

⁵⁰⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 59.

⁵⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 653.

⁵¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 652, 653.

atingir finalidades extrafiscais; já os segundos legitimam a exclusão em virtude de situação de anormalidade, causadora de despesas cujo financiamento não pode ser impedido pela prorrogação da cobrança. Nota-se, por fim, que os chamados tributos periódicos se encontram excluídos da regra da noventena (o imposto de renda de forma ampla, e o IPVA e o IPTU quanto à sua base de cálculo) por sua característica anual, impedindo o texto constitucional apenas que sua alteração ocorra dentro de um mesmo exercício (possibilitando, assim, a modificação em 31 de dezembro, com cobrança já a partir de 1º de janeiro).

As regras da anterioridade anual e nonagesimal configuram, conjuntamente à anualidade orçamentária, o chamado princípio da não surpresa tributária, como leciona MANEIRA.⁵¹¹

A anualidade, não obstante ser regra de presença histórica no Brasil e no Direito Comparado, não mais subsiste no sistema pátrio em matéria de Direito Tributário, agindo tão somente no âmbito do Direito Financeiro (sobre a lei orçamentária), razão pela qual não será objeto do presente estudo. Cumpre ressaltar, apesar disso, que a regra, que obrigava o Parlamento a autorizar anualmente o exercício do poder de tributar por parte do Poder Executivo, através de autorização orçamentária, evoluiu, no ordenamento brasileiro, para a atual regra da anterioridade, que veda a instituição ou majoração de tributo em um mesmo exercício (ano civil).

A anterioridade se apresenta como instituto jurídico exclusivo do ordenamento brasileiro, forma de evolução da anualidade em decorrência da concepção perene do tributo, pois, enquanto com a anualidade havia necessidade de que o legislador referendasse anualmente – por meio da lei orçamentária – as leis de cobrança dos tributos, com a anterioridade há "apenas" a garantia de que qualquer criação ou majoração de tributos somente alcançará os contribuintes no exercício financeiro seguinte ao da publicação da respectiva lei⁵¹², ou seja, apenas no futuro, resguardando o passado e o presente.

Assim, conforme MANEIRA, a anterioridade reveste-se de verdadeira garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais arbítrios por parte do Poder tributante, complementada pela espera nonagesimal:

⁵¹¹ MANEIRA, Eduardo. *Direito tributário: o princípio da não-surpresa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 24.

⁵¹² MENDONÇA, Gabriel Prado Amarante de. *A irretroatividade, anterioridade e espera nonagesimal nas modificações de jurisprudência em Direito Tributário*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 174.

A anterioridade é do tipo das garantias que revelam o direito objeto de sua tutela, qual seja o direito de, num Estado Democrático de Direito, o contribuinte não ser surpreendido pela imposição tributária; em suma, o direito à segurança jurídica.⁵¹³

Inicialmente aplicável apenas às contribuições previdenciárias do artigo 195 da Constituição (parágrafo 6º), a anterioridade nonagesimal foi estendida posteriormente a todos os tributos (como já frisado, pela EC nº 42/2003) – ressalvadas as exceções constitucionais já existentes quanto à anterioridade, com algumas poucas alterações, de modo que se igualou em grau de relevância à anterioridade das leis tributárias no bojo do artigo 150 da Constituição:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Nesse sentido, conforme afirma MENDONÇA, surge com a espera nonagesimal um mecanismo de materialização da proporcionalidade na aplicação da própria anterioridade:

(...) como já se provou em diversas circunstâncias, a regra da anterioridade fica absolutamente esvaziada quando o tributo é criado ou aumentado no apagar das luzes de um exercício financeiro: a criação de um tributo em 31 de dezembro – último dia do exercício – permite sua cobrança no dia seguinte, 1º de janeiro – primeiro dia do exercício seguinte. Pela espera nonagesimal, a criação ou aumento de tributo deve respeitar um período mínimo de noventa dias a partir da publicação da respectiva lei, prazo estipulado como suficiente para resguardar aquele que o princípio maior por detrás da anterioridade, o da não-surpresa.⁵¹⁴

Sobre o tema, BARROS CARVALHO afirma que a vigência das normas tributárias no tempo carrega uma particularidade, qual seja a exigência do respeito ao princípio da anterioridade. Para o autor, não existe vigor da norma tributária antes de

⁵¹³ MANEIRA, Eduardo. *Direito tributário: o princípio da não-surpresa*, op. cit., p. 148.

⁵¹⁴ MENDONÇA, Gabriel Prado Amarante de. *A irretroatividade, anterioridade e espera nonagesimal nas modificações de jurisprudência em Direito Tributário*, op. cit., p. 181.

cumprida a espera, nos termos do artigo 150, III, da Carta de 1988 – salvo as exceções expressas –, ficando, dessa forma, a eficácia jurídica dos fatos previstos na norma protelada até o início do próximo exercício financeiro. Cuida-se, na verdade, de uma questão de vigência. O jurista aduz que há, no caso em tela, a convergência de dois fatores condicionantes que interagem de modo a deslocar o termo inicial da vigência da lei para o primeiro dia do novo exercício financeiro, em vez dos 45 dias depois de publicada (conforme o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil) ou em outra data estabelecida. Desse modo, trata-se de uma vigência diferenciada da norma, estabelecida imperiosamente pelo sistema constitucional tributário.⁵¹⁵

Para DERZI, em atualização à obra de BALEEIRO, a proibição da surpresa tributária aponta em direção ao planejamento, ao conhecimento antecipado, reforçando, de forma significativa, o princípio da segurança jurídica.⁵¹⁶ DERZI faz referência a duas teses levantadas em torno das expressões “cobrar” e “exigir”, utilizadas pela Constituição Federal na formulação literal do princípio da anterioridade e do período nonagesimal:

A primeira fulminaria a proibição da surpresa tributária ao dar às expressões “cobrar”, presente no artigo 150, III, “b”, e “exigir”, do artigo 195, parágrafo 6º, sentidos estritos: sendo publicada a lei, ela poderia entrar em vigor imediato e desencadear efeitos, sendo o período de espera necessário apenas para o desencadeamento da cobrança, isto é, o período equivaleria a uma espécie de prazo de pagamento, não atingindo os fatos geradores das obrigações tributárias ocorridos a partir da vigência da lei instituidora ou majoradora de tributo. Essa tese, no entanto, não encontra lastro na jurisprudência e doutrina majoritárias, dando lugar a uma segunda tese, também exposta por DERZI.

A segunda tese, que adia a plena eficácia da norma, garantindo o princípio da não surpresa tributária, é vitoriosa nos tribunais e na doutrina. Essa tese faz a distinção entre justiça, validade e eficácia da norma - distinção proposta por BOBBIO⁵¹⁷ -, na qual a verificação da correta compreensão da norma depende do contraste entre o que é real e o que é ideal, de acordo com o aspecto da justiça da norma.

Sendo assim, para DERZI, a única interpretação compatível é aquela que permite a adequada proteção da segurança jurídica, pela abolição da “surpresa” tributária:

⁵¹⁵ BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*, *op. cit.*, p. 87-88.

⁵¹⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, *op. cit.*, p. 171.

⁵¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del Diritto*. Torino: Giappichelli Ed., 1958, p. 35-38 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, *op. cit.*, p. 172.

O art. 150, III, b, e o art. 195, 6º, da Constituição, distinguiram entre vigência e aplicação das leis tributárias que instituem e majoram tributo. Determinam que, se entram em vigor em determinado exercício, só devem ser aplicadas no subsequente, ou, então, depois de decorrido o interstício de 90 dias.

Enfim, o princípio da anterioridade das leis tributárias tem como efeito obstar a eficácia das normas que criam ou aumentam qualquer tipo de exação fiscal (salvo as exceções expressamente consignadas no Texto), impedindo a sua aplicabilidade, executoriedade e exigibilidade até o exercício subsequente àquele no qual tenham entrado em vigor. (...)⁵¹⁸

Percebe-se, assim, o forte caráter de norma transitória que a anterioridade detém, pois adia a eficácia da norma instituidora ou majoradora de tributos, permitindo aos contribuintes a adequação de suas vidas, de suas atividades profissionais, de suas finanças, remoldando sua situação econômica para permitir o adimplemento da obrigação futura e certa. É o que prediz COELHO:

O princípio da anterioridade expressa a ideia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo, dessa forma, organizar e planejar seus negócios e atividades.⁵¹⁹

Como efeito, a observância da regra da anterioridade assegura aos governados “tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação” e, ao governo, o “respeito dos governados”.⁵²⁰ A regra coaduna, então, com o objetivo “previsibilidade” (ou “calculabilidade”) perseguido pelo princípio da segurança jurídica, pois garante a antecipação da mudança normativa ou, ao menos, a sua previsão, “porquanto auxilia para que os contribuintes possam contar com a possibilidade de mudança normativa no final do exercício financeiro.”⁵²¹ Como destaca ÁVILA, a ideia de anterioridade encontra-se intrinsecamente ligada à noção de duração no tempo:

a salvaguarda contra a surpresa exige periodicidade, de modo a permitir certa consciência do presente. A exigência de anterioridade, portanto, periodiza o tempo e lhe dá sentido de uma unidade, protegendo, na arguta observação de FERRAZ JÚNIOR, os eventos que dentro dela acontecem contra alterações legais que ocorram no período.⁵²² ATALIBA igualmente afasta a tributação, com base na

⁵¹⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, op. cit., p. 173.

⁵¹⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*, op. cit., p. 213

⁵²⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*, op. cit., p. 214

⁵²¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 649.

