

O princípio da segurança jurídica no direito administrativo*.

Rafael Valim**

SÚMARIO: 1. Introdução: apontamentos prévios e considerações metodológicas. 2. O princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito. 2.1. O Estado de Direito e seus elementos jurídico-positivos. 2.2. Princípios jurídicos: conceito e funções. 2.3. O significado do princípio da segurança jurídica. 3. Alcance do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro. 3.1. Considerações sobre a função administrativa. 3.2. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. 3.2.1. Perspectiva da certeza. 3.2.1.1. Vigências das normas jurídicas. 3.2.1.2. Projeção temporal das normas jurídicas. 3.2.1.3. Conteúdo das normas jurídicas. 3.2.2. Perspectiva da estabilidade. 3.2.2.1. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 3.2.2.2. Confiança legítima. 3.2.2.3. Prescrição e decadência. 4. À guisa de conclusão.

I. Introdução: apontamentos prévios e considerações metodológicas.

A preocupação com a segurança não é nova e tampouco é apanágio da ideologia liberal-burguesa¹. Embora nesta ideologia tal princípio encontre irrestrita acolhida, nela não se esgota, correspondendo a uma aspiração imemorial do homem e de cuja existência depende a própria vida em sociedade. Não é por outra razão que Legaz y Lacambra proclama ser a segurança jurídica uma *dimensão ontológica do Direito*².

A partir de um juízo aproximativo e ainda atécnico, significa a segurança jurídica a expectativa do indivíduo, estribada em normas jurídicas, sobre as conseqüências dos seus atos, bem como sobre os comportamentos que pode esperar e pretender dos demais. Só nessa ambiência é que o cidadão consegue projetar sua vida e desenvolver livremente suas potencialidades.

* Este artigo constitui uma versão reduzida do livro *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010. Agradecemos vivamente o gentil convite formulado pelo eminente Professor Pablo O. Gallegos Fedriani para publicar o estudo nesta prestigiada revista.

** Mestre e doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUC-SP. Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Advogado em São Paulo. valim@bmv.adv.br.

¹ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Barcelona: Bosch, 1975, p. 631.

² *Op. cit.*, p. 631.

Contudo, *segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade do Direito* e desde já é preciso proscrever definitivamente certas visões maniqueístas que, amiúde motivadas por interesses políticos, tendem a perverter o exame da questão³. É um dado que o Direito se modifica constantemente, a fim de acompanhar a cambiante realidade a que preordena a disciplinar. Porém, como veremos adiante, não é contra isso que se volta a segurança jurídica, o que conduziria, aliás, e a todas as luzes, a uma luta vã, contraproducente e de feições quixotescas. O que combate a segurança jurídica são as mudanças normativas inopinadas e traumáticas, a mutabilidade das situações subjetivas constituídas sob o pálio de leis revogadas, a desmedida e degenerada produção normativa, a supressão da confiança legítima, entre outros fatores que *agravam a conatural situação de insegurança do indivíduo*.

Observe-se, ademais, que no Estado de Direito Contemporâneo assume a segurança jurídica uma importância mais que transcendente, sendo em verdade cogitação indispensável para a própria manutenção do padrão institucional fundado nas leis. De tal fato se aperceberam os Estados Cêntricos, como se vê dos inúmeros relatórios que vêm sendo produzidos sobre o tema já há alguns anos⁴, mas no Brasil, lamentavelmente, ainda não despertamos de todo para essa fundamental questão.

Com efeito, a superveniência de inúmeros eventos, entre os quais se pode assinalar a consagração da fórmula jurídico-política do Estado Social e as transformações objetivas da sociedade, com a ascensão de uma sociedade de massa cada vez mais complexa e que sofre a todo instante o influxo de velozes câmbios tecnológicos e científicos, convulsionaram o conceito original, de índole liberal, de Estado de Direito.

Não só os inúmeros setores em que o Estado é instado a atuar, por força dos desígnios constitucionais, passam a ser regulados pelo Direito, senão que grandes domínios da atividade particular, outrora presididos pela autonomia da vontade, recebem o influxo de normas obrigatórias ou proibitivas, fenômeno comumente denominado de *socialização ou humanização do Direito*⁵. Outrossim, ante a revelação da dimensão material do princípio da igualdade operada pelo Estado Social⁶, aliada à ampla diversificação de grupos e interesses em constante tensão na sociedade atual, tem-se uma legislação dotada de conteúdos acentuadamente especializados, com deletérias conseqüências para o atributo da *generalidade das leis, o que se vem a denominar de atomização ou pulverização normativa*. De outra parte, a velocidade com que se processam os fenômenos tecnológicos e científicos enseja o fenômeno das normas jurídicas *ad hoc*, destinadas a suprir as necessidades contingentes e imprevisíveis, verificando-se um *déficit de abstração das leis*⁷.

³ Rodriguez, Federico, “Seguridad jurídica y política social”, *Revista de Administración Pública*, 6:218.

⁴ Para citar alguns deles: Relatórios do Conselho de Estado Francês de 1991 e de 2006; Relatório do Conselho de Estado Espanhol de 1992; Relatório da “Better Regulation Commission” de 2006, no Reino Unido; Relatórios da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

⁵ Ripert, George. *Le Déclin du Droit*. Paris: LGDJ, 1949, p. 38; Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

⁶ Como nos ensina o professor Paulo Bonavides, esse modelo de Estado nasce da tentativa de superação da contradição entre a igualdade política e a desigualdade social (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185).

⁷ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 1998, p. 37.

Tudo isso conduz a um quadro preocupante de *inflação e instabilidade normativa*, diante do qual o indivíduo fica desarmado, sem saber as conseqüências que dimanam de suas ações. Sobre o cidadão pesa um ordenamento jurídico indecifrável, que, em vez de segurança, transmite temor e enseja a prepotência, sentimentos, à toda evidência, radicalmente contrários aos que inspiraram o Estado de Direito. Se a isso somarmos fenômenos localizados—tal como faremos adiante, demonstrando as disfunções características do Estado brasileiro—, resta insuspeita a importância primacial do princípio da segurança jurídica, como pressuposto inarredável da própria subsistência do Estado de Direito. Aliás, contraditoriamente, *de instrumento de liberdade e segurança, as leis podem vir a se tornar instrumento de tirania, e o combate que deve ser travado para evitar tal infortúnio tem como oponentes o ordenamento jurídico consigo próprio*⁸.

Ademais, não é difícil imaginar que a problemática de que nos ocupamos, conquanto tenha conseqüências nefastas para os agentes econômicos e, portanto, a estes seja de subido interesse, é sobre os cidadãos, sobretudo os pobres, que tais conseqüências mais se fazem sentir⁹. Quase sempre desassistidos e ante um ordenamento jurídico que lhes causa medo, de teor incompreensível e sempre mutável, são levados a uma situação que Kafka ou Orwell se afigurariam pueris.

Convém reconhecer-se que é da tragédia cotidiana destes cidadãos que se retira a inspiração para a presente investigação. Se no passado a segurança jurídica servia tão-somente aos donos do mercado, sendo, em palavras de Karl Marx, uma forma de “preservação do egoísmo”¹⁰, nos quadrantes do Estado Social de Direito a segurança jurídica vem ao socorro especialmente dos desafortunados, os quais dependem quase que exclusivamente das prestações do Estado para sobreviver.

Como revelamos linhas atrás, neste modelo jurídico-político fundado na solidariedade, o Estado assume um novo papel, quer oferecendo utilidades e comodidades básicas, quer disciplinando e planejando as relações privadas, fazendo com que o particular se torne dele cada vez mais dependente¹¹. Diante disso, forçosos se mostram mecanismos prestantes a assegurar a coerência, a constância e a previsibilidade das atividades estatais¹². Tais mecanismos, como veremos a seguir, estão enfeixados exatamente no princípio da segurança jurídica.

⁸ O professor Eduardo García de Enterría atina para esse fato nos seguintes termos: “Toda la tradición revolucionaria, ya lo hemos notado al comienzo sumariamente, montó la Idea del Estado de Derecho, poniendo el énfasis en un esquema simple: la sumisión de la Administración a la Ley. Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más terribles” (*La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 87). Assim também Nicolas Molfessis: “Combattre l’insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même” (*Rapport public 2006, Conseil d’État*. Paris: La documentation française, 2006, pp. 391-406).

⁹ Costa, Joaquín. *La ignorancia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América/EJEA, 1957, pp. 22 e 23.

¹⁰ Enuncia Karl Marx: “O conceito de segurança não faz com que a sociedade burguesa se sobreponha a seu egoísmo. A segurança, pelo contrário, é a preservação deste”. (*A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2005, p. 36).

¹¹ Forsthoﬀ, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 116 e 117.

¹² Calmes, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, pp. 7 e 8.

Encerrando estas considerações preambulares, não é de se desprezar também o fato de que a doutrina brasileira tem emprestado ao assunto, no mais das vezes, um tratamento parcial e assistemático. São geralmente abordados aspectos particulares do princípio da segurança jurídica, ou mesmo *reduz-se este princípio aos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, sem tentativas de reconhecimento da dimensão total que o aludido princípio assume na ordem jurídica nacional.*

Em face disso é que se propõe, despretensiosamente e prevenidos contra uma “síndrome de Colombo”¹³ que parece contaminar nosso meio acadêmico, *um esforço de sistematização do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*¹⁴.

2. O princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito.

2.1. O Estado de Direito e seus elementos jurídico-positivos.

A consagração do Estado de Direito marca, historicamente, a passagem radical da concepção de um Direito incipiente e manietado ao talante de um Poder concentrado e incontrastável, *para um Direito desenvolvido, cuja força se impõe a todos, indiscriminadamente, cidadãos e Estado*¹⁵. Naquele modelo, alcunhado de Estado de Polícia, o cidadão era qualificado como “súdito” e se vergava às imposições unilaterais do soberano. *Já no Estado de Direito, o Estado se torna mero instrumento dos cidadãos, a cujas decisões, traduzidas na lei, deve estrita obediência.*

Levou-se a cabo tal projeto mediante a conjugação de duas idéias que, embora hoje possam se afigurar singelas, revolucionaram a concepção do Estado e abriram campo para grandes conquistas democráticas. São elas: *a separação de poderes e a soberania popular, traduzida na supremacia da lei.* Aquela, desenvolvida por Montesquieu, partia da premissa –ao que tudo indica, universal– de que todo aquele que dispõe de poder tende a dele abusar e de que só o poder limitaria o poder. Nessa medida, as funções estatais deveriam ser distribuídas em diferentes órgãos, para que os poderes se controlassem reciprocamente. De outra parte, com a soberania popular, engendrada por Rousseau, desloca-se a origem da soberania para o povo, de sorte que este passa a determinar o seu próprio destino, mediante um instrumento chamado *lei*¹⁶.

¹³ Esta expressão é de Pitirim Sorokin, quem, com grande percuciência, descreve a mania dos estudiosos modernos consistente em “esquecer” as realizações pretéritas e apresentar, no afã de realizar descobertas, velhas idéias sob novas vestes (*Achaques y manías de la sociología moderna y ciencias afines*. Madrid: Aguilar, 1957, pp. 19 a 43).

¹⁴ A tanto nos lançaremos à luz das palavras de Paul Roubier: “Il faut comprendre de quels périls la société est menacée. Là ou cette valeur essentielle qu’est la sécurité juridique a disparu, il n’y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. Le droit cède la place à ce qu’un écrivain contemporain appelle ‘le concept du politique’, c’est-à-dire à de pures considérations d’opportunité” (*Théorie générale du droit*, 2^a ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1951, p. 334).

