

## O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

DANILO KNIJNIK

Mestrando em Direito Processual na UFRGS.  
Professor de Processo Penal na UFRGS.  
Advogado em Porto Alegre.

### 1. Introdução

O direito, lícito afirmar-se, foi e continua sendo uma constante luta contra o arbítrio. Prova disso está na diversa natureza das relações que o Estado estabelece com os sujeitos jurídicos, conquanto se considere o Estado de Polícia e o Estado de Direito.<sup>1</sup>

Com efeito, nos estados não qualificáveis como sendo de direito — por exemplo, no estado absoluto (patrimonial ou de polícia propriamente dito)<sup>2</sup> — a norma, enquanto comando simbólico da ordem estatal, não passa, em verdade, de um contingente mandato individual; seja qual for o seu veículo de positivação, em circunstâncias tais a norma não tem como garantir a segurança dos homens frente ao poder central e, não raramente, no contexto das próprias relações que esses últimos entretêm, apesar de não ser impossível o reconhecimento, no chamado estado de polícia, de um significativo desenvolvimento do direito privado. Sem embargo, a relação compartilhada pelo soberano e o administrado apresenta-se exclusiva ou, ao menos, predominantemente, fática e, apesar da existência de singelas franquias individuais, deve reconhecer-se a ilimitação do poder estatal com referência ao fenômeno jurídico, ao qual parece estar imune; tudo o mais são apenas limites de ordens extrajurídicas — alguns, sem embargo, pertencentes ao mundo ético — como os limites religiosos, culturais, morais

1. Como ensina Novais, a expressão estado de direito reveste-se de um sentido místico, de tal modo que o princípio está tão mais presente, quanto mais distante se revele sua realização prática. Indiscutível, destarte, a vitalidade política e constitucional, o que, entretanto, exige e impõe uma depuração mais científica do seu conceito, apurando, assim, o que lhe é próprio e o que, indevidamente, lhe veio de ser atribuído. De qualquer modo, resulta complexa e intrincada a manipulação de um conceito como este (Jorge Reis Novais, *Contributo...*, p. 10). Apesar dessa polissemia, o cerne do conceito está, pelo menos, na proteção e na garantia dos direitos fundamentais, ainda que mediante técnicas as mais diversas possíveis, como se verá.

2. *Ibidem*, p. 27.

e, até mesmo, míticos. Seja como for, o sujeito jurídico não é um cidadão, mas um mero súdito.<sup>3</sup>

Entretanto, curioso fenômeno ocorre. A existência de um poder social aponta para o estabelecimento de uma previsibilidade mínima nos setores fundamentais da regulação jurídica, isto é, na coordenação das relações privadas entre si e nas relações de subordinação entre o poder e o súdito. Cabe notar, por mais instável e primitivo que seja a compleição intrínseca desse poder — ainda substancialmente fático — que a sua tendência natural é para a segurança, estabilizando-se enquanto tal. Eis que, paradoxalmente, vê-se a segurança ingressar no campo semântico (ainda que primitivo) do poder, de forma semelhante ao que ocorre com as noções de justiça e direito. É claro que esse fenômeno deixaria de ocorrer, quando a relação de poder estivesse de tal forma empobrecida como puro arbítrio do soberano, à pura força política, situação que seria admissível, apenas, em estado teórico puro, pois o poder, nessas circunstâncias, seria a antítese de si mesmo; o modelo dado, então, não resta infirmado, e dir-se-á: a ordem, ontologicamente, gravita em torno da idéia do poder, que, prendendo-se à própria natureza humana tendente à sociabilidade, reforça o *status quo* e imprime a marca da previsibilidade.

O modelo sociológico que acaba de ser exposto, entretanto, não explica a passagem, historicamente ocorrida, das sociedades para o estado de direito. Para tanto, necessário se faz que domine, como soberana, não mais aquela vontade instável do detentor do poder, mas uma vontade constante, conseqüente e legítima: a vontade da lei. Somente o império do direito, juridicizando as relações entre os cidadãos e o Poder, explica essa substancial transformação. Surge então, com alguma clareza, uma sucessão circular de idéias: *poder, ordem, segurança*.