⁵²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. *RDDT*, São Paulo, n. 56, p. 125, 2001 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 649.

exigência de anterioridade, sobre todos os fatos formativos do fato imponible, na sua mais lata compreensão, afastando, por incompatível com o princípio da segurança jurídica, interpretações, baseada em tecnicismos, no sentido de que o fato gerador não se teria consumado.⁵²³

Como conclui SPAGNOL, fica claro o objetivo do legislador em evitar – sempre que possível – que o contribuinte seja surpreendido pela instituição ou pela majoração de tributos.⁵²⁴ Pelo princípio da não surpresa, busca-se garantir, destarte, que o contribuinte possa dispor de certa previsibilidade quanto à tributação futura, justamente na transição temporal do presente para o futuro.

SPAGNOL ainda chama a atenção para o fato de o Supremo Tribunal Federal considerar a regra da anterioridade cláusula constitucional pétrea, não passível, portanto, de supressão via emenda constitucional.⁵²⁵ Trata-se de julgamento sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que incluiu na Carta Constitucional a competência da União para instituir o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), determinando que o imposto não se submeteria à anterioridade. No mesmo ano foi editada a Lei Complementar nº 77, instituindo o referido imposto, com cobrança prevista para o mesmo exercício. Em razão disso, o STF declarou, de um lado, a inconstitucionalidade da própria emenda constitucional, pela violação à proibição de modificação de cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º), em cujo rol incluiu a garantia de anterioridade de exercício. Declarou, ademais, a inconstitucionalidade também da Lei Complementar nº 77/93, sem redução de texto, no ponto em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (artigo 28):

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150,

⁵²³ ATALIBA, Geraldo. Segurança do Direito, tributação e anterioridade. *RDT*, São Paulo, n. 27-28, p. 71, 1984 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 649.

⁵²⁴ SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 113.

⁵²⁵ SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Tributário*, *op. cit.*, p. 116.

III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); (...)

3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, Publicado no DJE de 18.03.1994)

Ao afirmar que a anterioridade é cláusula pétrea constitucional, o Supremo Tribunal Federal considerou a importância da segurança jurídica como princípio base do ordenamento pátrio de 1988, já que a regra é instrumento de calculabilidade do Direito, e "a sua consideração como cláusula pétrea funciona como uma forma de atribuir fundamentalidade direta aos regramentos da segurança jurídica estabelecidos pelo texto constitucional, como é o caso das regras da irretroatividade e da legalidade, e indireta, à própria segurança jurídica."⁵²⁶ No mesmo sentido, as palavras de RABELLO FILHO:

O Estado deve atuar sempre com lealdade em face das pessoas (físicas e jurídicas), pautar-se invariavelmente de modo a não surpreendê-las (não surpresa) com as medidas tomadas. (...) o princípio da anterioridade da lei tributária é inequívoca forma de dar-se efetivação ao princípio da segurança jurídica, na medida em que faz com que o cidadão saiba, num dado exercício financeiro, que no exercício seguinte ele terá uma carga tributária (inteiramente) nova ou majorada. Com essa exigência, o cidadão fica sabendo, com antecedência, que no próximo exercício financeiro terá um incremento em seus encargos tributários. É, pois, previsibilidade objetiva, concedida ao contribuinte, no que diz respeito à tributação.⁵²⁷

A razão pela qual se considera a regra constitucional da anterioridade como "regra de transição" em matéria tributária dá-se justamente por tais razões: ao atenuar a mudança do Direito presente para o Direito futuro, suavizando a transição, a referida regra permite aos contribuintes maiores condições para planejar, com autonomia e dentro dos limites do Direito, o seu futuro, baseando-se na normatividade tributária posta pelo

⁵²⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 650.

⁵²⁷ RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O Princípio da Anterioridade da Lei Tributária*. São Paulo: RT, 2002, p. 100, 103.

legislador - promessa legislativa que não pode ser abruptamente quebrada -, pois os cidadãos confiaram na legislação vigente, e, a despeito de ser razoável esperar a mudança das leis ante a plena autonomia legislativa em alterá-las, é irrazoável que tal modificação seja abrupta, violando a confiança depositada pelos indivíduos na perenidade legal. Quanto ao ponto, vale transcrição de lição de PAULSEN:

(...) a anterioridade é mais ainda, não se limitando a afastar aquilo que seja brusco e inesperado, o que pegue de improviso, mas, sim, assegurando conhecimento antecipado, por tempo suficiente, do que advirá já com certeza, pois decorrente de lei publicada. Mais do que previsibilidade e do que não surpresa, pois, cuida-se de assegurar ao contribuinte o conhecimento antecipado daquilo que, sendo decorrente de lei estrita devidamente publicada, ser-lhe-á com certeza imposto, incidindo sobre os atos que então venham a ser praticados ou sobre os fatos ou situações que se verifiquem em conformidade com a previsão legal, após o decurso de noventa dias em se tratando de contribuições de seguridade social. (...) Não se trata, efetivamente, de simplesmente evitar a surpresa, o sobressalto, o inesperado, mas de garantir um interstício de tempo entre a publicação da lei nova mais gravosa ao início da sua incidência, permitindo que o contribuinte se prepare para aquilo que sabe, por força de lei já publicada, que lhe será imposto.⁵²⁸

Último tema merece destaque no que tange à anterioridade: recente (e aparente) alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange à aplicação da Súmula nº 615, de 17.10.1984, que prediz: "O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM."⁵²⁹ Ante a redação da referida súmula, nota-se que era entendimento do Supremo que a revogação da isenção, no curso do exercício, tornava o tributo imediatamente exigível, sem que sua cobrança precisasse aguardar até o início do exercício seguinte ao da sua instituição ou do seu aumento.

A referida compreensão partia do pressuposto de que "instituição e aumento" apenas se verificavam quando houvesse tributo novo ou elevação da alíquota, situações incorrentes quanto da revogação de isenção fiscal, bem como em hipóteses de modificação de critérios de dimensionamento do cálculo de créditos nos impostos não cumulativos. Tal entendimento, contudo, ao menos em sede cautelar, foi modificado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando a questão do princípio da anterioridade, deferiu, em parte, a cautelar para, mediante interpretação conforme à Constituição e sem redução de texto, afastar a eficácia do artigo 7º da Lei

⁵²⁸ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.

⁵²⁹ STF, Tribunal Pleno, Aprovada em 17.10.1984, Publicada no DJ de 29.10.1984, p. 18115; DJ de 30.10.1984, p. 18203; DJ de 31.10.1984, p. 18287

Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000, no tocante à inserção do § 5º do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96 e às inovações introduzidas no artigo 33, II, da referida lei, bem como à inserção do inciso IV. Observar-se-á, em relação a esses dispositivos, a vigência consentânea com o dispositivo constitucional da anterioridade, vale dizer, terão eficácia a partir de 1º de janeiro de 2001. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), indeferiu a cautelar no que toca ao mais. Votou o Presidente. Não votou o Senhor Ministro Carlos Britto por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão que já proferira voto. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Nelson Jobim, Presidente. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente. Plenário, 23.09.2004. (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.325 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicado no DJ de 06.10.2006)

O julgamento em lume tratava das modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 102/2000 na Lei Complementar nº 87/96, que criou limitações ao creditamento do ICMS em operações que envolviam ativo permanente, energia elétrica e telecomunicação: quanto ao ativo permanente, o contribuinte podia, antes das alterações, aproveitar imediatamente todos os créditos decorrentes da aquisição, mas, após, somente 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês; no caso de operações envolvendo energia elétrica e serviços de telefonia, anteriormente às modificações, todo contribuinte tinha direito de se creditar do imposto incidente em sua aquisição, mas, com a modificação legislativa, apenas os que desenvolvem atividades industriais foram autorizados. Em resumo: a despeito de não ter havido aumento da carga tributária por meio de instituição de novo tributo ou aumento da alíquota, houve um acréscimo indireto ou oblíquo, já que a restrição no direito de crédito do ICMS conduziu a um aumento no valor do débito a pagar.

Precisamente pelo fato de, na prática, haver um efetivo agravamento da situação do contribuinte ao calcular os seus débitos do imposto, ante a redução dos créditos aproveitáveis, o Tribunal, por unanimidade, apreciando a extensão da regra da anterioridade, deferiu, em parte, a medida cautelar para, mediante interpretação conforme a Constituição e sem redução de texto, afastar a eficácia do artigo 7º da Lei Complementar nº 102/2000⁵³⁰, no tocante à inserção do parágrafo 5º no artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96 e a inovações introduzidas no artigo 33, inciso II, da referida lei, bem como à inserção do inciso IV.

5.3.2 No âmbito do Executivo: regras de condutas administrativas previstas pelos artigos 100, parágrafo único, e 146 do Código Tributário Nacional

⁵³⁰ "Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor no primeiro dia do mês subsequente ao da sua publicação."

No Código Tributário Nacional, podem ser identificados dois importantes dispositivos que consubstanciam regras de transição quanto à mudança de entendimento da Administração Tributária, protegendo, pois, os contribuintes que se fiaram nas promessas empenhadas pelo Poder Executivo: o parágrafo único do artigo 100 e o artigo 146. Confira-se, *in verbis*, a redação de ambos:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Consoante afirma DERZI, ambos os dispositivos configuram evidentes aplicações da proteção da confiança e da boa-fé objetiva no Direito Tributário, preservando a estabilidade das relações jurídicas, a certeza e a segurança.⁵³¹

O primeiro dispositivo em análise traz regra que estabelece eficácia prática às chamadas "normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos"⁵³², uma vez que o contribuinte que agir em conformidade com elas não ficará exposto a penalidades, juros moratórios e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, caso interpretação diversa vier a ser adotada pelo Fisco, como pondera BALEEIRO: "Os fatos anteriores à mudança de interpretação, ou aplicação da lei, ficarão resguardados contra essas vicissitudes."⁵³³

⁵³¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito, sob o Signo da segurança e da Proteção da Confiança. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário...*, op. cit., p. 245-284.