¹⁵ Apostila Adolf Merkl que o Estado de Polícia, em sua forma extrema, caracteriza-se por uma ordem jurídico-administrativa rudimentar, *formada por um único preceito jurídico que estabelece um direito ilimitado para administrar.* Ao soberano cumpriria fazer tudo que lhe aprouvesse (*Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 92).

¹⁶ Diz Rousseau: “Sur cette idée, on voit à l’instant qu’il ne fait plus demander à qui il appartient de faire des loix, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale” (*Du contrat social*. Paris: Aubier, 1943, p. 170).

Demais disso, por meio das virtualidades da lei, quais sejam, a *abstração e a generalidade*, intentava-se criar um *ambiente seguro, livre do arbítrio, no seio do qual as ações poderiam ser planejadas em vista de uma medida racional e obrigatória a todos*¹⁷.

Sob um olhar mais atento, resulta claro que a categoria histórico-jurídica do Estado de Direito constitui, em verdade, a concretização de um *projeto ideológico que teve em mira assegurar liberdade e, sobretudo, segurança aos indivíduos, mediante a demarcação dos limites entre o poder e a prepotência, a discricionariedade e a arbitrariedade*¹⁸. Sublinhe-se ainda que o acréscimo de novos elementos a esse modelo, encartados nas grandes fases do Constitucionalismo Social –representado pela Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição de Weimar– e do Constitucionalismo Democrático –encarnado na Lei Fundamental de Bonn–, não alteraram suas características iniciais¹⁹ e muito menos, como sustentam alguns²⁰, seriam incompatíveis com a segurança jurídica. Bem ao contrário, quanto mais o Estado intervém no domínio social, tanto maior será a exigência de segurança jurídica em favor aos cidadãos, ante a necessidade de *previsibilidade e estabilidade da ação estatal*.

Importa notar, ante o exposto, que com a locução “Estado de Direito” não se quer designar qualquer Estado, senão um *tipo de Estado, cujos contornos vão sendo traçados historicamente e se revestindo de variadas formas jurídico-constitucionais*²¹. Como preleciona Kelsen, “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica”²².

Entretanto, malgrado se pretenda designar com a expressão “Estado de Direito” um determinado modelo de Estado, um problema de índole teórica se apresenta, a saber: quais as notas (*definiens*) que definem o conceito de Estado de Direito (*definiendum*), ou seja, quais os traços que permitem o reconhecimento de um Estado de Direito?

¹⁷ Esclarece Rousseau: “Quand je dis que l’objet des loix est toujours général, j’entend que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière” (*Op. cit.*, p. 169).

¹⁸ Legaz y Lacambra assinala, argutamente, o caráter fundamental da *segurança* na filosofia dos contratualistas (*Filosofia del derecho*, pp. 624 e 625).

¹⁹ Com a costumeira argúcia, preleciona o professor Agustín Gordillo: “A nosso ver, a noção de ‘Estado de Bem-Estar’ veio a operar como um corretivo para a noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, porém, de modo algum suprimindo-a ou substituindo-a” (*Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 74 e 75).

²⁰ Autores do porte de Hesse e Forsthoﬀ atrelam o princípio da segurança jurídica à concepção burguesa de Estado. Ao intervencionismo estatal que marca o Estado Social, pautado segundo critérios de oportunidade e de equidade, repugnaria a noção de segurança jurídica (Xavier, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 48).

²¹ Sublinha a historicidade do conceito de Estado de Direito o ilustre Julio Prat, nos seguintes termos: “Por ser un ideal, el contenido mismo de la noción es variable según el tiempo y el espacio en que se considere. Por esta razón, más que definir el régimen de derecho, lo precisaremos por los elementos que en la actualidad son característicos” (*La desviación de poder*. Montevideo: Ed. Amalio Fernández, 1957, p. 30).

²² *Teoria pura do Direito*, 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 346.

Dado o sucesso retórico desta expressão, com o passar dos anos ao seu conteúdo foram sendo agregados novos elementos associados às idéias prevalentes da época, de sorte que o evoluir histórico tornou-a cada mais complexa e imprecisa²³.

Nos limites desta investigação, a resposta à interrogação formulada linhas atrás aponta não para o fecundo arcabouço histórico da expressão “Estado de Direito”, senão que para os elementos constantes do direito posto. Nosso conceito, porquanto jurídico-positivo, deve fundar-se em direito vigente. Convém notar ainda, sem querer antecipar conclusões, que à semelhança do que sucede com o conceito de segurança jurídica, o conceito de Estado de Direito, mercê de sua complexidade, parece subtrair-se a todo esforço de uma definição sintética e elegante, sendo integralmente apreendido mediante o arrolamento dos elementos que o compõem e que lhe dão concretude²⁴.

Com efeito, delimitemos o conteúdo do Estado de Direito construído pela Constituição Federal de 1988, ou, em outros termos, assinalemos os traços que permitem identificar nosso conceito de Estado de Direito. Não é difícil antever que *o princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual tem-se um Estado meramente jurídico, orientado tão-só por considerações de oportunidade*²⁵.

Concorrem para a conformação do Estado de Direito brasileiro os seguintes traços: *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º da CF), *a soberania popular* (art. 1º, parágrafo único, da CF), *a separação de funções estatais* (art. 2º da CF), *o princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I da CF), *o princípio da legalidade* (arts. 5º, I, 37, *caput*, da CF), *o sistema de direitos fundamentais dotados de petrealidade*, *o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV da CF) e, finalmente, *o princípio da segurança jurídica*.

Da conjugação desses vetores deduz-se um modelo de Estado obsequioso aos meios e fins que lhe são irrogados pela ordem jurídica, tradução da soberania popular, e presidido pela lógica da *função*, tão bem definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como “a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”²⁶.

Reclama-se agora, antes de se expor a intimidade do princípio da segurança jurídica, uma breve explicação sobre a noção de “princípio jurídico”.

²³ Entrena Cuesta, Rafael. Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública*, pp. 31 e 32.

²⁴ Confirma esta dificuldade a professora Sylvia Calmes nos seguintes excertos: “Ces efforts en vue de cerner l’État de droit de manière fixe ne paraissent cependant pas suffisants en eux-mêmes pour permettre de déterminer tout son champ d’application concret et l’articulation entre les multiples éléments évoqués. Il paraît dès lors nécessaire de les compléter par une énumération et une classification de des éléments constitutifs, pour voir clairement apparaître en son sein les théories de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime” (*Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 80). “En outre, elle [sécurité juridique] renvoie finalement à des incertitudes de même type que lors de analyse de l’État de droit, quand il s’agit d’essayer d’en donner une définition précise” (*op. cit.*, p. 111).

²⁵ Vilanova, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito, *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 1. São Paulo: Axis Mundi/IBET, 2003, p. 424.

²⁶ *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

2.2. Princípios jurídicos: conceito e funções.

Antes de ingressarmos na delimitação da segurança jurídica, até este momento tratada como um “princípio”, fixaremos, de modo breve, o *uso* desse vocábulo, de sorte a evitar incongruências a que sua latitude semântica pode dar ensejo²⁷.

O tema dos princípios não é novo e já foi objeto de inúmeras investigações, dos mais variados matizes, tendo há muito se desfeito a noção legalista segundo a qual os princípios serviriam tão-somente como fontes subsidiárias, meras “válvulas de segurança” destinadas a garantir o reinado absoluto da lei. Dentro dessa concepção, de que é exemplo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro²⁸, os então denominados “princípios gerais de direito” *seriam induzidos das leis e a estas se subordinariam*, atuando apenas na colmatação de lacunas²⁹. Curioso observar que, de acordo com essa vetusta concepção legalista, a assimilação dos princípios implicaria uma renúncia à segurança jurídica e, por essa razão, deveriam ser rechaçados³⁰. Hoje, entretanto, assentado sobre bases sólidas o fenômeno da *princípioalização do Direito* fulgura como um dos principais princípios jurídicos, senão o principal, justamente o da *segurança jurídica*.

Mas o aludido fenômeno da princípioalização do Direito, embora tenha culminado no reconhecimento da *normatividade* dos princípios, rompendo alguns dogmas positivistas, deu lugar a inúmeras dificuldades teóricas. Enfrentaremos algumas destas dificuldades, alertando de antemão para o fato de que as lições dos professores Ronald Dworkin e Robert Alexy, malgrado desfrutem nos dias atuais de prestígio incontestado, sendo recebidas por muitos de maneira axiomática, não constituem o *único* ponto de vista sobre a matéria, tampouco, como adverte lucidamente o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, expropriaram o direito ao uso do termo “princípio”, de modo a ser admissível apenas a aceção por eles formulada³¹. Portanto, estipulemos o sentido com que nos valeremos deste signo lingüístico no presente trabalho.

É certo que o termo “norma” se converteu em gênero de que são espécies as *regras* e os *princípios*. Aqui emerge a primeira dificuldade: qual o critério a apartar a regra do princípio?

²⁷ Muitos são autores que advertem para a acentuada plurivocidade do termo “princípio”, entre os quais podemos citar Genaro Carrió (*Princípios jurídicos y positivismo jurídico, Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 203-212); Ricardo Guastini (*Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 185); e Sérgio Sérulo da Cunha (*Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 5-11).

²⁸ “Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*”.

²⁹ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 262.

³⁰ Flórez-Valdés, Joaquín Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 37.

³¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 53.

Afigura-se-nos que o critério é *valorativo*³². Os princípios são normas dotadas de grande carga axiológica, cujo sentido ilumina uma região da ordem jurídica, presidindo sua interpretação e aplicação. As regras não têm esta “força expansiva” dos princípios, limitando-se a disciplinar uma específica situação fática³³.

Da afirmação de que o critério é valorativo se segue que, ao tratar-se de princípio expresso, a valoração é procedida pelo legislador, ao passo que nos princípios que vivem na implicitude, cumpre ao intérprete fazê-la, tendo por base os componentes do sistema jurídico³⁴. Apenas é preciso observar que, no tocante aos princípios expressos, salvo em relação àqueles que figuram no texto constitucional, aos quais não se pode negar a estatura de *princípios constitucionais*, não é *decisivo* o veículo com que são introduzidos no sistema jurídico, sendo imperioso valorá-lo em perspectiva sistemática. Prova disso é o próprio princípio da segurança jurídica, ao qual ninguém hesita em atribuir dignidade constitucional, não obstante sua consagração expressa, conforme veremos, seja obra do legislador infraconstitucional.

Outro ponto que merece análise é a chamada “dimensão de peso dos princípios”, em contraposição à maneira “tudo-ou-nada” de aplicação das regras, nas expressões do professor Dworkin³⁵. O conflito entre regras conduziria à decretação de invalidade de uma das regras, ao passo que a colisão de princípios se resolveria de forma completamente diversa, com a cedência de um princípio em favor do outro, à luz do caso concreto, sem se cogitar de invalidade do princípio cedente³⁶.

Julgamos acertadas estas lições, desde que formuladas algumas ressalvas. A primeira delas é que a “dimensão de peso” não significa que toda e qualquer ponderação pode ser feita se estiverem em causa dois princípios, o que redundaria na relativização total da ordem jurídica, de modo a pôr em risco sua ordenação hierárquica. Demais disso, parece-nos que há *princípios absolutos*, os quais sempre prevalecerão se confrontados com

³² Guastini, Ricardo. *Das fontes às normas*, pp. 192 e 196; Carvalho, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 261.