Burdeau<sup>4</sup> surpreendeu o encadeamento desses elos: a ordem social, afirma, é uma necessidade; todavia, a só união dos homens não seria suficiente para garantir sua existência enquanto tal, já que a tendência individual é, geralmente, para o hedonismo; todavia, como a sociedade só se mantém, enquanto categoria sociológica, na ordem, faz-se necessário supor, via de conseqüência, a existência de um poder.<sup>5</sup> Ordem, então,

3. É de Norberto Bobbio a distinção: “Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos, quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, Rio, Ed. Campus, 1992, p. 2).

4. Afirma Georges Burdeau: “(...) si agissant que soit cette représentation de l’avenir, si persuasive que soit la séduction du Bien commun, elles sont impuissantes à elles seules pour orienter selon des directions concordantes la multiplicité des actes particuliers. Elles risquent toujours d’être primées par la satisfaction d’un intérêt égoïste, ou, si elles ne sont pas totalement perdues de vue, l’adoption de l’attitude qu’elles exigent sera différée. Les difficultés ou les appétits de la vie journalière distendront le lien social, et le groupe se dissoudra dans l’anarchie des comportements individuels. C’est que la société, si elle se fonde par l’adhésion à un but collectif, ne peut se maintenir et progresser que par un ordre” (*Traité de Science Politique*, t. 1, p. 87).

5. Para Burdeau, “la nécessité d’un ordre social n’a pas besoin d’être démontrée puisque, sans lui, il ne saurait y avoir de société” (ob. cit., p. 88). Todavia, o próprio cientista reconhece, ao questionar-se qual o tipo de ordem que se deve instituir, que

apresenta-se como um arranjo convencional das coisas conforme a um princípio previamente estabelecido, princípio esse que, no caso da ordem social, deve ser o do bem comum:<sup>6</sup>

O expediente técnico de que se valem as sociedades para a garantia de sua existência enquanto tal e de sua ordem é o direito, no qual se incrusta a idéia de segurança, havendo, exatamente por isso, quem a qualifique como seu objetivo<sup>7</sup> ou seu fundamento mais essencial.<sup>8</sup> A segurança jurídica, nesse contexto, vem representar justamente o reflexo do direito em cada indivíduo e, daí para diante, todo o encadeamento entre o presente e o futuro, não como mera sucessão de fatos, mas como verdadeira *continuidade*. Por consequência, insegurança jurídica haverá, não apenas em função da arbitrariedade contingente que caracteriza o estado de polícia, mas também de uma ordem jurídica que admita, por exemplo, a mais ampla revogabilidade dos atos dos poderes públicos, um sem número de instâncias administrativas e jurisdicionais, a alterabilidade das situações criadas pelo tempo e a permanência de um estado potencial de conduta, em detrimento da definitivização.<sup>9</sup> Assim, a idéia de segurança jurídica se manifesta num mais amplo espectro: assim nas relações ditas de coordenação, através da regulação jurídico-privada por parte do Estado; assim nas relações ditas de subordinação, através dos limites jurídicos que o direito antepõe relativamente à atuação estatal.<sup>10</sup> E completa-se o círculo já referido: *poder, ordem, segurança, direito*.

a questão se torna histórica e situacional, pois "il nous faut cesser de considérer une société abstraite, car nous ne trouverons la réponse cherchée qu'en mesurant les aspirations d'un groupe d'hommes particulier, fixé sur un territoire géographiquement et économiquement déterminé, tributaire d'un passé qui l'a formé spirituellement et moralement, doué enfin des qualités et des défauts propres à la race" (ob. cit., p. 88).

6. Idem, p. 88.

7. Neste sentido, L. R. Siches: "Si nos preguntamos por qué y para qué los hombres establecen el Derecho? y si, para ello, tratamos de desubrir el sentido germinal del surgimiento Del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el orto del Derecho no deriva de las altas razones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber, la seguridad de la vida social" (Luis Recasens Siches. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1939, p. 209).

8. Neste sentido, Gutierrez: "La seguridad es, entonces, el unico valor de esencia puramente jurídica, en cuanto condiciona su existencia al sistema de derecho positivo vigente, y en cuanto, además, adapta a éste según principios universales que la hacen posible" (Monica Madriaga Gutierrez. *Derecho administrativo y seguridad jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 12).