⁵³² Frisa-se que, conforme alerta de BALEEIRO, as normas complementares previstas no artigo 100 do CTN não devem ser confundidas com leis complementares: o rol apresentado é relativo a fontes secundárias que integram a legislação tributária. (In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 649)

⁵³³ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 649.

Já o segundo dispositivo define, em nível infraconstitucional, como aponta PAULSEN, a necessidade de proteção da confiança do contribuinte na Administração Tributária, "abarcando, de um lado, a impossibilidade de retratação de atos administrativos concretos que implique prejuízo relativamente à situação consolidada à luz de critérios anteriormente adotados e, de outro, a irretroatividade de atos administrativos normativos quando o contribuinte confiou nas normas anteriores."⁵³⁴

Observa-se, assim, que ambas as regras presentes no CTN vinculam a Administração Tributária ao seu entendimento passado, garantindo ao contribuinte a perenidade das interpretações da norma tributária empreendidas pelo Executivo, em prestígio à confiança depositada nestas, representando verdadeiras regras de transição.

Novamente não se obriga o Poder Público a permanecer estático em suas compreensões e entendimentos das normas tributárias - a mudança pode perfeitamente ocorrer -; o que se obriga com os dispositivos é que o Administrador não altere a sua inteligência de maneira aleatória, afetando relações jurídicas constituídas ou em curso de constituição: eventual nova interpretação tão somente poderá atingir fatos futuros, permitindo ao contribuinte adaptar-se na transição à nova compreensão da Administração.

A sutil diferença aplicativa entre ambos os dispositivos legais - um se refere a atos administrativos abstratos (artigo 100), enquanto outro, a ato administrativo concreto, o lançamento, (artigo 146) - é bem definida por DERZI:

(...) o art. 100 tolera parcialmente a retroatividade do ato administrativo abstrato e genérico, complementar ao regulamento, em homenagem ao princípio da legalidade, por força do qual somente lei cria, modifica ou extingue obrigação tributária. Mas tal retroatividade é profundamente atenuada para proteção da segurança e da confiança do contribuinte, proibindo o CTN a cobrança de quaisquer juros, multa ou correção monetária, na hipótese de mudança do teor do ato.

Entretanto, se o ato é individual (não normativo), estando o grau de certeza e liquidez determinado a certo contribuinte, a irretroatividade é plena. Evidentemente, nenhuma lesão de direito escapa à apreciação do Poder Judiciário. Se o ato administrativo individual é contrário às pretensões do contribuinte, poderá ser revisto judicialmente. Não obstante, será definitivo se aplicar a norma de forma mais favorável aos interesses do sujeito passivo. É o que estabelece outro dispositivo do Código Tributário Nacional, o art. 146. O lançamento equivale a uma norma jurídica individual, tanto quanto a sentença, desencadeadora de efeitos *inter partes*. Embora o ato administrativo não seja dotado da definitividade da coisa julgada, inerente às sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, uma vez emanado e cientificado ao sujeito passivo, não poderá ser revisto pela própria Administração em prejuízo do contribuinte.

⁵³⁴ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, op. cit., p. 240.

(...)

O dispositivo legal proíbe que ato superveniente estenda seus efeitos a fato pretérito, somente se convalidando para fato gerador futuro. Pressupõe exatamente que a modificação não colha de surpresa o contribuinte. É a irretroatividade plena do ato administrativo, ficando o contribuinte protegido contra as oscilações de interpretação, contra as mudanças na leitura da lei.

(...)

O parágrafo único do art. 100 tem teor diferente. Refere-se a atos, decisões ou práticas que tenham efeito normativo, isto é, aplicação genérica e abstrata (similar à da norma legal, embora secundária). Para esses atos, admite-se a retroação limitada (restrita à cobrança do tributo, em seu valor original, sem incidência de atualização monetária, juros ou multa), em respeito ao império da própria lei e de sua posição hierárquica dominante.⁵³⁵

COÊLHO, ao abordar o tema, assinala que, quando o ato administrativo normativo (com alto grau de abstração) traduzir a lei de modo posteriormente declarado inidôneo, por exemplo, mesmo assim estará o contribuinte resguardado quanto à equívoca interpretação da Fazenda Pública, que o terá induzido a erro ou, quando nada, a agir de certo modo posteriormente declarado incorreto, injurídico ou ilegal.⁵³⁶ Em parecer formulado conjuntamente por COÊLHO, DERZI e THEODORO JÚNIOR, restou refletida a questão:

A lei nova ou a decisão judicial posterior, quer ao lançamento, quer à extinção do crédito tributário, só possuem eficácia *ex nunc* – ou melhor – *ad futuram*. São peculiaridades do Direito Tributário que, se é marcado pelos princípios da capacidade contributiva, da justiça e da igualdade no momento da elaboração de suas normas, é igualmente imantado pelos princípios da previsibilidade, da certeza e da segurança do direito no concernente à aplicação e aos efeitos dessas mesmas normas fiscais relativamente aos contribuintes. Daí se extrai a força dos princípios da imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado, da anterioridade e da irretroatividade material (o que não pode retroagir, a rigor, não é apenas a lei geral ou a sentença – norma em sentido individual –, mas o próprio direito que venha a ser revelado pela lei nova, o ato administrativo e a decisão judicial posteriores a certos fatos ou atos já integralmente realizados).⁵³⁷

Como afirma NOGUEIRA, trata-se de aplicação do princípio *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Tributária, que "não pode punir ou onerar alguém por ter seguido as instruções ou orientações ainda que o fisco as venha repudiar posteriormente."⁵³⁸

⁵³⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 651-652.

⁵³⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 266.

⁵³⁷ Parecer formulado pelo Prof. Sacha Calmon conjuntamente com a Prof.^a Misabel Derzi e o Prof. Humberto Theodoro Júnior. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., p. 266-267.

⁵³⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60.

Especificamente sobre a exclusão das penalidades prevista pelo artigo 100 do CTN, ÁVILA afirma que, existindo um ato ou contrato administrativo em função do qual o contribuinte agiu, não se lhe pode ser imposta multa, uma vez que não há nenhum comportamento a ser punido. O ato, o contrato administrativo inválido ou mesmo a prática administrativa de agir com base nele consubstanciam atos normativos cuja observância afasta a imposição de penalidades, justamente pelo princípio da não contradição da Administração Pública.⁵³⁹ O professor afirma ainda que a vedação da imposição de tais penalidades é aplicável mesmo se o ato ou contrato administrativo for inválido.

MACHADO, na mesma trilha, define a "modificação de critério jurídico" que versa o artigo 146 do CTN, expondo os limites para tal alteração de entendimento por parte da Administração:

Há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa simplesmente muda de interpretação, substitui uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer das duas seja incorreta. Também há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, depois pretende alterar esse lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas admitidas e que enseja a determinação de um crédito tributário em valor diverso, geralmente mais elevado.⁵⁴⁰

Ora, o fim almejado pelos dispositivos está em perfeita consonância com o objetivo "previsibilidade" almejado pelo princípio da segurança jurídica, como bem observa LUNARDELLI, ao comentar especificamente o artigo 146 do CTN:

No Código Tributário Nacional há o art. 146, que, expressamente, veda a autoridade fazendária, quando do exercício de sua função fiscalizatória, modificar os critérios jurídicos adotados para a constituição de determinado crédito tributário, em relação ao qual o contribuinte já tenha manifestado, formalmente, sua discordância. Verifica-se aí a assertiva prescritiva que obriga a autoridade fiscal a aplicar novos critérios jurídicos apenas para aqueles fatos jurídicos que ainda não tenham ensejado a constituição de uma relação de crédito tributário.

O fim almejado por este dispositivo está em perfeita sintonia com o da Segurança Jurídica. Ainda que a constituição daquele crédito tributário tenha motivado uma relação contenciosa - quer administrativa, quer judicial - decorrente do insurgimento do sujeito passivo, é inconteste que o conflito que se estabelece dentro de tal relação processual deve estar restrito às questões de fato e de direito invocadas pela fiscalização quando da lavratura do auto de infração.

⁵³⁹ ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4., nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 06 jun. 2011.

⁵⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, op. cit., p. 194.

A Segurança Jurídica, portanto, mesmo dentro deste ambiente conflituoso, exige estabilidade da relação contenciosa, o que se consegue a partir da delimitação dos fatos e do direito considerados, tanto o direito material, quando o adjetivo, porquanto, assim o fazendo, ou seja, coordenando o "fluxo das interações inter-humanas" manifestadas dentro do processo judicial ou administrativo, atinge-se o fim pretendido, que é o "sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta". Efeito este esperado que será a produção de uma decisão final validando ou não a constituição daquela relação de crédito tributário.⁵⁴¹

TORRES igualmente destaca a suma relevância do artigo 146 do Código Tributário na proteção da legítima confiança do contribuinte, plasmada na expectativa de que o entendimento do Poder Executivo (Administração Tributária) não se altere fortuitamente:

Os critérios jurídicos utilizados para o lançamento pela Administração são inalteráveis com relação a um mesmo sujeito passivo, ainda que haja modificação na jurisprudência administrativa ou judicial. Esse princípio [inalterabilidade do lançamento], estampado no art. 146 do CTN, emana da segurança dos direitos individuais e da proteção da confiança do contribuinte. Aplica-se principalmente nos casos de consulta sobre a existência da relação tributária: se a Administração firmar determinado ponto de vista, favorável ao contribuinte, não poderá depois, nem mesmo em virtude de decisões administrativas ou judiciais, voltar atrás para exigir daquele contribuinte beneficiado o imposto devido por fatos pretéritos; apenas os fatos futuros ficarão sujeitos ao novo critério jurídico (cf. art. 48, § 12, da Lei 9.430/96).⁵⁴²

Orientando-se consoante a mais qualificada doutrina, o Superior Tribunal de Justiça tem protegido a boa-fé e a confiança dos particulares, ainda que a conduta administrativa tenha sido pautada por meros memorandos, v.g.:

O compromisso público assumido pelo Ministro Fazenda, através de "Memorando de Entendimento", para a suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição.