³³ Na síntese magistral de Agustín Gordillo, “los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, *el principio tiene sustancia integral*. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. *La norma es límite, el principio es límite y contenido*. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero *el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu*” (*Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, pp. 176 e 177).

³⁴ A propósito da formulação de certos princípios pelos intérpretes, calha a ponderação de Norberto Bobbio: “Che i principi siano costruzioni dottrinali non esclude affatto che possano avere a tempo e luogo efficacia normativa: del resto anche norme speciali spesso sono, rispetto al modo con cui sono state enucleate e formulate, costruzioni dottrinali” (Principi generali di diritto, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 890).

³⁵ *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 39-46.

³⁶ Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 92-94.

outros princípios³⁷, de que são exemplos o princípio da dignidade humana e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nenhuma razão jurídica justifica eventual ceder a estes princípios.

Também os princípios são dotados de *funções* peculiares, que os distinguem das regras. Quatro são as *funções*: *integrativa*, *interpretativa*, *limitativa* e *sistematizadora*.

A função integrativa, historicamente a primeira função assinada aos princípios jurídicos, traduz-se no mecanismo posto à disposição do órgão judicante, em face da proibição do *non liquet*³⁸, de se socorrer dos princípios jurídicos para solucionar um caso concreto para o qual não há uma regra específica. Ou seja: os princípios funcionam na colmatação de lacunas normativas. Tal função está expressamente prevista no já citado artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, sob a designação de “princípios gerais de direito”.

Os princípios jurídicos também exercem um papel fundamental na *interpretação* dos textos normativos. Nesta sede, os princípios presidem a inteligência das entidades lingüísticas, promovendo a construção de normas no mesmo sentido e direção que preconizam. Para aclarar esta asserção, façamos um pequeno esclarecimento teórico, consistente na distinção entre *texto* e *norma*³⁹.

As normas jurídicas não se confundem com os enunciados normativos. Em verdade, aquelas são o *resultado* da interpretação sistemática destes. É dizer: *o texto é o objeto da interpretação, enquanto a norma é o resultado da interpretação; a norma é, em síntese, o significado que emerge do texto normativo*.

Sucede que, na maioria das vezes, da interpretação de um texto normativo são sacados múltiplos significados, ou seja, várias normas, a exigir do aplicador do Direito a decisão sobre qual dos significados merecerá aplicação no caso concreto. É neste momento que comparecem os princípios jurídicos, a indicar o significado ou os significados que correspondem a sua diretiva estimativa. Imperioso notar ainda que, diante do caso concreto, mais de um sentido do texto pode estar em consonância com o princípio que lhe serve de suporte, como também pode ocorrer, em situações excepcionais, ora de nenhum sentido ser admissível, obrigando ao afastamento da subsunção do caso concreto à norma, ora de os significados possíveis comportados pelo texto normativo serem insuficientes ao atendimento do princípio, obrigando à *extensão* do alcance da hipótese normativa ou até mesmo ao aproveitamento do mandamento da regra em desconsideração à sua hipótese normativa.

Já a *função limitativa* dos princípios traduz-se na qualidade de constituírem *parâmetro de validade* de regras jurídicas, vale dizer, se uma regra discrepar do comando albergado por um princípio, estará ela inquinada de invalidade, sujeitando-se à expulsão da ordem jurídica⁴⁰.

³⁷ Versa sobre o tema o professor Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 111-114).

³⁸ Eis a célebre redação do art. 4º do Código Civil Francês de 1804: “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

³⁹ Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. *Definiciones y normas, El Lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, pp. 14 e 15; Guastini, Ricardo. *Das fontes às normas*, 23-43.

⁴⁰ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, pp. 199 e 200.

Aqui devemos fazer duas considerações. A primeira, dedutível do quanto já foi dito, concerne à íntima ligação que se estabelece entre as funções interpretativa e limitativa. Enquanto aquela atua antes da edição da norma jurídica, delimitando seus contornos, esta age depois de produzida a norma, reprimindo a violação do princípio. Se nos atentarmos para esta questão, veremos que a *função limitativa só tem lugar se descumprida a função interpretativa*. O juízo de invalidade é consequência da inobservância do princípio jurídico no momento da interpretação.

Com efeito, os princípios jurídicos são, ao mesmo tempo, um dos mecanismos de redução da discricionariedade (função interpretativa) e de controle do ato administrativo (função limitativa)⁴¹. Aí estão os dois momentos acima aludidos: antes da edição do ato administrativo—momento da discricionariedade—, incide a função interpretativa; uma vez existente o ato administrativo, incide a função limitativa.

A segunda consideração, de supina importância e que, salvo raríssimas exceções, recebe sofrível tratamento pela doutrina e jurisprudência nacionais, consiste em que a função limitativa dos princípios, se analisada em conjunto com um adequado entendimento do conceito de *direito subjetivo*, amplia sensivelmente a possibilidade de controle jurisdicional dos atos do Poder Público pelos administrados.

Conforme preleciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ante a unidade de jurisdição que vigora no Brasil, não há que se cogitar da noção de *interesse legítimo*, importada por alguns, de modo disparatado, do Direito Italiano⁴². Deve-se, segundo o alumiado professor, ampliar a noção vetusta de direito subjetivo, descendente do Direito Privado, para que se torne compreensiva do universo de relações do Direito Público. Assim, tratar-se-á de direito subjetivo, *ergo* sindicável, quando: “(a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-las se não houvesse ruptura da legalidade, *nada importando que a ilegalidade argüida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na situação objetiva e abstrata*”⁴³.

Portanto, à luz desta noção de direito subjetivo, qualquer ato ou política pública que, por meio da violação de um princípio, traga agravo pessoal ao administrado ou lhe subtraia vantagem, pode ser por este combatido judicialmente.

Por fim, temos a destacada *função sistematizadora* dos princípios. Por constituírem as proposições mestras do sistema jurídico, os princípios irradiam seu conteúdo estimativo sobre as demais normas, imprimindo-lhes unidade e coerência.

⁴¹ Fernández, Tomás-Ramón; Enterría, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed., vol. I. Madrid: Civitas, 2005, pp. 482-485.

⁴² *Op. cit.*, pp. 934-937. Assim também o professor Cândido Rangel Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed., vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 863).

⁴³ *Op. cit.*, p. 937.

Assim, *cada princípio unifica, sob o influxo do valor que carrega, uma plêiade de regras e de subprincípios, os quais, ao mesmo tempo que naquele se sustentam, a ele dão concretude*. Trata-se de um vínculo normativo que se estabelece, de modo que a desatenção a qualquer das manifestações do princípio implica ofensa ao próprio princípio⁴⁴.

A esta altura, julgamos oportuno o oferecimento de uma definição de princípio, de modo a sintetizar, em poucas palavras, a noção complexa que este termo abriga. Com efeito, *princípios são normas jurídicas, explícitas ou implícitas, portadoras dos valores mais caros à comunidade jurídica e prestantes a guiar a interpretação dos enunciados normativos, a colmatar lacunas normativas, a invalidar aquelas regras que lhes são contrárias e a presidir a racionalidade do ordenamento jurídico, ao qual conferem conexão sistemática*.

A partir dessa noção de “princípio” na retentiva estamos autorizados a passar ao exame do princípio da segurança jurídica.

2.3. O significado do princípio da segurança jurídica.

Ao aproximar-nos do princípio da segurança jurídica com pretensão cognoscente, logo um obstáculo se apresenta. Como já anotamos a propósito do conceito de Estado de Direito, parece este princípio, em virtude de sua amplitude semântica, subtrair-se a qualquer tentativa de definição *útil*, sendo compreendido de modo integral mediante a exposição dos elementos que lhe dão concretude⁴⁵.

Outrossim, a identificação do princípio da segurança jurídica supõe uma esclarecedora distinção entre a segurança *pelo* direito e a segurança *do* direito⁴⁶. Não se trata de um mero jogo de palavras, mas de um expediente para que autonomizemos o princípio da segurança jurídica.

A primeira expressão, “segurança *pelo* direito”, é representativa da concepção clássica da segurança jurídica, segundo a qual o Direito corresponderia às aspirações de ordem e paz dos indivíduos. A mera positividade das normas proporcionaria segurança

⁴⁴ Nisto divergimos do professor Norberto Bobbio, quem nega qualidade normativa à função “sistemática” ou “construtiva” dos princípios (Principi generali di diritto, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 896).

⁴⁵ Tal fato não escapou à arguta análise da professora Anne-Laure Valembois: “Plurivoque, la sécurité juridique n’est pas pour autant équivoque. Elle semble certes se soustraire à toute tentative de définition conceptuelle, étant essentiellement fonctionnelle. La jurisprudence des juges qui utilisent l’exigence de sécurité juridique apparaît alors comme un instrument heuristique particulièrement utile. À ce stade de l’analyse, seule une définition téléologique de l’exigence de sécurité juridique sera proposée, qui repose essentiellement sur une recherche des consensus de la doctrine. Elle laissera apparaître que la sécurité juridique ‘informe un certain nombre de principes spécifiques’, tant sa définition ne peut être donnée qu’en référence aux notions et autres principes qui en sont les composants” (*La constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en droit français*. Paris: LGDJ, 2005, p. 13). Compartilha deste entendimento a professora Sylvia Calmes, como se vê deste excerto: “En outre, elle [sécurité juridique] renvoie finalement à des incertitudes de même type que lors de l’analyse de l’État de droit, quand il s’agit d’essayer d’en donner une définition précise” (*Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 110).

⁴⁶ Valembois, Anne-Laure. *op. cit.*, pp. 4-10; Pérez Luño, Antonio-Enrique. *Seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 21.

às pessoas, raciocínio cuja correção não colocamos em dúvida, mas que conduz, evidentemente, à confusão entre o Direito e a segurança jurídica. Se assim entendêssemos, seria até mesmo injustificada esta investigação. Seria dizer que de todo Direito verteria segurança aos indivíduos. E ponto final.

Em verdade, a segurança jurídica de que cuidamos é a segurança *do* direito, que poderíamos nominar de concepção contemporânea deste princípio. *Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito que, como foi visto na introdução deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico.* É justamente sob o pálio do princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas.

Neste sentido, *partiremos para o reconhecimento do plexo de normas jurídicas que expressam, especificamente, o princípio da segurança jurídica no interior do regime jurídico-administrativo.* Deveras, esta é uma tarefa impositiva a todos os juristas: converter o arcabouço ideológico do Estado de Direito em um *conjunto de técnicas* prestantes à defesa dos direitos dos administrados⁴⁷.

O princípio da segurança jurídica *permeia o direito positivo, condicionando toda sua dinâmica.* À luz das *funções* exercidas pelos princípios, resulta que desde a Constituição até as normas individuais e concretas, toda produção do Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio⁴⁸ –as quais conduzem a uma ação conseqüente do Estado, livre de voluntarismos e sobressaltos–, sob pena de um juízo de invalidade da norma editada.