9. Vicente O. Diaz (*La seguridad jurídica en los procesos tributarios*, p. 5), baseando-se em afirmação de Edmundo Hendler, afirma que "para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso, el sistema penal norteamericano aplica el principio 'the void for vagueness doctrine', expresión que podería traducirse como doctrina de la nulidad por falta de precisión". Vale dizer, a segurança jurídica supõe, num plano mais dogmático, a definição, a clareza, enfim, a ausência de vaguezas indeterminadas.

10. É perfeitamente compreensível que, relativamente ao estabelecimento de regimes jurídicos à atividade do estado frente ao particular, o caminho tenha sido muito

É claro que a garantia de uma ordem, através de limites jurídicos — portanto através do direito — também oferece ao jurista alguns problemas, inclusive quando da aplicação dessas normas que tinham por finalidade, justamente, a obtenção da segurança. Carnelutti, por exemplo, afirmou que a segurança jurídica implicaria, necessariamente, o sacrifício da justiça,<sup>11</sup> visualizando-se entre ambas, destarte, uma inevitável polaridade.

Essa afirmação, cuja simplicidade tem impressionado filósofos e juristas de todos os tempos, merece entretanto imediata reflexão. Ela tange explicitamente um problema significativo da ciência jurídica: em que medida a segurança jurídica importaria ou poderia implicar o sacrifício da justiça? A resposta, à partida, é negativa: o estado de direito, em sua versão social, não se compadece, efetivamente, com a aplicação cega e irracional da lei, objetivando, antes, a realização de uma ordem de justiça. Com efeito, a quase totalidade das expressões técnicas da segurança jurídica, como a teoria constitucional da legislação, o princípio da legalidade, a garantia dos direitos adquiridos e tantos outros institutos pontuais (prescrição, erro de tipo, erro de proibição, coisa julgada, formas jurídicas, nulidades etc.) assumem modernamente conotações funcionais, o que de resto tem influído na ciência hermenêutica. Por exemplo, o princípio da legalidade tende à vincular-se, não mais exclusivamente à lei, mas à lei e ao direito, como o declara a Lei Fundamental Alemã. Em perspectiva sistêmica a contradição seria mais aparente do que ontológica.<sup>12</sup> Eis, em última análise, a assertiva que se pretende discutir neste trabalho, constituindo, pois, seu objeto.

mais árduo. A identificação entre Direito e Estado sempre foi, explícita ou implicitamente, celebrada. Ademais, muito tempo foi necessário para que também o Estado se assujeitasse, ele mesmo, ao direito. No mais da história, o Estado esteve acima do direito e, acima do direito, não há falar em segurança jurídica, que é a segurança provida pelo direito. O que está fora do direito não pode ter, definitivamente, uma qualidade jurídica. No máximo, uma segurança religiosa, mística, histórica, mas não jurídica. A isso reconduz-se, em síntese, as teorias do poder absoluto, nas suas mais diversas fundamentações.

11. Cf. "La certezza del diritto, ieri, oggi, domani."

12. Como pretendemos demonstrar, até mesmo questões eminentemente técnicas, não raro, exigem juízos de ponderação, com o que o tema se reveste da maior importância para a Ciência do Direito, entendida, como di-lo Menezes Cordeiro, enquanto ciência voltada à resolução dos casos práticos. Adiante-se, desde já, o caso da cassação de uma liminar, cujos efeitos devem ser, via de regra, "ex tunc". O Tribunal, não raro, é levado a ponderar os valores em causa, decidindo-se, muitas vezes, aparentemente, *contra legem*, pelo respeito a situações de fato consolidadas no tempo. Da mesma forma, um Tribunal pode repelir uma nulidade formal, rechaçando assim um *venire contra factum proprium*, levando-o, não raro, à máxima tensão possível. Em todos esses casos, se esta a fazer uma ponderação de interesses, para as quais os princípios são indispensáveis. Aliás, Joseph Esser (Principio y norma..., p. 6), adverte: "*la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica se faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse*". E, a esse respeito, o princípio da segurança jurídica parece revestir inúmeros institutos, daí a importância de seu correto entendimento, para o atingimento de desejáveis — portanto não arbitrarias — soluções dogmáticas, delimitando-se, para o mais, os limites e as virtualidades de sua concreção pelo Juiz.