(...)

O compromisso público assumido pelo Governo, através de seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, presume-se tenha sido celebrado para ser cumprido. Se ali ficou estipulado que as execuções de créditos do Banco do Brasil seriam suspensas por noventa dias, desde que o devedor se dispusesse a um acerto de contas, é razoável pensar que esse seria o comportamento futuro do credor, pelo simples respeito à palavra empenhada em documento público, levado ao conhecimento da nação. (STJ, Quarta turma, RMS

⁵⁴¹ LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. As Decisões do Supremo Tribunal Federal e os Reflexos na Conduta dos Contribuintes - Desqualificação do Ilícito Tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (org.). *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 543-544.

⁵⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 279-280.

nº 6.183/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 14.11.1995. Publicação no DJ de 18.12.1995, p. 44.573)

Confiram-se mais julgados do STJ sobre o tema, aptos a demonstrar a aplicabilidade prática das regras em questão:

(a) Aplicação direta do parágrafo único do artigo 100 a casos em que o contribuinte seguiu à risca reiterada prática administrativa, posteriormente modificada, vendo-se obrigado a ingressar em juízo para ter garantido seu direito de recolher o tributo sem os respectivos encargos e a multa:

TRIBUTÁRIO. PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS. Se o contribuinte recolheu o tributo a base de prática administrativa adotada pelo Fisco, eventuais diferenças devidas só podem ser exigidas sem juros de mora e sem atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo (CTN, art. 100, III c/c parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido, em parte. (STJ, Segunda Turma, Recurso Especial nº 98.703/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 17.06.1998. Publicação no DJ de 03.08.1998, p. 179)

TRIBUTÁRIO. PRÁTICA REITERADA DE ATOS PELA ADMINISTRAÇÃO. PENALIDADE INAPLICÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 100, INC. III, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. Restando configurada a prática constante de atos pela administração, há de se aplicar o preceito insculpido no art. 100, III, parágrafo único, do CTN, que exclui o contribuinte da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.
2. Recurso improvido.

(...)

O caso em tela revela a pretensão da recorrente em reformar acórdão na parte em que entendeu indevida a aplicação de penalidades ao contribuinte, ora recorrido, por se encontrar configurada, *in casu*, reiterada prática adotada pela administração, conforme previsão do artigo 100, III, parágrafo único, do CTN, que assim dispõe: (*omissis*)

(...)

No caso presente, não estamos diante de uma norma complementar escrita, é a prática de certo ato de forma reiterada pela autoridade administrativa que integra o próprio conceito de legislação tributária, vinculando seu comportamento e obrigando o contribuinte nos limites de sua eficácia, afastando com isso o discricionarismo e garantindo maior grau de segurança aos contribuintes.

(...)

Deduz-se, pois, que o contribuinte merece ser protegido contra a mudança de critério adotado pelo Fisco na interpretação da legislação tributária. Ele não pode prejudicar, sobretudo punir, o contribuinte pelos fatos e atos anteriores à sua nova orientação. O princípio da segurança das relações jurídicas se sobrepõe para garantir a estabilidade necessária aos sujeitos das obrigações. (STJ, Primeira

Turma, Recurso Especial nº 162.616/CE, Rel. Min. José Delgado, julgado em 02.04.1998, Publicado em 15.06.1998, p. 56)

(b) Caso em que o contribuinte importou mercadorias, que foram classificadas em determinada categoria tributária pela Receita Federal quando de seu desembaraço aduaneiro para fins de incidência do IPI, classificação essa alterada posteriormente pelo Fisco para tornar mais gravosa a exação tributária, razão pela qual o contribuinte ingressou em juízo. A reclassificação aduaneira restou vedada pelo STJ, com base no artigo 146 do CTN:

TRIBUTÁRIO. IPI. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. AUTUAÇÃO POSTERIOR. REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO. SÚMULA 227/TRF. PRECEDENTES.

- Aceitando o Fisco a classificação feita pelo importador no momento do desembaraço alfandegário ao produto importado, a alteração posterior constitui-se em mudança de critério jurídico vedado pelo CTN.

- *Ratio essendi* da Súmula 227/TRF no sentido de que "a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento".

- Incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito.

- Recurso improvido.

(...)

No mérito, consoante se observa houve erro quanto a classificação tarifária da mercadoria desembaraçada cujas características constavam da Declaração de Importação. A mercadoria restou conferida pelo Agente Fiscal, na sua qualidade, quantidade, marca, modelo, tipo, referência, dimensão e outras características que a identificavam para fins de classificação tarifária, e aquela autoridade, ratificou a identificação física contida na Declaração de Importação. Concluída, a conferência aduaneira, sem impugnação de qualquer espécie, foi o produto desembaraçado e entregue a importador, após pagos os tributos correspondentes. Consequentemente, deve se presumir que a classificação tarifária indicada na Declaração de Importação estava consoante o enquadramento da mercadoria na tarifa legal. *In casu*, uma vez que incoorreu qualquer impugnação ao valor aduaneiro ou classificação tarifária da mercadoria, a revisão de ofício do lançamento só poderia ter sido iniciada pela autoridade administrativa nas hipóteses especificadas no art. 149 do CTN, dentre as quais, a de comprovação da falsidade, erro ou omissão na declaração. Entretanto, contra a inspeção aduaneira realizada não se objetou qualquer irregularidade, bem como contra qualquer informação prestada ao Fisco pela impetrante.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem entendido que esta revisão do lançamento só é possível em caso de erro de fato, e nunca quando se verifica erro de direito (...)

Não tendo havido erro quanto a matéria de fato constante de declaração de importação, isto é, no que concerne a identificação física da mercadoria, não há que se admitir a revisão do lançamento. No caso *sub judice* o que a autoridade fiscal alega é, simplesmente, erro quanto a classificação tarifária da mercadoria importada, portanto erro de direito, irrelevante para autorizar a revisão do lançamento (...) (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 412.904/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 07.05.2002. Publicado no DJ de 27.05.2002, p. 142)

Diante de todo o exposto, percebe-se que as regras em lume, dirigidas especificamente à Administração Tributária, encontram seu fundamento na irretroatividade e na proteção da boa-fé e da confiança de quem crê nas promessas estatais, pautando sua vida em tal crença. Tem-se, assim, expectativa confiável, baseada em atos concretos do Fisco que, nas palavras de DERZI, interferem diretamente nas decisões tomadas pela pessoa que confia.⁵⁴³

Os referidos dispositivos legais, portanto, longe de vedar as mudanças de interpretação por parte do Poder Executivo, têm em conta as promessas anteriores empenhadas pelo mesmo Poder, como forma de proporcionar o objetivo "previsibilidade" (ou calculabilidade) buscado pela segurança jurídica. Trata-se, como já pontuado no presente trabalho, de forma de emprestar vinculatividade às promessas públicas, através da justiça prospectiva, redutora da complexidade social -, papel que pertence inexoravelmente ao Direito: generalizar para estabilizar as expectativas normativas de comportamento, na lição de LUHMANN.⁵⁴⁴

5.3.3 No âmbito do Judiciário: o efeito prospectivo como regra na decisão que modifica jurisprudência consolidada

Como adverte ÁVILA, a questão relativa à mudança jurisprudencial pode ser enfrentada sob diversos prismas: (a) em primeiro lugar, cumpre saber se o Poder Judiciário está vinculado ou não aos seus próprios precedentes e, por isso, se pode ou não mudar a sua orientação; (b) em segundo lugar, é necessário examinar se, podendo alterar o seu entendimento, de que modo o Judiciário pode fazê-lo, se bruscamente ou apenas suavemente, com regras de transição ou com cláusulas de equidade; (c) em terceiro lugar, é preciso verificar com que efeitos pode ser efetivada a mudança de orientação, se com efeitos retroativos e retrospectivos, ou tão somente com efeitos prospectivos (*ex nunc*).⁵⁴⁵

⁵⁴³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 329.

⁵⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Tradução de Alberto Febbrajo. Bologna: Ed. Il Mulino, 1978, p. 59 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 20.

⁵⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 505.

As duas primeiras questões são respondidas pelo jurista por intermédio do princípio da igualdade, do qual se deduz o princípio da coerência temporal: é exigido que o Poder Judiciário se vincule aos seus precedentes, salvo se tiver alguma justificativa para a sua alteração. "É que, se a decisão anterior foi em um sentido, das duas uma: ou ela estava correta, e diante de caso similar deve ser proferida a mesma decisão, ou ela estava incorreta, devendo ser, por isso, alterada." Nesse sentido, tem-se que, onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver justificativa para a mudança de orientação, a ser severamente fundamentada.