É de se notar, entretanto, sob a ótica da *função sistematizadora*, que o princípio da segurança jurídica não se expressa de modo uniforme nos diversos regimes jurídicos, armando-se de diferentes técnicas segundo o subsistema em que atua. É por isso que, neste momento, oferecemos apenas os traços gerais do aludido princípio para, no capítulo subsequente, *identificarmos as normas e subprincípios que o concretizam no regime jurídico-administrativo.*

Ademais, supérfluo dizer que o princípio da segurança jurídica apresenta-se na classe de *sobredireito*, visto que regula a produção e a aplicação de normas jurídicas. *Dirige-se a outras normas jurídicas*, as quais se presta a coordenar –formal e temporalmente– em homenagem à *previsibilidade, mensurabilidade e estabilidade* que deve guardar a atuação do Estado. Cuida-se de garantia, ao mesmo tempo, decorrente da positividade e sobre ela incidente.

É comum dividir-se o princípio da segurança jurídica em dois aspectos, não obstante, também com freqüência, não se leve conseqüentemente tal distinção. Segundo nos parece, *a classificação que expõe com maior clareza e abrangência este princípio leva em conta os dois núcleos conceituais por ele agasalhados, quais sejam: a certeza e a estabilidade.*

⁴⁷ *La lucha contra las inmunidades del poder*, pp. 13 e 14.

⁴⁸ Derzi, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do Direito no Direito Tributário, *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 184.

O aspecto da *certeza* reflete uma idéia comezinha e ínsita à fenomenologia do Direito. Os comandos jurídicos, como se sabe, mercê de sua abstração, estabelecem, *para o futuro*, a ligação de dados fatos a certas conseqüências jurídicas. Ampliativas ou restritivas, tais conseqüências orientam o agir de todos os destinatários das normas jurídicas, sejam os indivíduos em intersubjetividade, sejam em contato com a Administração Pública. Contudo, tal *previsibilidade* pressupõe, antes de tudo, a *cognoscibilidade*, dentro de padrões de razoabilidade, do conteúdo do comando jurídico. Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o quê não é dado exigir os respectivos comportamentos.

A *certeza* encarna, portanto, a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma. Isso implica aspectos técnico-formais de produção das normas jurídicas que podem ser reconduzidos à *certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas*. No capítulo seguinte analisaremos como operam essas categorias na produção e aplicação das normas jurídico-administrativas, de molde a evidenciar sua repercussão sobre a esfera jurídica dos administrados.

Mas não basta a certeza quanto à norma aplicável para se assegurar o princípio da segurança jurídica. Nem é preciso dizer que nada significaria a *previsibilidade* se as projeções que dela decorrem e que norteiam a ação do administrado pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo, pelo Estado. É de rigor, portanto, que à *previsibilidade* oferecida pela certeza se acresça a *estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado*. É sob tal prisma que tradicionalmente se aborda o princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro, mais especificamente em relação à *estabilidade das relações jurídicas válidas* involucradas pelos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF)⁴⁹.

Afigura-se-nos que só a partir dessa díade (certeza e estabilidade) se alcança a verdadeira dimensão do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional brasileiro. Certeza sem estabilidade e estabilidade sem certeza resultam, igualmente, em insegurança, e por essa razão devem ser igualmente prezadas para fins de proteção do indivíduo contra o uso desatado do Poder Estatal⁵⁰.

⁴⁹ “O Supremo Tribunal Federal –que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte– não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas” (Medida cautelar na ADIn nº 2010, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, julgada em 30-9-1999, DJ 12-4-2002, p. 51).

⁵⁰ Deste entendimento parece comungar a professora Sylvia Calmes, quando, em notável síntese, apostila: “Cette double orientation apparaît notamment lorsque est avancée l’affirmation en vertu de laquelle la sécurité juridique vise à assurer le développement non seulement public, cohérent, clair et précis (*il faut ‘savoir’, qualitativement*), mais également continu, conséquent et stable du droit, en excluant les changements brusques, incohérents et indéfinis (*il faut ‘prevoir’, temporellement*)” (*Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, p. 158).

Demais disso, conforme já restou claro quando tratávamos da conformação do Estado de Direito Brasileiro, é de repisar-se a inegável *dignidade constitucional* do princípio da segurança jurídica em nosso Direito Positivo, o que, aliás, vem sendo confirmado por reiteradas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, o qual, como observaremos adiante, em despeito de alguns retrocessos, tem alargado o princípio da segurança jurídica, à luz do Direito Germânico, a fim de proteger a confiança do indivíduo.

Também merece menção o processo de explicitação do princípio da segurança jurídica no ordenamento infraconstitucional, como se verifica, por exemplo, no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal, bem assim no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e sobre a ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e no art. 11 da Lei 9.882/99, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Cumpre notar ainda que o princípio da segurança jurídica não é aplicado isoladamente, dialogando com outros princípios de envergadura constitucional. Como já dissemos linhas atrás, nos marcos de um Estado Democrático de Direito os princípios não se excluem aprioristicamente, senão que, diante do caso concreto, são conciliados segundo a exigência de proteção dos direitos dos cidadãos.

Nesse contexto, habitualmente são contrapostos o princípio da segurança jurídica com o da legalidade, sob a afirmação de que diante dos casos concretos ora prevaleceria um, ora outro. Porém, não admitimos esta mútua exclusão entre estes princípios, que se nos afigura viável tão-só a partir de uma visão da legalidade própria do século XIX, de jaez mecanicista, que a identifica com a literalidade da lei.

A todas as luzes, com a ascensão do Estado Democrático de Direito esta visão cede passo à concepção do princípio da legalidade como *conformidade à lei e ao Direito*, na eloqüente expressão da Lei Fundamental Alemã⁵¹, ora introduzida em nossa ordem jurídica pelo art. 2º, parágrafo único, inciso I, da já mencionada Lei 9.784/99. Destarte, o princípio da legalidade implica não só a fiel subsunção à lei, como também a observância dos princípios jurídicos, assumindo, nessa medida, a feição de um *preceptivo de submissão das autoridades a toda ordem jurídica*. Nos quadrantes do Direito Administrativo, o princípio da legalidade impõe a submissão da Administração Pública não só à lei que, ao mesmo tempo, fundamenta e limita sua atuação, mas também e, sobretudo, aos princípios que compõem o regime jurídico-administrativo⁵², porquanto, na lição certa de professor Eduardo García de Enterría, “la ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración”⁵³.

⁵¹ Prescreve o art. 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental Alemã, em tradução francesa: “Le pouvoir législatif est lié par l’ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire *sont liés par la loi et le droit*”.

⁵² A propósito, o magistério do professor Brewer-Carías: “Pero por supuesto, ‘legalidad’, en el derecho constitucional contemporáneo, no es sólo la sumisión a la ‘ley formal’ como acto sancionado por el Parlamento, como sucedía en el siglo XIX con respecto a las acciones administrativas y como consecuencia del principio de la supremacía de la ley, sino que quiere decir sumisión al ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución y a otras fuentes del derecho” (*Derecho Administrativo*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 43).

⁵³ *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 49.

Dessas colocações dessume-se que *não é de oposição a relação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, mas sim de complementação*. O princípio da legalidade é enriquecido pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, o qual se torna um dos parâmetros de aferição de validade das condutas estatais. Deveras, o princípio da segurança jurídica vem corrigir algumas deformações do princípio da legalidade decorrentes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos em face do Estado e não no contrário⁵⁴.

Por isso, quando em certo caso concreto prevalece o princípio da segurança jurídica não há ruptura da ordem jurídica ou preterição do princípio da legalidade, senão que afirmação do princípio da legalidade.

3. Alcance do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro.

Delimitado o significado da segurança jurídica na ordem jurídica brasileira, partiremos agora à verificação do *alcance* deste princípio no domínio do Direito Administrativo, o que constitui, deveras, o cerne de nossa investigação.

Tomando o *Direito Administrativo como o plexo de princípios e regras que disciplinam a função administrativa e os órgãos que a desempenham*, ou, em outro torneios, do *regime jurídico* –sistema normativo dotado de uma racionalidade própria– que condiciona o exercício e os exercentes da função administrativa, coloca-se, de imediato, a pergunta: mas o que se entende por função administrativa e de que modo é exercida? A resposta a estas interrogações deve anteceder, necessariamente, o exame do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo.

3.1. Considerações sobre a função administrativa.

A já aludida tripartição de poderes –tecnicamente denominada de *tripartição de funções*– é uma *visão política fundante do modelo de Estado de Direito*, mas cuja *consagração jurídica* é multiforme, de acordo com os contornos que lhe confere a Constituição⁵⁵. Interessa-nos, pois, porque sob perspectiva dogmática, a consagração jurídica e não a visão política em si; *não a idéia, senão que o específico modo como a idéia foi plasmada na ordem constitucional*. Na síntese feliz de Paul Benoit: “mais précisément, *la clef du problème d’analyse est là: la notion de fonction n’est valable scientifiquement que dans la mesure ou elle exprime les réalités du droit positif*”⁵⁶.

Disso se segue que entre os inúmeros critérios com que se costuma isolar as funções estatais deve se eleger aquele que corresponda à realidade do Direito Positivo. Não é da materialidade das atividades do Estado de que se extrai a classificação das funções, mas

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*, 84, p. 54.

⁵⁵ Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, IX-1.

⁵⁶ *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 36.

sim da *qualificação jurídico-formal das atividades*. Nessa medida é que reputamos idôneo o *critério objetivo-formal* para classificar as funções do Estado, segundo o qual são reconhecíveis, no sistema constitucional brasileiro, três funções, a saber: função legislativa, função administrativa e função jurisdicional⁵⁷.

A função legislativa é aquela que o Estado exerce mediante a expedição de *normas gerais e normalmente abstratas que inovam originariamente na ordem jurídica*. Já a função jurisdicional é aquela desempenhada por via de *normas individuais e concretas com força de definitividade*. Por fim, função administrativa é a *função exercida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, que se singulariza por ser desenvolvida mediante comportamentos submetidos à lei, ou, excepcionalmente, diretamente à Constituição, e sujeitos à controle jurisdicional*⁵⁸.

Isolada a função administrativa, debruçemo-nos um pouco sobre sua fenomenologia, donde serão extraídas valiosas idéias para os propósitos de nossa investigação.

Com efeito, é lição corrente que a função administrativa encontra seu *fundamento e limite* em um instrumento normativo primário, seja ele lei ou Constituição. Assim, à autoridade ou quem lhe faça as vezes, não assiste vontade⁵⁹, mas tão-só o dever de atender às finalidades legais. Ademais, se a Administração discrepa das competências⁶⁰ que lhe são imputadas, encontra em seu caminho o ente jurisdicional que restabelece o império da legalidade. Portanto, há em um primeiro momento uma atribuição de competência –contendo aspectos vinculados e discricionários–, em nome da qual a autoridade administrativa atua, satisfazendo interesses públicos concretos. A fiscalizar este processo está o Poder Judiciário, ao qual cabe sindicatá-lo tanto a *atribuição* quanto o *exercício* das competências públicas⁶¹.

A primeira relação, entre a lei e a Administração, ou, em dizer mais elaborado, entre os instrumentos normativos primários e a atividade administrativa, foi insuperavelmente demonstrada pelo professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Conquanto não compartilhemos da classificação das funções do Estado deste alumiado professor, forçoso reconhecer que em um Estado de Direito a função legislativa e a administrativa se irma-

⁵⁷ Nos quadrantes do Estado de Direito não vemos razões para se admitir a existência da *função de governo*.

⁵⁸ Em nossa definição de função administrativa, conquanto indubitavelmente influenciada pela construção teórica do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não incluímos a *estrutura hierárquica*, porquanto não a entendemos como uma *nota típica* da função administrativa. Nisto seguimos o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em crítica endereçada a Adolf Merkl (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, pp. 168-171).