No direito privado, o equacionamento da segurança jurídica — que não raro se apresenta no tráfego jurídico-negocial — tem sido adequadamente realizado. Indiscutivelmente, porém, é no direito público que o tema se pronuncia: é que, ao contrário do direito privado, a noção de segurança jurídica está, aqui, vinculada à noção mesma de estado de direito.<sup>13</sup> Aliás, não espanta que estados totalitários tenham experimentado, no plano das relações de coordenação, notáveis progressos,<sup>14</sup> apesar de a recíproca já não poder ser afirmada:<sup>15</sup> nos estados de polícia dificilmente se poderia localizar o princípio de segurança jurídica no setor público, justamente pelo fato de as relações entre o estado e o indivíduo não repousarem, rigidamente, na lei.

Da problemática hasteada, exsurgem as questões suscitadas no presente trabalho, ao mesmo tempo em que outras dele já estão, preliminarmente, excluídas. A segurança jurídica, embora passível de um exame global — o que, de fato, favoreceria a apreensão de suas significativas virtualidades

13. Cf. Mônica M. Gutierrez, ob. cit., p. 1.

14. Cf. Ehrhardt Soares, Interesse Público..., p. 49, *apud* Novais, ob. cit., p. 27: “na França ou na Alemanha, os Parlamentos e os tribunais imperiais que tratavam igualmente de interesses públicos e privados ou especificamente das relações entre o príncipe e os súditos, perderam progressivamente as faculdades de tutelar os direitos dos particulares contra o soberano que, por sua vez, invocando cada vez mais freqüentemente um direito de auto-defesa contra os súditos, se dispensava de propor ações judiciais para fazer valer os seus privilégios”. Por isso Jean-Pierre Henry (Vers la fin de l’Etat de Droit?), citado por Novaes (ob. cit. p. 27), recorda que “nas duas fases do estado absoluto (...) a vontade arbitrária do Príncipe impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder, não obstante a crescente importância que a regra de direito assume no Estado de Polícia no domínio da disciplina jurídica das relações entre os indivíduos”. Isso revela, pois, que, embora o valor segurança jurídica seja único e válido como questão de teoria do direito, é no direito público que ele assume, pelo menos, contornos mais delicados.

15. Otto Mayer (Droit administratif allemand, t. 1, pp. 32 e ss.) recorda que num estado de polícia, em que não há limites jurídicos à atividade estatal, mas há, paradoxalmente, limites estreitos no plano das atividades intersubjetivas, chega-se, pela ficção da *teoria do fisco*, a conceder alguma garantia ao privado contra os desmandos do estado; só que a garantia civil, af, resta limitada a uma indenização pecuniária: “*como não há nada a fazer contra o próprio Estado e como o fisco nada mais pode fazer além de pagar, toda a garantia da liberdade civil no regime de polícia se resume nestas palavras: submete-se e apresenta a conta*”. Aliás, Otto Mayer esclarece que a passagem do estado de polícia para o estado de direito traz, como novidade, o surgimento de um direito público. Se até então, pela teoria do fisco, apenas alguns atos estatais estavam sujeitos a regras jurídicas — por ficção e em âmbito reduzidíssimo — o desenvolvimento de um “direito público administrativo” completa a personificação do estado e submete-o, integralmente, a um regime jurídico. Neste momento, ensina, “le droit civil cesse d’être le seul droit possible, le seul qui soit appelé à fournir ses règles partout où l’Etat ne s’y soustrait pas en faisant valoir sa puissance de commander et de contraindre et en se manifestant comme étant au-dessus de tout droit. Au contraire, le droit qui lui est propre, le droit public doit, pour l’Etat, être considéré comme le droit régulier, le droit qui, dans le doute, est applicable. Le droit civil étant l’exception, il faut, chaque fois, justifier spécialement son application”. E conclui: “c’est seulement par une conséquence de ce changement de situation que l’ancienne doctrine du fisc a disparu” (ob. cit., p. 63).

jurígenas — interessa-nos, aqui, exclusivamente no âmbito do direito público, com ênfase ao direito administrativo e constitucional. Nem por isso, entretanto, o trabalho resta facilitado: como alhures constatou-se, “não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico”,<sup>16</sup> pelo que a tendência à diluição casuística, com resultados meramente lingüísticos ou retóricos, embora evitada, terá de ser de alguma forma tolerada pelo leitor.