Assim, embora o Poder Judiciário esteja vinculado aos seus próprios precedentes, ele pode, sim, mudar de entendimento (assim como o Executivo e, com maior liberdade, o Legislativo, como demonstrado), desde que o faça de maneira fundamentada e com respeito às posições anteriormente consolidadas sob a orientação então pronunciada:

Ele [o Judiciário] pode mudar, desde que o faça de maneira estruturada ou suave, graças ao dever de respeito às decisões anteriores e à necessidade de freios à mudança. O princípio da segurança jurídica serve, precisamente, de critério para nortear essa avaliação.⁵⁴⁶

A conclusão alcançada por ÁVILA coaduna com o até aqui exposto: o Poder Público pode, e deve, em determinadas situações, alterar o seu entendimento, como forma de adaptar-se às inexoráveis e incessantes mudanças e evoluções pelas quais passam a sociedade e o Direito; contudo, tais alterações devem ser bastante refletidas e dosadas, com fulcro na segurança jurídica, em seu aspecto de proteção da confiança dos cidadãos nas promessas do Estado, justamente como forma de conferir coesão e confiabilidade ao sistema jurídico. Tal aspecto é essencial à evolução do Direito e, conseqüentemente, da sua interpretação:

(...) a mudança jurisprudencial é a manifestação da vida do Direito, o sinal de sua adaptação aos fatos. Um Direito sem mudança jurisprudencial (...) será no fundo um Direito totalmente esclerosado.⁵⁴⁷

Rigidez na operação de um sistema legal é um sinal de fraqueza, não de força. Ela priva o sistema legal da necessária elasticidade. Longe de atingir um resultado constitucionalmente exemplar, ela produz um sistema legal incapaz de funcionar

⁵⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 506.

⁵⁴⁷ MOLFESSIS, Nicolas (org.). *Les revirements de jurisprudence*. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet. Gruoe de Travail. Paris: Litec, 2005, p. 14 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 506.

efetivamente em tempos de mudança. "Nunca diga nunca" é um sábio preceito judicial, no interesse de todos os cidadãos do país.⁵⁴⁸

Ora, especificamente na seara do Direito Tributário, a mudança jurisprudencial pode afetar desfavoravelmente quem confiou na manutenção da decisão-paradigma anterior, efetuando todos os seus cálculos econômicos com base no quadro normativo até então vigente. A aplicação do novo entendimento a esses casos ocasiona, assim, efeitos restritos de direitos fundamentais: o impacto econômico grave, além de gerar um sentimento de injustiça, devido à quebra das expectativas, causa uma preocupante descrença em relação ao Direito, quadro sintetizado no ponto 5.1, supra.

Nas palavras de ÁVILA, "como a orientação jurisprudencial anteriormente existente e na qual o indivíduo confiou foi abandonada, este tenderá a deixar de orientar-se novamente com base em outra orientação jurisprudencial, com receio de que esta também possa vir a ser futuramente abandonada."⁵⁴⁹ É como em um relacionamento pessoal em que uma das pessoas mente ou muda de opinião drasticamente a todo momento: a outra pessoa, com o tempo, passará a contar com a volatilidade, e a desconfiança passará a reinar, tornando o relacionamento insustentável. Em suma: a alteração jurisprudencial cria um *déficit* de confiabilidade e de calculabilidade no sistema jurídico, prejudicial a todo o ordenamento.

Todavia, como pontuado por DERZI, para que se chegue à ideia de "modificação de jurisprudência", há que se refletir sobre o significado de jurisprudência "antiga", velha ou anterior, que venha a ser alterada por uma nova.⁵⁵⁰

É sabido, com base nos ensinamentos de GUASTINI⁵⁵¹, que a sentença aplica e cria direito em sentido lato, uma vez que, por meio dela, escolhe-se uma dentre as alternativas possíveis de significados dos enunciados linguísticos das leis, ou seja, a sentença, em regra, está justificada por constituir uma norma individual, possível entre outras, e sacada da própria norma pré-constituída pelo legislador, mais universal e abstrata: o juiz escolhe o melhor sentido, dentro do texto, do contexto e das técnicas de interpretação mais adequadas. "Tem razão HEIKI POHL quando pondera, com base no Direito alemão,

⁵⁴⁸ National Westminster Bank plc. v. Spectrum Plus Limited and others *apud* WATT, Horatia Muir. "Never say never": post-scriptum comparatif sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence. In: SEILLER, Bertrand (org.). *La rétroactivité des décisions du juge administratif*. Paris: Economica, 2007, p. 62 *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 507.

⁵⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 507.

⁵⁵⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 102-103.

⁵⁵¹ GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 256-257.

que, em toda sentença em processo subjetivo, há uma questão geral e uma questão individual": a questão individual diz respeito ao caso concreto e à extensão da sentença às partes envolvidas; entretanto, por detrás de toda sentença existe uma questão geral, uma norma concreta judicial, que se sacou da norma legal que a fundamenta.

Assim pode ser resumida a tese de POHL sobre o conceito de jurisprudência, adotada por DERZI:

(...) uma decisão judicial contém sempre uma pergunta geral com sua resposta ao lado de uma pergunta singular com a sua resposta. Fazem parte da mesma jurisprudência as decisões que dão a mesma resposta a uma determinada pergunta geral.⁵⁵²

Nesse sentido, a partir do momento em que o Poder Judiciário se firmar em uma das alternativas possíveis de sentido da lei, criando a norma específica e determinada, estará fechando as outras alternativas. Cria-se, pois, verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos.

A expressão “expectativa normativa-judicial” é utilizada por DERZI como sinônima de jurisprudência estável. Certamente, para que se possa falar em hipóteses em que haverá alteração no entendimento do Poder Judiciário, é necessário falar sobre a jurisprudência antiga, já estabilizada. Nesse sentido, a partir da escolha do Juiz por uma ou outra alternativa possível como resposta para uma pergunta geral, estará configurado um sentido unívoco para certo grupo de casos. Esse sentido preenche o conteúdo de uma norma, que DERZI entende como mais concreta do que a norma legal, mas que é cabível dentro desta.⁵⁵³

Essa norma concreta, que é a *ratio decidendi*, a fundamentação da decisão, não é individual e não produz efeitos apenas *inter partes*: ela tem vocação para que seja aplicada aos demais casos “iguais” e futuros.

Aqui, interessa justamente essa vocação de aplicação, geradora de expectativa normativa geral e de confiança por parte do contribuinte. Se criada nova jurisprudência – no sentido de resposta geral para uma pergunta geral –, isto é, se houver outra escolha que faça o Judiciário preterir a alternativa anterior em prol de um novo entendimento possível, haverá a criação de uma nova norma, modificadora da anterior.⁵⁵⁴

⁵⁵² POHL, HEIKI. *Rechtsprechungänderung und Rückanknüpfung*. Berlin: Duncker & Humboldt, p. 23-24. Tradução não autorizada pelo autor de KIRSTEN LAGE. 2005 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁵³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 257.

⁵⁵⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 257.

Isso se dá porque a lei anterior – que continua vigente no sentido formal – havia sido dotada de um único conteúdo, unívoco, pois "sofrera o esvaziamento do sentido proveniente das demais alternativas de significação, por decisão do próprio Poder Judiciário." Nos casos em que o texto legal permanecer inalterado e a situação fática também não sofrer modificações, restará configurada, de acordo com DERZI, a criação de Direito novo, em sentido forte, pois o vínculo à lei – acaso exista – é estritamente formal.⁵⁵⁵

É justamente quando houver tal manutenção do texto legal, da situação fática, mas não da jurisprudência, que deverá se falar em proteção da confiança e, como meio de proteção, em modulação de efeitos da decisão judicial que consubstanciar novo entendimento sobre uma mesma lei.

Colocados os pressupostos, deve-se esclarecer que uma jurisprudência apenas poderá ser consolidada se firmada pelo Tribunal Superior que decida o tema em última instância, especificamente por sua composição máxima (Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto a questões constitucionais, *e.g.*). Será, ademais, a decisão tomada em caráter definitivo pelo órgão máximo da Corte (leia-se: transitada em julgado), que tenha dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial.

Desse modo, conforme POHL, mais importante do que o tempo decorrido desde a data da decisão é o caráter definitivo e irreversível desta, tomada por Tribunal Superior. Ainda, é relevante saber se essa decisão é única ou se seu conteúdo (ou seja, se a resposta sugerida para a pergunta geral) é repetido em série.⁵⁵⁶

Para DERZI, o argumento central se prende ao raciocínio de que, pacificada a jurisprudência, o mesmo Tribunal Superior poderia se recusar ao reexame da matéria em casos similares: seria o caso, por exemplo, da atual sistemática dos "recursos representativos de controvérsia", aplicável aos recursos especiais a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, inserida ao ordenamento processual civil brasileiro através da Lei nº 11.672/2008, que incluiu no Código de Processo Civil o artigo 543-C (também conhecida como sistemática dos "recursos repetitivos").⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 188-189.

⁵⁵⁶ POHL, HEIKI. *Rechtsprechungänderung und Rückanknüpfung*, *op. cit.*, p. 94-95 *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁵⁷ "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Prova de que o Superior Tribunal de Justiça passou a considerar definitivamente pacificada a jurisprudência gerada através da novel sistemática dos "recursos repetitivos" é recente julgado da Corte Especial (órgão decisório máximo do STJ), noticiado por meio do Informativo STJ nº 463 (Período: 14 a 18 de fevereiro de 2011), que definiu o não cabimento de recurso de agravo ao STJ (previsto no artigo 544 do CPC) contra decisão de Tribunal que inadmitir recurso especial com base em jurisprudência pacificada pelo STJ nos termos do artigo 543-C do CPC:

CABIMENTO. AG. ACÓRDÃO. RECURSO REPETITIVO.