⁵⁹ Mesmo quando se está perante uma competência discricionária, ao administrador não assiste “liberdade”, mas pura e tão-somente uma margem de apreciação subjetiva condicionada ao atendimento ótimo da finalidade legal.

⁶⁰ Merece referência o conceito de “competência” do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 144).

⁶¹ Bacigalupo, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 92.

nam na consecução de finalidades públicas, cabendo àquela a produção de *programas de ação* e a esta *executá-los fielmente*⁶². Ou seja, o exercício da função administrativa visa a dar, tão-somente, *operatividade aos desígnios legais*⁶³.

Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica se projeta não só sobre o *exercício* da função administrativa, mas também sobre a *atribuição* da função administrativa. No Estado de Direito, caracterizado pela supremacia constitucional, não apenas o exercício da função administrativa é controlado, senão que o exercício da função legislativa.

Isto é, atenta-se tanto para o programa, quanto para sua execução, *visto que, em termos lógicos, um programa inseguro implica uma ação insegura e um programa seguro é condição necessária, mas não suficiente, para uma ação segura. De sorte que a plenitude do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo se alcança através de mecanismos que assegurem a certeza na atribuição e no exercício das competências administrativas e a estabilidade das situações e relações jurídico-administrativas.*

Diante dessa constatação, passemos ao exame da concretização do princípio da segurança –sob os signos da certeza e da estabilidade– nos lindes do Direito Administrativo.

3.2. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo.

À vista do repertório conceitual já ofertado e à base da diferenciação entre certeza e estabilidade, é chegado o momento de *sistematizarmos* as manifestações do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro.

3.2.1. Perspectiva da certeza.

A certeza jurídica, como já se disse, significa o *seguro conhecimento* das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e assim realizar plenamente seus desígnios pessoais. “Viver é constantemente decidir o que seremos”, diz, com inteira procedência, Ortega y Gasset⁶⁴. Nessa frase lapidar se traduz o fato de que o homem, paradoxalmente, é o que ainda não é, ou seja, radica sua existência no futuro, o qual, entretanto, é construído segundo as condições objetivas do presente. Daí, portanto, a exigência de critérios seguros e objetivos, não de aparências, para que o homem projete sua vida. No Direito, eis o que postula a *certeza jurídica*.

Já se averbou que esta perspectiva não recebe no Brasil grande atenção dos estudiosos, sendo encoberta pela perspectiva da estabilidade. Disso deriva, em larga medida, que os dispositivos prestantes a assegurá-la sejam olvidados, carecendo de *efetividade*. Cumpre a nós *revelar* a normatividade da certeza jurídica e dos dispositivos que a concretizam, sem cuja aplicação intransigente o indivíduo é arremessado em profundo estado de imprevisibilidade, sendo-lhe impossível antever a ação do Estado, bem como conhecer

⁶² *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 59.

⁶³ Alessi, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, v.1. Milão: Giuffrè Editore, 1966, pp. 9 e 10.

⁶⁴ *Que é filosofia?* Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1971, p. 170.

o sentido deôntico que as normas jurídicas emprestam aos seus comportamentos e aos comportamentos dos que estão à sua volta. Ademais, o grau de certeza é diretamente proporcional à intensidade do controle jurisdicional da atuação administrativa. A incerteza –em qualquer de suas formas– desarma o cidadão, pois que dele usurpa os parâmetros destinados a conter o arbítrio da Administração.

Neste contexto, avulta de importância o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal, desenvolvido pela Lei Complementar nº 95/1998, que disciplina a elaboração de todo e qualquer ato normativo (art. 1º, parágrafo único)⁶⁵. Por meio dessa lei são veiculadas normas de sobredireito visando à edificação de um ordenamento “ordenado” –o pleonasma é inevitável–, claro, inteligível, congruente. Saliente-se que estas normas não são meros *conselhos de técnica legislativa* às autoridades, mas pressupostos de validade dos instrumentos normativos por elas produzidos, cuja inobservância deve ser sancionada pelo órgão julgante.

3.2.1.1. Vigências das normas jurídicas.

López de Oñate, em seu estudo clássico sobre a certeza do Direito, põe em relevo que a primeira manifestação da segurança jurídica é a certeza da vigência das normas jurídicas⁶⁶. Nada mais procedente, entendida a vigência como atributo da norma jurídica apta a incidir sobre o mundo fenomênico. Não há como se cogitar de segurança jurídica frente a um ordenamento jurídico hipertrofiado, incoerente e sujeito a alterações constantes desacompanhadas de revogações expressas, do qual não é possível sacar, com objetividade, as normas vigentes, imperativas aos indivíduos e que habilitam a ação do Estado. Neste cenário, o próprio princípio da inescusabilidade da ignorância da lei soa como uma zombaria⁶⁷.

E é exatamente no âmbito do Direito Administrativo que se verifica, com maior ênfase, a vulneração desse aspecto da certeza jurídica⁶⁸. A *incessante e hipertrofiada* normação incidente sobre esse domínio jurídico, de feição contingente e provisória, somada a *cláusulas de revogação genérica*, suscitam intolerável incerteza sobre as normas vigentes e tornam a ação do Estado absolutamente imprevisível.

Tais cláusulas de revogação genéricas introduzem no ordenamento jurídico *revogações tácitas*, as quais, na ordem jurídica brasileira, podem se dar pela incompatibilidade de duas normas sucessivas, ou no caso em que a norma posterior regula, de modo exaustivo, matéria tratada por norma anterior (art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código

⁶⁵ “Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo”.

⁶⁶ *La certezza del diritto*. Milão: Giuffrè Editore, 1968, pp. 47-54.

⁶⁷ Costa, Joaquin. *La ignorancia del derecho*, pp. 13 e 14. Reza o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

⁶⁸ Enterría, Eduardo García de. *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000, p. 51.

Civil⁶⁹). O problema reside em que a determinação da revogação tácita é realizada pelas autoridades administrativas, ao aplicarem as leis, e, eventualmente, pelo Juiz, com definitividade e *in concreto*, se for instado a fazê-lo. Percebe-se de plano a grande imprevisibilidade que esta espécie revogatória oferece, sujeita que está às *multiformes interpretações dos referidos aplicadores do direito*. Se a ela agregarmos o aluvião normativo que nos açoita, teremos a exata medida das incertezas de que o administrado padece quanto à vigência das normas jurídico-administrativas.

Contra esse estado de coisas, impõe a certeza jurídica, de um lado, a utilização da *revogação expressa* (art. 9º da Lei Complementar 95/98, regulamentada pelo Decreto 4.176/2002)⁷⁰, por força da qual o legislador ou a autoridade administrativa no uso da competência regulamentar são obrigados a dispor expressamente acerca dos dispositivos que têm sua vigência amputada pela nova norma que estão a editar. De outra parte, postula-se a *consolidação e codificação de todos os atos normativos* –leis e regulamentos– conforme está prescrito no capítulo III da Lei Complementar 95/98, de sorte a facilitar a cognoscibilidade das normas vigentes que incidem sobre dada matéria.

Nem se faz necessário ingressar no tema da suposta hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, desde há muito debatido na doutrina⁷¹ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que se conclua, a partir da inteligência do artigo 59, parágrafo único, da Constituição Federal, que *entre a Lei Complementar 95/98 e as leis ordinárias medeia uma relação hierárquica, sendo aquela parâmetro de validade destas*⁷², *a ensejar, portanto, um juízo de invalidade*⁷³. O dispositivo constitucional não deixa margem a dúvidas: “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”⁷⁴.

⁶⁹ “Art. 2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

⁷⁰ Dispõe o art. 9º: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”.

⁷¹ Ver, por todos: Souto Maior Borges, José. *Lei Complementar tributária*. São Paulo: RT, EDUC, 1975; Ataliba, Geraldo. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: RT, 1971.

⁷² Com a proverbial sabedoria, diz o Ministro Carlos Ayres Britto: “*Não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, salvo em matéria de técnica legislativa, porque a Constituição diz que ‘Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis’* (art. 59, parágrafo único)” (RE 377457 – PR – Rel. Ministro Gilmar Mendes – Julgado em 17-9-2008).

⁷³ Não só a lei ordinária, como também as medidas provisórias e demais atos normativos expedidos no exercício da função administrativa estão submetidos à Lei Complementar 95/98, a teor do disposto em seu artigo 1º, parágrafo único: “As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo”.

⁷⁴ Sustenta este posicionamento, com apurado rigor, o professor Paulo de Barros Carvalho, cujas palavras merecem reprodução literal: “Se, como dissemos, as relações de subordinação entre normas, bem como as de coordenação, são tecidas pelo sistema do direito positivo, o nosso, inaugurado em 1988, houve por bem estabelecer que as leis, todas elas, com nome ou com *status* de lei, ficam sujeitas aos critérios que o diploma complementar previsto no art. 59, parágrafo único (CF) veio a prescrever com a edição da lei n. 95/98. Note-se que seu papel é meramente formal, porque nada diz sobre a matéria que servirá de conteúdo significativo às demais leis. Entretanto, nenhuma lei ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução poderá inobservar as formalidades impostas por essa lei complementar. É a consagração da superioridade hierárquica formal dessa espécie do processo legislativo com relação às previstas nos outros itens” (*Curso de Direito Tributário*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 222 e 223).

3.2.1.2. Projeção temporal das normas jurídicas.

Além da certeza quanto à vigência, o administrado deve estar seguro de que a *eficácia* das normas jurídico-administrativas não alcançará situações anteriores à vigência, é dizer, que as normas não serão retroeficazes⁷⁵. Trata-se de uma garantia medular ao Estado de Direito que, em verdade, completa o sentido da legalidade. Uma vez instaurado o governo das leis, mister que, para serem observadas e aplicadas, sejam conhecidas de antemão. Assim, norma que projeta seus efeitos sobre fatos pretéritos implicaria um atestado de má-fé do Estado, uma burla ao sistema jurídico, vez que qualificaria condutas que se materializaram sem a tê-la em conta⁷⁶.

Ressalve-se, entretanto, que esta vedação da retroeficácia não decorre da “natureza das coisas”. O tempo jurídico, na lição do professor Lourival Vilanova, não tem a unidirecionalidade do tempo natural⁷⁷. A eficácia jurídica é uma construção intra-sistêmica, não seguindo o fluxo da causalidade natural, razão pela qual encontra limites também jurídicos. O princípio da irretroeficácia das normas jurídicas é justamente um destes limites, *sobrenorma* que impede a retrocedência de efeitos jurídicos.

Não obstante a aparente obviedade da questão, tecnicamente ela apresenta peculiaridades que merecem esclarecimento, convindo, sobretudo, não *confundir o princípio da irretroeficácia das normas jurídicas com os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada*.

Através do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas proíbe-se que as normas jurídicas atinjam situações já consumadas ou os efeitos pretéritos de situações em curso⁷⁸. Protegem-se, portanto, as situações que já se venceram antes do advento da nova lei, impedindo que lhes seja retirada a significação jurídica que outrora receberam do sistema jurídico. Nessa medida, *orienta-se a irretroeficácia para a proteção do passado, conferindo a certeza de que as leis só afetarão fatos e relações jurídicas posteriores à sua vigência*.

⁷⁵ Empregamos esta expressão, em nosso juízo mais técnica do que “retroatividade”, seguindo os passos do mestre Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*, 2ª ed., t. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, pp. 5-104).