Trata-se, no caso, do cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial lastreada no art. 543-C, § 7º, I, do CPC, pois o acórdão recorrido estaria no mesmo sentido daquele proferido em recurso representativo de controvérsia por este Superior Tribunal. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu não ser cabível o agravo de instrumento nesse caso. Manter a possibilidade de subida do agravo para este Superior Tribunal viabilizaria a eternização do feito, obstaculizando o trânsito em julgado da sentença ou acórdão e abarrotando-o de recursos inúteis e protelatórios, o que estaria em desacordo com o objetivo da Lei n. 11.672/2008. Por fim, entendeu que, quando houver indevidamente negativa de seguimento a recurso especial por erro do órgão julgador na origem, caberá agravo regimental para o tribunal *a quo*. Assim, a Corte Especial, por maioria, não conheceu do agravo de instrumento. Precedente citado do STF: Ag 760.358-SE, DJe 19/2/2010. QO no Ag 1.154.599-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 16/2/2011.⁵⁵⁸

Uma decisão transformada em precedente poderá, assim, manter-se solitária, mas, como frequentemente acontece, as instâncias judiciais inferiores se ajustam imediatamente ao precedente, que as vinculam.

Com isso, surge a dúvida do momento preciso em que se dá a modificação da jurisprudência. Mais uma vez, POHL fornece esclarecimento, noticiado por DERZI:

(...) nova jurisprudência (...) se caracteriza por mudar a resposta geral a uma pergunta jurídica geral, que também era base para a jurisprudência antiga (não necessariamente de forma expressa). A modificação jurisprudencial é a

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

(...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.”

⁵⁵⁸ Disponível na *internet* no endereço: <www.stj.jus.br> Acesso em: 17 de junho de 2011.

modificação da jurisprudência antiga através de uma decisão que introduz a nova jurisprudência de forma repentina.⁵⁵⁹

Assim, DERZI conclui que o critério correto de modificação da jurisprudência, "criando-se para todos novas expectativas de comportamento a merecerem proteção, radica no fato de que a uma questão tributária geral, a Corte dê nova resposta, ou seja, resposta diferente da anterior."⁵⁶⁰ Estão excluídas, portanto, as decisões que configurem *first impression*, quer dizer, sentenças inaugurais sobre uma determinada matéria. É natural que, se um assunto ainda não foi decidido, não pode ter sido criada pelo Poder Judiciário nenhuma espécie de expectativa por parte do contribuinte que mereça proteção. Em outras palavras, quando se tratar de decisões em que não há precedente anterior em sentido contrário, por razões lógicas, não há que se falar em modificação de jurisprudência:

(...) as primeiras decisões, as novas, não desencadeiam os princípios da irretroatividade, nem da proteção da confiança ou da boa-fé objetiva em relação ao próprio Poder Judiciário. As primeiras decisões, quando utilizam tais princípios, em regra o fazem para afastar leis inconstitucionais ou atos administrativos, que traem a confiança. As primeiras decisões geralmente corrigem as ações, a conduta e os atos de outros Poderes, que ofendam a segurança, a não retroação ou a confiança. São decisões que impõem e apuram a responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, pela confiança gerada. É fácil compreender que o Poder Judiciário, não tendo ainda se pronunciado sobre a matéria, nem direta nem indiretamente, não terá confiança a proteger em relação a seus próprios atos.⁵⁶¹

Fala-se, ante o exposto, em modificação jurisprudencial, apta a atrair a proteção jurídica via confiança legítima, "quando o cidadão legitimamente espera que o seu comportamento seja valorado de acordo com uma decisão com base na qual ele se orientou ou que podia se orientar e que, mais tarde, veio a ser modificada."⁵⁶²

ÁVILA sistematiza quatro requisitos que entende relevantes à configuração da proteção da confiança legítima na transição jurisprudencial do passado ao futuro, que, quanto mais presentes ou fortes em cada caso, indicam que maior será o resguardo das legítimas expectativas normativas (destacando-se que "a ausência de um deles não necessariamente conduz à falta de protetividade da confiança")⁵⁶³: (a) vinculatidade e pretensão de permanência da decisão; (b) finalidade orientadora da decisão; (c) inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes; (d) capacidade de generalização da decisão.

⁵⁵⁹ POHL, HEIKI. *Rechtsprechungänderung und Rückanknüpfung*, op. cit., p. 109-110 apud DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 260.

⁵⁶⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 265.

⁵⁶¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário...*, op. cit., p. 529.

⁵⁶² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 528.

⁵⁶³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 528-535.

Considera-se, ante o exposto, que método de emprestar efetividade à proteção das legítimas expectativas em casos de alteração jurisprudencial, resguardando a confiança do contribuinte que creu na promessa do Poder Judiciário, é a atribuição de efeitos prospectivos à decisão modificadora de jurisprudência pacífica, instituto apto a criar verdadeira norma de transição em matéria jurisprudencial, assegurando trânsito menos obtuso do passado ao futuro (leia-se: do antigo ao novo entendimento jurisprudencial).

Nesse sentido, a nova decisão, que consubstancia verdadeiramente uma nova lei (*rectius*: nova interpretação da mesma lei), seria aplicada somente com efeitos *pro futuro*, ou seja, resguardando os contribuintes que agiram consoante o entendimento anterior, passado.⁵⁶⁴ Como ressaltam DERZI e SANTIAGO, "o tempo rege o ato":

(...) A evolução da jurisprudência é fato normal no Direito. O que não se pode permitir é que ela ponha em risco a segurança jurídica e a credibilidade do Judiciário, valores superiores ao interesse contingente da arrecadação tributária.

Importa definir, por fim, qual o critério a ser adotado para a identificação das situações passadas que merecem continuar a reger-se pela antiga jurisprudência. (...)

Em se tratando da definição do período de vigência de uma norma jurídica – pois a evolução interpretativa equivale à criação de nova norma, sem alteração no texto da lei –, o único critério que se nos revela adequado é o da sua aplicação aos fatos ocorridos (...) sob a sua égide: *tempus regit actum*.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Contudo, como ressalva ÁVILA, solução não deve ser aplicada de modo draconiano, padronizado e "em bloco": devem-se sempre considerar os atos de disposição dos direitos fundamentais vinculados causalmente à decisão judicial modificada, ou seja, deve-se comprovar o exercício efetivo da confiança, em método similar ao explicitado no capítulo 3 do presente trabalho (existência da confiança, atos de confiança, exercício e frustração da confiança - vide item 3.2). (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário...*, op. cit., p. 537, 543)

⁵⁶⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado; SANTIAGO, Igor Mauler. *As alterações da jurisprudência do STF e a proteção da confiança*. Eficácia ex nunc da vedação de créditos de IPI por produtos sujeitos à alíquota zero. Disponível em: < www.sachacalmon.com.br > Acesso em: 20 jun. 2011.

CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho buscou-se demonstrar como a justiça prospectiva, aliada ao princípio da proteção da confiança legítima - face subjetiva do sobreprincípio da segurança jurídica -, pode resguardar as expectativas de direito no campo da tributação, tendo em vista a conformação principiológica da Constituição da República de 1988.

A análise procedida pode ser sintetizada nas conclusões a seguir enunciadas, que se encadeiam na busca da aplicabilidade do princípio da proteção da confiança legítima como meio eficaz de concreção dos objetivos demandados pelo sobreprincípio da segurança jurídica - acessibilidade, estabilidade e previsibilidade normativa -, em especial na valoração das promessas estatais geradoras de expectativas legítimas nos cidadãos-contribuintes.

1. O Direito, como mecanismo de objetivação da conduta humana, possibilita a determinação e a previsão da tipicidade dos comportamentos possíveis – sejam os desejados ou os reprováveis (ou puníveis) – por intermédio da configuração de classes de ações e de correspondentes classes de normas, gerando uma saudável coerência e propiciando, conseqüentemente, previsibilidade nas condutas sociais como forma de criar um sentimento de certeza e de segurança. Pode-se afirmar que o Direito, bem como o Estado, são decorrências do clamor humano por segurança.

1.1. Ao falar de “segurança”, fala-se também, quase que necessariamente, de ordem e de certeza. Isso porque, a partir do momento em que se pensa em qualquer tipo de organização humana, faz-se premente o mínimo de ordem e de certeza para que as relações sociais possam se desenvolver em ambiente propício a tanto.

1.2. A coerência e a indissociabilidade entre a sociedade e o Direito e, conseqüentemente, entre a sociedade e o Estado refletem a necessidade do homem a sentir-se seguro e protegido contra o que lhe é incerto, criando segurança no ambiente social e permitindo, efetivamente, a vida em sociedade. Uma das realizações mais importantes do sistema jurídico é a sua função de apaziguamento, de pacificação: mais do que qualquer outro contexto de pensamento ou de ação, o Direito é capaz de pôr fim à violência ou de impedi-la, estabelecendo ou restaurando a tranquilidade e a segurança. Caso o sistema jurídico consiga manter tal relevante função, efetivando a paz social, ele tem grandes chances de preservar a sua importância no jogo de poder disputado com os outros sistemas sociais (como o político, o econômico, o religioso e o moral).

1.3. O Direito, com a sua positividade, deve criar condições de certeza e de igualdade. A inobservância do valor da segurança jurídica significaria, portanto, a impossibilidade de realização dos demais valores sociais fundamentais, o prejuízo ao desenvolvimento econômico dos países, além da desintegração ético-moral do sistema de organização social pela quebra da confiança e da boa-fé nas relações entre a esfera estatal e a esfera privada.

1.4. O princípio da segurança jurídica é um princípio geral, inerente à ordem jurídica ocidental, a fazer parte de um fundo constitucional comum às democracias pós-modernas, constituindo condição motriz da ordem jurídica, já que, enquanto são respeitadas as exigências da segurança jurídica, também são respeitadas a credibilidade e a solidez do sistema jurídico em seu entorno.