⁷⁶ A professora Misabel Derzi encarece, com inteira procedência, que o princípio da irretroatividade estende-se a todas as funções públicas, sendo irretroatividade do *Direito* e não simplesmente da lei (A irretroatividade do Direito no Direito Tributário, *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*, p. 184).

⁷⁷ Ensina-nos o mestre Lourival Vilanova: “O tempo, em si mesmo, é uma sucessão irreversível. O tempo juridicizado, já como integrante (elemento) do suporte factual, já como determinante da eficácia do ato (e não como elemento integrante de suporte), não tem essa unidirecionalidade. Os efeitos do tempo percorrem os três: o passado, o presente e o futuro. Com isso, a causalidade normativa, no tempo, tanto se faz protraindo os efeitos como em retroeficácia, retrotraindo esses efeitos. [...] A retroeficácia é, em princípio, sempre possível, pois a eficácia é traçada pelo próprio sistema jurídico” (*Causalidade e relação no Direito*, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 73).

⁷⁸ A Paul Roubier se deve a clarificação da distinção entre a retroatividade e o efeito imediato das normas jurídicas (*Le Droit Transitoire*, 2ª ed. Paris: Dalloz, 1960, pp. 9-12).

Já o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, de que trataremos adiante, amparam as relações jurídicas contra o *efeito imediato da lei*, o qual constitui o regular efeito das normas⁷⁹. Por meio deles se imutabilizam relações jurídicas, tornando-as incólumes aos efeitos decorrentes de normas ulteriores. Portanto, *orientam-se para o futuro, servindo à estabilidade de relações jurídicas e não à certeza da projeção das normas jurídicas*⁸⁰.

O princípio da irretroeficácia, todavia, não é absoluto. Refere-se, em verdade, a normas jurídicas que pretendam *restringir retroativamente* a esfera jurídica dos administrados, seja impondo-lhe uma sanção ou amesquinhando-lhe um direito subjetivo. Em se tratando de *normas ampliativas, não se veda aprioristicamente a retroeficácia, contudo, deverá este efeito anômalo, sobre devidamente motivado, passar pelo crivo do princípio da isonomia, de modo a evitar favoritismos*⁸¹.

Note-se que no Direito Administrativo a retroeficácia é fenômeno comum⁸², seja por meio de regulamentos, a título, naturalmente, de executar fielmente uma lei retroeficaz, seja por meio de atos administrativos, os quais podem assumir essa feição não só por força de um comando legal, como também por força de uma sentença judicial⁸³.

Por fim, nem seria necessário dizer que todas essas considerações acerca do irretroeficácia das normas jurídicas valem também para o caso de nova interpretação de uma norma jurídico-administrativa, haja vista que, conforme já explicamos, *atribuir uma nova interpretação a um enunciado normativo significa produzir uma nova norma jurídica*⁸⁴. Como assinala a professora Misabel Derzi, os enunciados normativos podem comportar mais de uma interpretação, de sorte que “a lei que vige, em determinado momento, é a lei segundo uma de suas interpretações possíveis”⁸⁵, o que nos leva a concluir, sob pena de franca vulneração do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas, que nova interpretação só poderá ser aplicada a fatos posteriores à *suficiente divulgação* da mudança interpretativa.

⁷⁹ É o que prescreve o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A Lei em vigor terá *efeito imediato* e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

⁸⁰ Esta diferença conceitual é sumarizada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Contra a retroatividade, basta a noção de singela de que a lei vige para seu tempo e não para o tempo pretérito, a noção de direito adquirido não é uma superfetição, mas, o meio jurídico concebido para albergar no manto da lei velha certas situações que, nascidas no passado, querem-se por ela sempre reguladas, inobstante atravessando o tempo das leis supervenientes” (Direito adquirido e o Direito Administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, 24/1998, pp. 58 e 59). Assim também se posiciona Mônica Madariaga Gutierrez: “[...] luego, el campo propio de ambos institutos es absolutamente distinto: el de la retroactividad es el pasado. La inmutabilidad se refiere al presente y al futuro” (*Derecho administrativo y seguridad jurídica*. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 118).

⁸¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 375.

⁸² Muitos exemplos de retroeficácia no Direito Administrativo são oferecidos pela professora Odete Medauar (*Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 108-115).

⁸³ Garín, Beatriz Belando. *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*. Madri: Civitas, 2008, pp. 88-91.

⁸⁴ TRF 4ª Região, Remessa *ex-officio* em MS 2003.70.00.016699-9/PR, rel. Edgard Lippmann Junior, DJU 22-3-2006; STJ, Resp 488905/RS, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17-8-2004, DJ 13.09.2004, p. 275. Doutrinariamente, Sampaio Ferraz JR., Tércio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Baueri/SP: Manole, 2008, p. 11.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 184.

No dizer do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, só depois de “prévia e pública notícia” é que a nova interpretação poderá incidir sobre as situações de fato, ou seja, nova interpretação que restrinja a esfera jurídica dos administrados só pode ser aplicada a fatos posteriores à pública notícia da alteração⁸⁶. Aliás, a razão desta exigência é muito singela: à semelhança das alterações legislativa e regulamentar, o câmbio interpretativo deve apresentar um marco temporal *certo e geral*, de modo a conferir previsibilidade ao cidadão.

Esteraciocínio foi plasmado na ordem jurídica nacional, de modo pioneiro, pelo Código Tributário Nacional, mais especificamente em seu artigo 146, cuja redação seja-nos dado transcrever: “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”⁸⁷. Mais recentemente e de modo alvissareiro, consolidou-se tal orientação por meio da Lei 9.784/99, em cujo art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, assim se prescreveu: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

3.2.1.3. Conteúdo das normas jurídicas.

Ao tratarmos da fenomenologia da função administrativa, procuramos demonstrar a estreita relação que se estabelece entre a lei e a Administração, valendo-nos, para tanto, dos ensinamentos do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, quem vislumbra na lei um programa de ação, de cuja execução está encarregada a Administração.

Entretanto, como é de geral sabença, sói acontecer de o legislador deixar de regular certos aspectos da competência administrativa, outorgar expressamente um plexo de alternativas à autoridade administrativa ou, por fim, servir-se de conceitos imprecisos, *de tal modo que se lega discricionariedade à Administração, ou seja, um campo de apreciação subjetiva para a satisfação de seus misteres*.

É inegável que num primeiro súbito de vista parece a discricionariedade contrastar frontalmente com as exigências de previsibilidade e mensurabilidade da ação estatal, encartadas no princípio da segurança jurídica. No entanto, a discricionariedade não é *em si* um atentado à certeza jurídica, vez que se destina ao *atendimento ótimo* das finalidades públicas, podendo sê-lo se conferida *desnecessariamente* ou em medida *desproporcional*. Como nos chama atenção o professor Afonso Queiró, a discricionariedade se fundamenta em “razões extra-jurídicas que se reduzem fundamentalmente a uma: a necessidade de garantir mais ou menos *segurança jurídica*, num determinado plano de conformidade com a *justiça*”⁸⁸.

⁸⁶ A estabilidade dos atos administrativos, *Revista Trimestral de Direito Público*, 48: 80.

⁸⁷ O professor Luciano Amaro resume com precisão o significado deste dispositivo: “O Fisco deve primeiro divulgar o novo critério para depois poder aplicá-lo nos *lançamentos futuros* pertinentes a *fatos geradores também futuros* (em relação a sujeito passivo que, no passado, tenha tido obrigação lançada por outro critério)” (*Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 344).

⁸⁸ A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, VI, p. 57.

É neste ponto que entra em pauta a exigência de *determinabilidade das normas jurídicas* como parâmetro de controle das leis que atribuem competências administrativas, cujo conteúdo se resume em duas idéias: *densidade e clareza normativas*.

Quanto ao aspecto da *densidade*, requer-se que o legislador atribua competências à Administração de modo *expresso e específico*, com a correspondente outorga de poderes concretos e específicos para cumprimento de fins também específicos e concretos. Ao legislador não é lícito outorgar competências excessivamente amplas ou “em branco” ao administrador, autorizando-lhe a agir conforme seus humores. Isso representaria a ruptura de todo o ideário do Estado de Direito, conspurcando, de um só golpe, os princípios da separação de poderes, da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da razoabilidade⁸⁹, da inafastabilidade do controle jurisdicional, sobre ofender, à todas as luzes, o princípio da segurança jurídica, porquanto ao administrado não seria possível prever, tampouco mensurar, a atividade administrativa. Portanto, lei que careça de suficiente densidade estará inquinada de manifesta inconstitucionalidade material.

O tema, como se vê, é muito fértil, contudo, em vista de nossos propósitos nos limitaremos a fazer mais duas considerações. A primeira respeita à importância dessa exigência em matéria sancionatória, geralmente tratada sob o rótulo do *princípio da tipicidade*. A segunda diz com o fato de que a ocorrência de leis excessivamente fluidas aponta para uma “menor valia” democrática, de um lado ampliando indevidamente a competência regulamentar da Administração, e, de outro, privando o Poder Judiciário de parâmetros de controle da atividade administrativa, tudo isso em prejuízo, às escâncaras, dos direitos dos administrados. Em suma, a insuficiência normativa constitui um convite para que a Administração, máxime em países de tradição autoritária como o Brasil, promova favoritismos e perseguições, em franco descompasso com a mundividência do Estado de Direito, que proclama o governo *impessoal* das leis em substituição ao governo *peçoal* dos homens.

A par do imperativo da *densidade*, impõe-se, ademais, que as leis habilitadoras de competências administrativas sejam *claras*, inteligíveis, coerentes, de molde a que os administrados possa orientar sua conduta segundo o conhecimento prévio de seus direitos e deveres perante a Administração Pública. Não basta a densidade. Pode ocorrer de uma regulação densa, porém ininteligível, obscura, ambígua, a qual irá conduzir ao problema assinalado em relação à exigência de suficiência: uma injustificada discricionariedade.

É de se notar a acolhida expressa da exigência de *clareza* no Direito Brasileiro no art. 11 da Lei Complementar 95/1998, que impõe às leis *clareza, precisão e coerência lógica*, de molde a ensejar, nos termos do inciso II, alínea “a” do referido dispositivo, “a perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma”.

⁸⁹ Sob o prisma da razoabilidade, a exigência de densidade normativa recebe admirável tratamento pelo professor José Roberto Pimenta Oliveira (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 357-360).

3.2.2. *Perspectiva da estabilidade.*

A preocupação com a *estabilidade* emerge com grande intensidade no Direito Administrativo com o advento do Estado Social de Direito, no seio do qual se desenvolve uma Administração Prestacional, a par da tradicional Administração Coercitiva, característica ao Estado de Direito Liberal. Assim, a par da imposição de deveres e obrigações ao administrado, introduz-se a idéia de *atos ampliativos*, concedentes de vantagens em favor dos administrados, de cuja singularidade de regime jurídico derivará a criação de novos mecanismos para defesa do administrado, bem como a difusão, no âmbito do Direito Administrativo, de institutos outrora tipicamente privatísticos, como são o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

3.2.2.1. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Já aludimos à distinção entre o princípio da irretroeficácia das normas jurídicas e os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, de molde a atestar as respectivas finalidades que exercem no sistema jurídico. Aquele, em prol da certeza, dirigido ao passado; estes, em favor da estabilidade, dirigido ao futuro. Cumpre-nos agora dar breve notícia do significado jurídico que a ordem jurídica empresta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada⁹⁰.

O Direito Positivo Brasileiro solenemente consagra a garantia do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada em norma constitucional dotada de petrealidade, cujo alcance não pode ser amesquinhado sequer pelo Poder Constituído Reformador (art. 5º, XXXVI em conjunto com o art. 60 § 4º, IV, da Constituição Federal). Por conseguinte, a nenhuma autoridade, motivada por qualquer argumento de “ordem pública”, é dado desconhecer tais garantias. Quando insolúvel o embate entre o direito do indivíduo e um interesse público relevante, não se abrirá outra via senão a da *expropriação do direito*, observada, de regra, indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5º, XXIV da Constituição Federal).

Não obstante ostentem equivalente força jurídica, tais institutos guardam singularidades que merecem ser salientadas, devendo o direito adquirido ser analisado em conjunto com o ato jurídico perfeito.

Há que se registrar, preliminarmente, que inúmeras divergências grassam tanto na definição do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, quanto na relação entre estas categorias. Aliás, quanto ao direito adquirido, por se tratar de noção amplamente disseminada nos Estados ocidentais, as dissensões se acentuam⁹¹.

⁹⁰ Ao se abordar o tema do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, não se pode desconhecer a grave violação que sofreram tais institutos por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, introdutora da malsinada “Reforma da Previdência”, que recebeu o abono da maioria do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105.

⁹¹ Em nosso continente, um dos críticos mais acerbos da noção de direito adquirido foi o jurista argentino Guillermo Borda. Eis suas palavras: “Esta síntesis pone de manifiesto bien claramente lo que queda de la famosa teoría de los derechos adquiridos. Ha fracasado como principio, porque nadie ha podido precisar lo en sus términos y significado” (*Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1951, p. 85). No continente europeu, um célebre detrator da noção foi o eminente León Duguit. Dizia ele: “Mais ces difficultés ont été augmentées, comme à plaisir, par l’introduction d’une notion fautive et sans portée, la distinction des droits acquis et des droits non acquis. Jamais personne n’a su ce que c’était qu’un droit non acquis (*Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., t. II.. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1927, p. 231).

Ante a normatividade constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a primeira conclusão a ser formulada é a de que eles se irradiam por todo o ordenamento jurídico, sem distinção entre Direito Público e Direito Privado⁹². Entre esses domínios só haverá distinção quanto à ocorrência destas garantias.

Ademais, não olvidemos que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito são construções jurídicas destinadas a assegurar a *sobrevivência de relações jurídicas, através da ruptura da eficácia imediata da lei nova*⁹³.

No que tange ao direito adquirido, se a todos parece certo que nem todo direito subjetivo pode receber esta qualificação, menos certo se mostra o *critério idôneo a categorizar um direito subjetivo como direito adquirido*, suscetível, portanto, de proteção contra a eficácia de normas a ele ulteriores.

Malgrado as incontáveis críticas que sofreu e ainda sofre, prevalece o critério clássico da *patrimonialidade*⁹⁴, proposto por Gabba, segundo o qual seria direito adquirido aquele direito que integra o patrimônio do sujeito. A grande questão envolvendo esse critério é saber quando o direito pode ser considerado integrado ao patrimônio de alguém e, por essa razão, intangível.

Frente a essa dificuldade, apresenta-se como alternativa o critério que poderíamos denominar *teleológico*, sustentado pelo professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Celso Ribeiro Bastos e ao qual aderimos. Dado que o direito subjetivo, nas palavras de Adolf Merkl, “deve sua origem e consistência ao direito positivo objetivo”⁹⁵, ou, em outros torneios, é a *subjetivação da ordem jurídica*, haveria que se perscrutar o *sentido* com que a norma jurídica confere o direito subjetivo ao seu titular. Se for de precariedade, não há direito adquirido, ao passo que se for de perdurabilidade, perpetuidade, consolidação, futuridade, tratar-se-á de um direito adquirido⁹⁶.

⁹² O eminente administrativo chileno Enrique Silva Cimma é um exemplo daqueles de que negam a existência de direitos adquiridos no Direito Administrativo (*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, t. I. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 89).

⁹³ A maioria dos autores chama a sobrevivência da relação jurídica em face da eficácia imediata de nova norma jurídica de *ultraeficácia* da norma jurídica anterior, de cuja incidência nasceu a relação jurídica protegida. Teríamos, assim: retroeficácia, eficácia imediata e ultraeficácia. Não consideramos oportuna, todavia, essa denominação. Deve-se distinguir a *eficácia* da norma geral e abstrata, relativa ao fenômeno da incidência – juridicização de fatos –, da eficácia da norma jurídica individual e concreta, atinente a situações jurídicas ou relações jurídicas. A partir dessa distinção resta claro que aquela ultraeficácia não é da lei antiga, ou, melhor dizendo, da norma geral e abstrata, mas sim da norma jurídica individual e concreta que resultou da incidência da norma geral e abstrata.

⁹⁴ “È acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, *entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato*” (*Retroattività delle leggi*, 3ª ed. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese/UTET, 1891, p. 191).

⁹⁵ *Teoria General del Derecho Administrativo*, p. 167.

⁹⁶ Bandeira De Mello, Celso Antônio, O Direito adquirido e o Direito Administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, 24: 60; Bastos, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 197.

É de subido relevo ainda assinalar que o direito adquirido é uma proteção conferida pela ordem jurídica a direitos subjetivos emanados de atos *válidos*. Em caso de direitos subjetivos veiculados mediante atos inválidos, incidirá, de acordo com as circunstâncias, o subprincípio da proteção à confiança legítima. Assim, por exemplo, a revogação⁹⁷ de atos administrativos, por não estar fundada em um juízo de legalidade, terá como limite o direito adquirido, enquanto que a invalidação de atos administrativos será limitada pelo subprincípio da proteção à confiança do administrado.

Reitere-se, neste sentido, que a invalidade não predica a ineficácia do ato administrativo. Portanto, o nascimento de direitos subjetivos –pertencentes ao domínio da eficácia, porque integrantes de relações jurídicas⁹⁸– não é obstaculizado pela invalidade dos atos jurídicos. Subsistirão os direitos subjetivos até que seja desconstituído o ato administrativo que os veicula. Por conseguinte, *a invalidade não exerce influência sobre o nascimento do direito subjetivo, mas sim sobre sua perenidade no mundo jurídico*⁹⁹.

Em outros termos, a invalidade não obsta a geração do direito subjetivo, porém o “enfraquece”, sujeitando-o à supressão mediante a invalidação ou mesmo por norma superveniente¹⁰⁰. Haverá direito subjetivo, jamais direito adquirido.

De resto, observe-se que no léxico do Direito Administrativo a extinção de um ato administrativo não portador de direito adquirido em função de incompatibilidade com norma superveniente costuma ser alcunhada de *caducidade*¹⁰¹.

Passando ao exame do ato jurídico perfeito, assinale-se que, embora para alguns notáveis juristas como Rubens Limongi França se afigure prescindível este instituto, sob o argumento de que já estaria contemplado no direito adquirido¹⁰², parece-nos que ele e o direito adquirido configuram *institutos complementares*, de cuja atuação conjunta depende a integral defesa dos direitos do administrado¹⁰³.

⁹⁷ Usamos o termo revogação em sua acepção corrente nos quadrantes do Direito Administrativo, consistente na *retirada de um ato administrativo por motivo de conveniência e oportunidade*. Sobre o tema, consultar a obra *Revogação do ato administrativo*, de autoria de Daniele Coutinho Talamini.

⁹⁸ Merecem reprodução as palavras do professor Lourival Vilanova a esse respeito: “O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se juridicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito” (*Causalidade e relação no Direito*, p. 219).

⁹⁹ Sustenta raciocínio semelhante o jurista Constantin Yannakopoulos, como se infere deste excerto: “Or, l’existence d’une manoeuvre fraudeuse de la part del’administré pouvant affecter l’édiction d’un acte n’influence pas la création de droits. Ce qui fait défaut, est, en réalité, la ‘définitivité’ de l’acte, c’est-à-dire la création des droits acquis et non pas la création de droits proprement dits” (*La notion des droits acquis en Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ, 1997, p. 86).

¹⁰⁰ Um bom exemplo de direito subjetivo emanado de ato inválido suprimido por norma superveniente encontra-se no Recurso Extraordinário 290776 – MG, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, publicado em 5-8-2005.

¹⁰¹ Bandeira De Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 437.

¹⁰² Limongi França, Rubens. *Direito Intertemporal Brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, pp. 436-439.

¹⁰³ Assim preleciona o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de Direito Administrativo*, vol. I, pp. 346-349), no que é seguido pelo professor Elival da Silva Ramos (*A proteção dos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155).

Tal complementariedade se justifica na medida em que o direito adquirido se preordena à salvaguarda da *eficácia* dos fatos jurídicos em geral, enquanto que o ato jurídico perfeito se destina à garantia dos pressupostos de *validade* dos atos jurídicos¹⁰⁴. Como se vê, são institutos que, conquanto coincidam em termos finalísticos, atuam em planos distintos.

Com efeito, para que dilucidemos a noção de *ato jurídico perfeito*, é de rigor começar pela acepção em que deve ser tomado o termo “perfeito”. Não se trata de ato jurídico cujos efeitos já se exauriram, tampouco traduz o ato regular perante o Direito, isento de defeitos. “Perfeição” significa aqui *completude*, é dizer, ato cujo ciclo de formação se encerrou. Donde, a categoria do ato jurídico perfeito não qualifica um ato jurídico como de validade incontestada ou como de efeitos esgotados, *senão que impõe que sejam respeitados, durante todo o período em que se desenvolver a eficácia do ato jurídico, os pressupostos de validade do momento em que encerrou seu ciclo de formação*. Trata-se, como se vê, da positivação da vetusta máxima *tempus regit actum*¹⁰⁵.

Como ensina o eminente Clóvis Bevilacqua, “O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente, porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado ao ato jurídico, *já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*, o direito adquirido, dele oriundo, desapareceria por falta de título ou fundamento. Assim, *a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador*”¹⁰⁶.

Note-se que o verdadeiro préstimo do ato jurídico perfeito, à semelhança do direito adquirido, será o de proibir que pressupostos de validade ulteriores à edição de ato jurídicos pendentes sejam exigidos, *no presente*, como condição para que tais atos possam continuar a produzir efeitos. Isto porque a hipótese de se invalidar um ato jurídico com base em pressuposto de validade superveniente já estaria de todo afastada à luz, simplesmente, do princípio da irretroeficácia das normas jurídicas¹⁰⁷. Enuncia, nesse sentido, o eminente Paul Roubier: “Dans tous les cas, la loi serait rétroactive si elle venait infirmer la constitution régulièrement opérée de cette situation juridique”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ É de se observar que a doutrina francesa, conquanto não maneje a categoria do ato jurídico perfeito, sói distinguir, para efeitos de conflitos de leis no tempo, as condições de validade da eficácia dos atos jurídicos (Petit, Jacques. *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*. Paris: LGDJ, 2002, pp. 225 e 226).

¹⁰⁵ Alguns doutrinadores espanhóis admitem, *no contexto do direito espanhol*, a “invalidade superveniente” sob o fundamento de que a máxima *tempus regit actum* não seria uma regra de valor absoluto, senão que uma presunção de que, salvo disposição em contrário, não cabe a invalidade superveniente (Diez-Picazo, Luis María. *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 309 e 310; Campos, Tomás Cano. *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 2004, p. 81).