1.5. A acessibilidade, a estabilidade e a previsibilidade são as principais facetas do imperativo "segurança jurídica", exigências à compreensão da segurança jurídica como estado de coisas a ser buscado (norma-princípio), objetivos que devem servir de parâmetros aos operadores do Direito para a criação de mecanismos indutores de segurança.

1.6. Diante da plurissignificação típica da ideia de segurança jurídica, tem-se que o princípio possui duas funções gerais essenciais: mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito, bem como mediatizar o princípio da proteção da confiança. Pode-se aperceber, portanto, que existem dois vieses de tratamento à segurança jurídica: (a) um objetivo, que seria justamente a segurança jurídica *stricto sensu*, ou seja, em sua conformação material e formal dos atos normativos; (b) e um subjetivo, a proteção da confiança. É inegável, contudo, o entrelaçamento entre ambos os aspectos, sendo a distinção puramente conceitual.

1.7. No bojo da Constituição brasileira de 1988, nota-se que a novel ordem procurou respaldar-se em imperativos incitadores e garantidores de segurança jurídica: como valor supremo da sociedade brasileira, através da exaltação preambular; e como materialização do sobreprincípio do Estado de Direito, tanto em aspecto formal - que diz respeito à separação dos Poderes, à hierarquização das normas e à proteção jurisdicional - quanto em aspecto material - que diz respeito aos chamados "direitos-garantia" (ou "direitos de suporte", "direitos à garantia de direitos" ou "direitos-tutores").

2. O fenômeno jurídico, assentado na norma e sempre circunstanciado por tempo e espaço, transcende o campo da formação da lei para a seara de sua aplicação: o tempo jurídico é elemento científico do Direito como produção, aplicação e controle ou interpretação, decorrendo daí a importância de se compreender a concepção do tempo jurídico e de se aprofundar no estudo de novas categorias que possam dilargar os horizontes

da temporalidade do Direito. Tomado sob a perspectiva dos entrecosques legais, o tempo composto migra para o campo do Direito dos conflitos intertemporais, situando-se nesse ramo a questão da irretroatividade das leis e dos limites de retro-operância da normatividade jurídica. É nessa seara que serão respondidas as indagações sobre a aplicação de leis em conflito no tempo, submetendo tais conflitos ao sobreprincípio da segurança jurídica.

2.1. O postulado básico da matéria concernente ao conflito das leis no tempo, que comporta exceções, mas tem aceitação universal, é o de que a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as consequências deles, ainda que se produzam sob o império do Direito atual. O princípio, conhecido como o da não irretroatividade (ou irretroatividade) das leis, tem por fundamento filosófico a necessidade de segurança jurídica, de estabilidade do Direito.

2.2. Os direitos adquiridos se caracterizam por sua intangibilidade, sua estabilidade e sua inviolabilidade; sua salvaguarda constitui o caso mais extremo de proteção da segurança jurídica, no sentido de garantia de estabilidade das situações jurídicas. Diferentemente das expectativas, que podem ser protegidas graças à teoria da confiança legítima, fundando-se principalmente em elementos subjetivos, os direitos adquiridos decorrem apenas de elementos objetivos.

3. Diante do cenário de inquietação pelo qual passa a sociedade pós-moderna, em que vigente extremo relativismo diante da velocidade desenfreada das mudanças, considerando-se a incapacidade de tradicionais instrumentos de efetivação da segurança jurídica em reger adequadamente situações próprias da nova conformação social, faz-se necessário o desenvolvimento e a compreensão de novos métodos, novos instrumentos e novos conceitos que tenham o condão de proporcionar um estado de coisas verdadeiramente imbuído de acessibilidade, estabilidade e previsibilidade, de forma a consagrar a segurança jurídica em uma feição atualizada.

3.1. Sob o influxo das mudanças contínuas da realidade e de sua alta complexidade, os riscos são tão elevados, que o papel do Direito é insubstituível e funcionalmente destinado a generalizar para estabilizar as expectativas normativas de comportamento. É assim que, considerando o necessário fechamento do sistema jurídico, focado na preocupação de abarcar juridicamente situações consonantes à nova conformação social, juristas passam a propor a dedução de um princípio a partir do Estado de Direito e, conseqüentemente, da segurança jurídica: o princípio da proteção da confiança legítima.

3.2. A proteção da confiança legítima é princípio geral que se situa no cruzamento da questão da mutação da ordem jurídica e da previsibilidade, revelando,

portanto, uma dimensão temporal, no sentido de que pretende, ao mesmo tempo, confrontar a previsibilidade e a estabilidade do Direito com o passar do tempo, a exigir a mutação perpétua dos institutos e relações jurídicas. O princípio quer significar a possibilidade de evolução dos indivíduos dentro de um meio jurídico estável e previsível, no qual se pode ter confiança. Em outras palavras, a proteção da confiança enquanto princípio da ordem jurídica significa que certas expectativas suscitadas por um sujeito de direito em virtude de um comportamento determinado em relação a outro sujeito de direito, ou da comunidade jurídica ao seu redor, produzem efeitos jurídicos. O princípio, em suma, constitui um direito a uma estabilidade da situação individual da pessoa, isto é, a um direito à previsibilidade em relação às mudanças de linha de conduta pública. Dá ao indivíduo o poder de exigir do Poder Público um determinado comportamento, tendo como objeto, em todo caso, a proteção dos interesses individuais do particular, sendo que tal proteção não visa garantir a salvaguarda dos “direitos subjetivos” que o direito objetivo confere aos indivíduos, mas simplesmente defender a sua confiança na estabilidade da situação e com base na qual eles agem.

3.3. A confiança, no ambiente de complexidade (entendido como não familiar ou parcialmente familiar), desenvolve-se a partir de elementos que possam conferir verdade ao sistema, e não propriamente às pessoas (como seria em um ambiente familiar). Tem-se, então, de modo geral, os seguintes fatores como necessários à proteção concreta da confiança: (I) o pressuposto fático da confiança, atribuível àquele que a gera, exigindo-se certa tipicidade da confiança, que não se dá às cegas; (II) a boa-fé daquele que confia; (III) a confiança protegida, que não pode ser "interior", fruto singelo da consciência subjetiva daquele que confia, mas deverá ter sido objetivada "em certa medida" por intermédio de atos que representem investimentos na confiança; (IV) a responsabilidade pela confiança, que deve ser imputável ao responsável, caso haja relação direta, causal, entre o fato e as disposições ou os investimentos feitos por aquele que confiou.

3.4. No quadro de implicitude do princípio da proteção da confiança legítima no texto da Constituição brasileira de 1988, avulta-se a função das Cortes Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação das normas pátrias aplicadas a casos concretos, como forma de extração interpretativa do princípio a partir da Carta Constitucional e das leis ordinárias, emprestando a ele aplicabilidade prática.

4. O futuro jurídico está contido na promessa, que, caso relacionada unicamente com a resolução de quem promete, não é nada, por mais fechada que seja a vontade; a

promessa é facilmente quebrável, nesse viés. Apenas enraizada em uma socialidade prévia e relacionada com a regra da fidelidade (confiança e boa-fé) é que a promessa pode tornar-se laço social gerador de legítimas expectativas, assentadas sobre um fundo de confiança compartilhada.

4.1. A redução ou a estabilização das expectativas ou pretensões sociais, no nível temporal, equivale à normatização, podendo-se afirmar ser a temporalização da expectativa o próprio sentido da positividade do Direito: a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas constitui a função básica e essencial do Direito. O Direito, assim, diante do influxo do tempo sobre as situações jurídicas, considerando a necessidade de mudança constante no ordenamento, deve, além de respeitar as clássicas fórmulas da irretroatividade e do direito adquirido, abrigar, sob o manto da proteção da confiança legítima, as expectativas legitimamente criadas nos cidadãos, até como forma de conferir coerência ao sistema como um todo.

4.2. A qualificação atribuível à expectativa, capaz de transformá-la de "mera expectativa" em "legítima expectativa", pode ser sumariada por meio da fórmula: "tempo + boa-fé objetiva". Assim, o indivíduo que adquirir um *status* de confiança, mediante a mencionada qualificação, poderá demandar positivamente do Estado a proteção de sua expectativa, legitimada pela atuação estatal em sua esfera pessoal, desencadeadora de boa-fé.

4.3. A valoração das promessas estatais, no bojo do Estado de Direito, deve repousar sobre o arcabouço constituinte da sociedade, ou seja, sobre as instituições e os princípios que a regem. Nesse quadro é que, no Estado Democrático de Direito constituído pela República Federativa do Brasil de 1988, as bases que conferem vinculatividade e força às promessas estatais se encontram justamente sobre o sobreprincípio da segurança jurídica, decomposto em seus aspectos objetivo e subjetivo, ligando-se ao senso de justiça no qual todo o ordenamento se encontra embebido.

4.4. A justiça prospectiva não implica apenas a conjugação da justiça comutativa com a justiça distributiva: ela vai muito mais além, pois trabalha as relações do passado, do presente e, ainda, as promessas feitas no passado e continuadas no presente, projetando-as, desse modo, em relação ao futuro. Dessa maneira, abaliza o tempo futuro, irremediavelmente penhorado pela confiança já investida, oferecendo a tutela indenizatória das expectativas frustradas pela confiança traída. Assim, conclui-se que, nas modificações de entendimento do Poder Público que atinjam fatos jurídicos ainda não completos - as expectativas legítimas, em que parte de sua formação está no passado, e outra parte, no

presente e no futuro -, o princípio da proteção da confiança, decorrente do sobreprincípio da segurança jurídica, aliado à boa-fé objetiva, ganha o contorno completo de justiça prospectiva.

5. Em todos os ordenamentos jurídicos, nos dias atuais, a mais evidente constatação é que a insegurança assumiu patamares de indiscutível preocupação por todos os juristas, especialmente em matéria tributária, o que tem provocado graves afetações aos direitos fundamentais, mormente à igualdade e aos valores decorrentes da justiça. Torna-se a segurança jurídica tributária, assim, um fim basilar do Sistema Constitucional Tributário como um fim sistêmico a ser efetivado por meios típicos, como expectativa de solução aos problemas decorrentes da "insegurança".

5.1. Pode-se compreender a segurança jurídica como exigência de "estabilidade na mudança", ou seja, como a proteção maior ou menor de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade. A palavra mais consistente para denotar esse sentido é "confiabilidade", compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis. A compatibilização entre mudança e estabilidade é, então, vital ao saudável desenvolvimento do sistema jurídico, ante o inevitável porvir.

5.2. Quando uma situação jurídica subjetiva tem a sua formação iniciada, por incitamento do Poder Público, devido ao seu caráter vantajoso, ela levanta no sujeito expectativas e esperanças de vê-la concretizada, que podem assumir relevância e repercussão social tamanhas, que sua desconsideração poderia conduzir a uma prejudicial instabilidade jurídico-social, a qual demanda, então, formulação de normas de transição. A previsibilidade (ou calculabilidade), nesse panorama, avulta-se em importância, pois se trata precisamente da capacidade de antecipar o espectro de consequências alternativamente aplicáveis a atos ou fatos e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será efetivamente aplicada.

5.3. Uma das decorrências do dever de continuidade normativa é a graduabilidade da mudança, sendo que tal exigência não corresponde ao impedimento de mudanças, mas implica o impedimento de que estas fujam do espectro material e temporal de consequências antecipáveis pelo contribuinte, terminando por frustrar a confiança daqueles que, com apoio nas normas jurídicas então em vigor, tomaram decisões, adotaram condutas, optaram por um tipo de negócio. A partir daí, decorre, então, a exigência de continuidade normativa, como dever de evitar mudanças abruptas, desconexas ou

inconsistentes, temperando a mudança e atribuindo ao Direito um ritmo estável. As mudanças, portanto, devem submeter-se a um jogo de ponderações, a considerar, essencialmente, a proibição de excesso e a proporcionalidade.

5.4. No ordenamento jurídico tributário brasileiro, é possível encontrar princípios e regras de transição temporal, fundadas na proteção da confiança do contribuinte no Estado-Exator, normas essas que já vêm, mesmo que de maneira oblíqua, albergando as legítimas expectativas dos contribuintes na permanência de leis, entendimentos administrativos ou jurisprudência em matéria tributária, valorando, portanto, as promessas estatais quanto à estabilidade jurídica, em verdadeiras aplicações concretas da justiça prospectiva. É o caso, (1) quanto ao Poder Legislativo, do princípio constitucional da não surpresa; (2) das regras dos artigos 100, parágrafo único, e 146 do Código Tributário Nacional quanto ao Poder Executivo (administração tributária); (3) do dever de modulação dos efeitos das alterações de jurisprudência, no que tange ao Poder Judiciário.

Considerando, pois, a possibilidade de proteção das legítimas expectativas de direito, tendo em vista a justiça prospectiva, aliada à proteção da confiança legítima, no campo da tributação, afirma-se que, para a constituição de uma ordem jurídica verdadeiramente voltada à proteção da confiança no Brasil, faz-se imprescindível a valoração das promessas feitas pelo Estado, sendo estendida a proteção já conferida constitucionalmente ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, através da imposição ao legislador, ao julgador e ao administrador da adoção de medidas transitórias, fundadas na proporcionalidade, quando modificações legais, jurisprudenciais ou de condutas administrativas, respectivamente, possam vir a lesar legítimas expectativas de direito, decorrentes da aquisição de um *status* devido ao decurso do tempo e à confiança gerada.

Com tais considerações, encerra-se este estudo, esperando ter contribuído para a problematização do tema e despertado interesse dos leitores para o aprofundamento em pesquisas que proponham o fortalecimento do princípio da segurança jurídica, que nos dias atuais retoma sua clássica importância diante da volatilidade das relações sociais, em especial na seara do Direito Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4., nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 06 jun. 2011.

_____. *Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 295).

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 3, 1992.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Segurança Jurídica e Modulação de Efeitos. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (org.). *Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. Tributo e Segurança Jurídica. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 94, p. 01-02. Disponível em: <www.professordelfino.adv.br> Acesso em: 03 mai. 2011.

_____. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, *RDT* n. 63. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 206.

CALMES, Sylvia. *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001.

CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de António Menezes de Cordeiro. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO, Luiza de. STJ muda entendimento sobre IPI. *Valor Econômico*. São Paulo, 23 de abril de 2010.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança Jurídica e Tipicidade Tributária*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005.

_____. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. - competência dos Tribunais Superiores para fixá-la - questões conexas. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et alii (orgs.). *Efeito ex nunc e as decisões do STF*. São Paulo: Manole, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I*, 2 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 225.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

_____. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito

Público da Bahia, nº 02, abril/maio/junho, 2005, p. 03-05. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 mar. 2011.

_____. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul* n. 27, p. 181-208. Porto Alegre, 2004, p. 202

COVIELLO, Pedro José Jorge. *La Protección de la Confianza del Administrado: Derecho Argentino y Derecho Comparado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa: Almedina, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

DELGADO, José Augusto. Princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional. Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional . *O Direito Constitucional do Século XXI*. 21 de maio de 2005. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br> Acesso em: 04 mar. 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A Praticidade, a Substituição Tributária e o Direito Fundamental à Justiça Individual. In: FISCHER, O. C. (org.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. Boa-Fé Objetiva no Direito Tributário. Princípio ou Cláusula Geral? *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 12. Nova Lima, 2005.

_____. Justiça Prospectiva no Imposto Sobre a Renda. *Revista Internacional de Direito Tributário* n. 5. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. Mutações, Complexidade, Tipo e Conceito, sob o Signo da Segurança e da Proteção da Confiança. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de Direito Constitucional Tributário*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Seguridade Social: problemas financeiros e soluções na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 02, p. 21-42. São Paulo, 1993, p. 40.

DERZI, Misabel Abreu Machado; SANTIAGO, Igor Mauler. *As alterações da jurisprudência do STF e a proteção da confiança*. Eficácia ex nunc da vedação de créditos de IPI por produtos sujeitos à alíquota zero. Disponível em: < www.sachacalmon.com.br > Acesso em: 20 jun. 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

Editorial. O ICMS no Supremo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 07 de junho de 2011, p. A2.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. vol. 1. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Conrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed., Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: < houaiss.uol.com.br > Acesso em: 01 fev. 2011.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMONGI, Celso. Três inúteis Poderes de Estado? *Folha de São Paulo*. São Paulo, 20 de junho de 2011. Tendências / Debates, p. A3.

LUHMANN, Niklas. A Nova Teoria dos Sistemas. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). *Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

_____. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1985.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. As Decisões do Supremo Tribunal Federal e os Reflexos na Conduta dos Contribuintes - Desqualificação do Ilícito Tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (org.). *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MANEIRA, Eduardo. *Direito tributário: o princípio da não-surpresa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 24.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.).

Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p.131.

_____. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 635.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 45.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Gabriel Prado Amarante de. *A irretroatividade, anterioridade e espera nonagesimal nas modificações de jurisprudência em Direito Tributário*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias de legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em www.aduaneiras.com.br. Acesso em 20 de junho de 2011.

PETIT, Jacques. Droit transitoire et terminologie, p. 07. In: DRAGO, Guillaume et al. (org.). *Repenser le Droit Transitoire*. Paris: Dalloz, 2010.

PIAZZON, Thomas. *La Sécurité Juridique*. Paris: Defrénois, Lextenso éditions, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000.

PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto. O Princípio da Anterioridade da Lei Tributária. São Paulo: RT, 2002.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. São Paulo, 16 de agosto de 2003. Disponível em: <www.miguelreale.com.br> Acesso em: 02 mai. 2011.

_____. Lições Preliminares de Direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Prefácio. In: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964.

RECASENS SICHES, Luis. Vida humana, Sociedad y Derecho: fundamentación de la filosofía del derecho. México: La Casa de España en México, 1939, p. 85-86. Disponível em: <www.biblioteca.org.ar>. Acesso em: 08 mai. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha; DINIZ, M. A. de V. A administração pública e o princípio da confiança legítima. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 165-182. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br> Acesso em: 05 jun. 2011.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e*

coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. 1 (2003): 607-630.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em: 25 mai. 2011.

TAVARES HORTA, Fernanda *et al.* Aspectos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado no Direito brasileiro. *Virtuajus*. 2. ed. Belo Horizonte: PUC/MG, 2009. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 05 mai. 2011).

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo, área de Direito Tributário. São Paulo: USP, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005, p. 10-11. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 mai. 2011.

_____. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (org.), TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

USTÁRDOZ, Daniel. Novo Código Civil: o Contrato no Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v.4, n.19, setembro-outubro 2002.

VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de L'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*. Paris: LGDJ, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário. *Revista de Informação legislativa do Senado Federal*, v.8, n. 29, p. 11-18, jan./mar. de 1971. Disponível em: < www.senado.gov.br > Acesso em: 20 mai. 2011.

YANNAKOPOULOS, Constantin. *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ, 1997.