¹⁰⁶ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 11ª ed., v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, p. 77.

¹⁰⁷ Pontes de Miranda adverte para o fenômeno da retroeficácia nesta hipótese: “A nulidade ou anulabilidade somente pode sobrevir, se sobrevém lei, que a estatua: o suporte fático não era deficiente, e faz-se deficiente, pela *retroatividade da lei*” (*Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., tomo IV. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, p. 222).

¹⁰⁸ *Le Droit Transitoire*, p. 185. Di-lo de igual modo o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*op. cit.*, 348).

Importante mencionar ainda um dispositivo do vigente Código Civil que, embora desconhecido por muitos, consagra, de modo irretorquível, a disparidade de regime jurídico-intertemporal entre o plano da validade e o da eficácia, ao mesmo tempo em que reforça a garantia do ato jurídico perfeito, nos termos acima expostos. Prescreve o artigo 2.035 do mencionado Código: “A *validade* dos negócios e demais ato jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus *efeitos*, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

Afinal, dediquemos algumas palavras à *coisa julgada*, que constitui o atributo da *imutabilidade* do comando que emerge da parte dispositiva da sentença judicial de mérito não mais sujeita a recursos¹⁰⁹. À semelhança do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, nenhuma norma, até mesmo aquelas veiculadas por emenda constitucional, pode amesquinhar a coisa julgada, imiscuindo-se no conteúdo da sentença judicial.

No âmbito do Direito Administrativo, este instituto deve ser tomado em conta frente às constantes violações que sofre, tanto pela via omissiva, ou seja, pela recusa da Administração Pública em cumprir a ordem judicial que lhe é dirigida, quanto pela comissiva, ao serem editados atos administrativos com conteúdo contrário ao da sentença judicial¹¹⁰. Em ambas as situações está a Administração Pública a incorrer em flagrante inconstitucionalidade, visto que, se à lei ou emenda constitucional não é dado vulnerar a coisa julgada, com maior razão o ato administrativo não pode fazê-lo¹¹¹.

3.2.2.2. Confiança legítima.

De origem alemã, esta vertente do princípio da segurança jurídica só recentemente vem sendo incorporada, de modo consciente, na ordem jurídica brasileira. Diversamente do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, assimilados à tradição do Direito Brasileiro e em que se cogitam de relações jurídicas constituídas validamente e infensas à intromissão de quaisquer normas jurídicas, a *confiança legítima* ampara a *confiança* do indivíduo de *boa-fé* na ação do Estado, mercê da *presunção de legitimidade* de que gozam os atos estatais.

No Direito Brasileiro, os mecanismos preordenados a assegurar a confiança do administrado podem ser assim reconduzidos: *concessão de efeitos ex nunc à invalidação de atos ampliativos; convalidação de atos ampliativos; estabilização de atos administrativos ampliativos; dever de adoção de regras transitórias para mudanças radicais de regime jurídico; invalidação de normas atentatórias à confiança legítima; responsabilização do Estado por mudanças de regime jurídico; e, finalmente, a chamada “coisa julgada administrativa”*¹¹².

¹⁰⁹ Nery Junior, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 500 e 501.

¹¹⁰ Cirne Lima, Ruy. *Princípio de Direito Administrativo*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 258-260.

¹¹¹ Neste sentido, prescreve a Constituição Federal: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] VII – o cumprimento das leis e das *decisões judiciais*”.

¹¹² 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 próprio 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*, nº 2, p. 8.

Embora não nos seja dado examinar cada um destes mecanismos dentro dos angostos limites desta investigação, do seu mero arrolamento já se nota que o subprincípio da confiança legítima matiza dogmas cultivados há muito tempo pela ciência jurídica, como, por exemplo, o de que a invalidação sempre seria a via idônea para a recomposição da legalidade e de que sempre operaria efeitos *ex tunc*, ou de que o Estado poderia, ao seu talante, alterar inopinadamente suas orientações ou regimes jurídicos, uma vez que o administrado não tem “direito subjetivo à manutenção do direito objetivo”.

Quanto aos dogmas atinentes à invalidação, eles estão recebendo o devido desenvolvimento no Direito Brasileiro, sobretudo a partir da obra pioneira da professora Weida Zancaner¹¹³. O mesmo não se pode dizer, contudo, no que respeita à noção, amplamente difundida, de que o Estado pode livremente alterar suas orientações ou regimes jurídicos. De fato, o administrado não tem direito subjetivo à manutenção de um regime jurídico, mas sim aos direitos subjetivos que exsurgem do regime jurídico¹¹⁴, entretanto, isso não significa que a Administração ou o Legislador podem, de modo traumático, *venire contra factum proprium*, frustrando expectativas legítimas a que deram ensejo.

Acerca da manutenção de atos administrativos inválidos, ainda é de se observar que sobre ela manifestam-se, já de algum tempo, a jurisprudência e a doutrina nacionais, contudo, segundo formulações pouco convincentes do ponto de vista jurídico. Comum era fundamentar-se o nascimento de situações de direito tão-só a partir da persistência, durante largo período, de situações de fato geradas de ilegalidade¹¹⁵. Nas últimas quadras, porém, começou-se a manejar de forma mais coerente os princípios da legalidade e da segurança jurídica, a fim de justificar satisfatoriamente a questão¹¹⁶. Exemplo mais recente desta tendência são as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais se verifica a consagração do princípio da segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito, à moda da jurisprudência alemã, justificando a estabilidade de atos administrados eivados de ilegalidade¹¹⁷.

3.2.2.3. Prescrição e decadência.

Findando nosso esforço de classificação das expressões do magno princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo, temos os institutos da prescrição e da decadência, os quais militam em favor da estabilidade das relações jurídicas através da eliminação do estado de potencial modificação que pesa sobre elas.

¹¹³ *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹⁴ Cammarosano, Márcio. Considerações sobre a proteção constitucional do direito adquirido, *Cadernos de soluções constitucionais*, v. 2, p. 283.

¹¹⁵ STF, RE 85.179-RJ, Rel. Min Bilac Pinto, j. 4-11-1977; DJ 2-12-1977.

¹¹⁶ STJ, Resp. 6.518, 1ª Turma, Rel. Min Humberto Gomes de Barros, j. 19-8-1991; DJ, 16-9-1991, p. 1.262.

¹¹⁷ STF, PET 2.900/RS, Rel. Min Gilmar Mendes, transcrito no informativo STF nº 310, de 26 a 30 de maio de 2003, DJ 1-8-2003; MS 24.268-MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF nº 343, de 12 a 16 de abril de 2004; MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, transcrito no informativo STF 351, de 7 de julho a 11 de julho de 2004.

Segundo clássica lição, a prescrição vem a representar a *perda da ação que protege o direito*, ao passo que a decadência consiste na *perda do próprio direito*, tendo a unificar estes institutos o pressuposto donde deflagram, qual seja, *o transcurso do tempo qualificado pela conduta omissiva do titular do direito*. Naquele, perece a ação, e com ela, o direito; neste, perece o direito, e com ele, a ação¹¹⁸.

No âmbito do Direito Administrativo, tem-se, de um lado, as pretensões do administrado em face da Administração, na via administrativa e judicial, e, de outro, o exercício do dever-poder (função) da Administração, por si ou pela via judicial, em face do administrado. Interessa-nos aqui um breve comentário sobre a eliminação da possibilidade de a própria Administração prover sobre dada situação.

Com efeito, no magistério de Santi Romano, os poderes, neste incluído o característico poder de que se vale o Estado, denominado *função* –poder a serviço de um dever– são imprescritíveis. O que pode suceder é que *no caso concreto*, o titular do poder seja impedido de exercê-lo¹¹⁹. Vale dizer: ceifa-se o *exercício in concreto do poder, que não é de ordem adjetiva, senão substantiva*. Donde concluir-se que em se tratando do exercício da função administrativa, ocorre *decadência* e não prescrição.

Por isso, sustentarem, com inteira razão, os professores Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁰, Weida Zancaner¹²¹ e Almiro do Couto e Silva¹²² que o prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 é *decadencial* e não prescricional. Ali se amputa a possibilidade de a Administração prover sobre determinada situação, ou seja, aniquila-se, *in concreto*, seu próprio dever-poder. Disso se segue, logicamente, que, ultrapassado este prazo, frente ao perecimento do próprio “direito” da Administração, também a esta se fecha a via jurisdicional.

¹¹⁸ Câmara Leal, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 114 e 115.

¹¹⁹ Diz o mestre italiano: “Una di queste figure è quella della decadenza, che determina l’impossibilità di esercitare un potere in casi singoli, quando si son lasciati trascorrere i termini prefissi per il suo esercizio, ma il potere rimane sempre integro e potrà sempre esercitarsi in tutti gli altri casi. L’averlo disconosciuto il principio, su cui abbiamo insistito, che non si hanno tanti poteri quanti i casi in cui ciascuno di essi si fa valere, ma dei poteri costanti che rimangono sempre i medesimi attraverso tutti questi casi, ha impedito l’esatta configurazione della decadenza” (*Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè Editore, 1983, p. 201).

¹²⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 1001.

¹²¹ *Op. cit.*, pp. 76 e 77.

¹²² *Op. cit.*, pp. 22 a 25.

4. À guisa de conclusão.

Ao cabo desse estudo –que pretende ser um *ponto de partida* para o aprofundamento do tema– poucas e breves considerações nos restam.

A primeira diz com a própria finalidade dessa investigação. Ao tentarmos *sistematizar* o conteúdo do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro, buscamos evidenciar todas as *virtualidades* desse princípio, de sorte a dar máxima proteção aos direitos dos administrados. A enunciação abstrata do princípio da segurança jurídica tem dado lugar ora a exageros, ora a mutilações indevidas, motivo pelo qual se impõe sua delimitação em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Portanto, assim o fazendo, dá-se a devida dimensão ao princípio da segurança jurídica, evitando-se, de um lado, a ofensa a outros princípios constitucionais e, de outro, o amesquinamento disfarçado de seu conteúdo.

Quanto à classificação que propomos do princípio da segurança jurídica, a exemplo de toda e qualquer classificação, é presidida por um juízo operativo e reflete uma dada realidade, em um dado tempo histórico. Logo, ela não infirma classificações anteriores, tampouco virão infirmá-la classificações posteriores. As classificações são mais ou menos úteis, nada mais. A divisão entre certeza e estabilidade parece-nos, tão-somente, que enseja a visão mais clara e abrangente do princípio da segurança jurídica, de acordo com o Direito Brasileiro *vigente*.

Por derradeiro, depois de todas essas colocações, dispensável se afigura encarecer a importância do princípio da segurança jurídica. Representa ele a *específica eticidade do Direito*, nas palavras de Lopez de Oñate¹²³, e é reconhecido, explícita ou implicitamente, por todos Estados Democráticos Contemporâneos.

Segundo nos parece, o que deve ser encarecido é a necessidade de *respeito integral* aos institutos que o realizam, em dado subsistema normativo. Se não concretizado *integralmente* o princípio da segurança jurídica, continuar-se-á a ter um *simulacro* de Estado de Direito, cujas leis, em vez de subsidiarem os parâmetros mínimos para que o homem possa orientar sua vida, agravam seu conatural estado de insegurança.

¹²³ *La certezza del diritto*, p. 161.