Assim o exame que se pretende fazer pressupõe seja averbada, inicialmente, uma noção a respeito do estado de direito. Exatamente por isso, numa primeira parte — a *parte geral* — pretende-se justificar e precisar o conteúdo da segurança jurídica enquanto valor e enquanto princípio jurídico, abordando-se os aspectos mais gerais de sua operatividade dogmática no direito público. Em seguida — na *parte especial* — investigar-se-á a concreção possível do princípio — já delimitado, no direito administrativo e constitucional, quando, então, em conclusão, haverá de estabelecer-se suas intersecções com o princípio de justiça, avaliando, afinal, a existência ou não da antítese indiciada.

## PRIMEIRA PARTE:

### O PRINCÍPIO DE SEGURANÇA JURÍDICA

#### a) *A Necessariedade da Segurança na Ordem Social*

Algumas categorias estão mutuamente implicadas, não sendo possível cogitá-las separadamente.<sup>17</sup> Com a segurança jurídica, assim também ocorre: toda época que tenha a menor consciência de si mesma — e esta é a tendência do homem — tem a nítida impressão de estar vivenciando um momento de transição e de crise, fundado no inadiável *dever* histórico processado no plano individual e social.<sup>18</sup>

Na filosofia antiga, Heráclito bem enunciou tal contingência. Autor enquadrado no nível do primitivo pensamento cosmológico (filosoficamente, recorde-se, é acatada a existência de um período ainda anterior — o mítico), debruça-se Heráclito sobre o problema do suceder dos acontecimentos, simbolizado pelo fogo.<sup>19</sup> Ao proclamar, no fragmento 90, que “do fogo se modificam todas as coisas e o fogo é a modificação de tudo, assim como

16. Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 384.

17. Ao pesquisar a fundamentação jurídica para a atuação do princípio de boa-fé no ordenamento jurídico nacional, Couto e Silva, declaradamente, dispensa a consagração legislativa, “pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta” (*A obrigação...*, p. 30). Canaris (*Pensamento sistemático...*, p. 74), confessadamente, demite-se de fundamentar o pensamento sistemático, pois, segundo pensa, essa hipótese já estaria “suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica...”. Da mesma forma com a segurança jurídica: a existência de um mínimo conceito de sociedade supõe a ordem que, a sua vez exige, a primeira. Também essa implicação, em tese, não precisaria ser demonstrada.

18. Cf. Flávio Lopes de Oñate, *La certeza...*, p. 51.

19. Segundo Paniagua (*História...*, p. 15), “uno de los puntos que mas ha llamado la atención en las doctrinas cosmológicas de Heráclito es el papel atribuido por él

o ouro é modificação das mercadorias e as mercadorias do fogo”, simboliza Heráclito a concepção de que a realidade está em constante e permanente mutação.<sup>20</sup> Em sua mais conhecida passagem, resta patente o fluir da realidade: “não é possível, diz o filósofo, ingressar duas vezes no mesmo rio, nem tocar duas vezes uma substância mortal no mesmo estado”. Tudo muda, constantemente: o rio e a pessoa que nele se banha. O apelo à identidade dos contrários ressurbra evidente: do ponto de vista gnoseológico, significa a vantagem de apreciar a realidade a partir dos seus respectivos opostos,<sup>21</sup> observando-se a mutação de um estado em outro.<sup>22</sup> Como resultado, Heráclito conduz seu pensamento à harmonia do conjunto: “não haveria harmonia se não houvesse agudo e grave, nem animais se não houvesse fêmea e macho, que estão em oposição mútua”.<sup>23</sup> Assim, no contexto do permanente devir, concatena-se, harmoniosamente, a partir de seus confrontos, a própria realidade; e concatena-se numa ordem perfeitamente harmônica.

A mensagem, vê-se, tangeu a verdade e, por isso mesmo, mantém sua validade: vivemos em uma autêntica crise histórica. O indivíduo parece estar sempre em uma fase de transição ou de preparação para um vindouro progresso. Até mesmo a transitoriedade da existência individual vai ser identificada com uma permanente transformação. Como bem registrou Hannah Arendt, o homem, compulsivamente, intenta superar a transitoriedade de sua própria condição, na esperança de prolongar sua vida para além de suas possibilidades, conquistando, por exemplo, o espaço intergaláctico ou congelando-se para superar a morte, num grande esforço — inútil, é claro — da ciência, para artificializar a própria vida, cortando, assim, o último laço que faz do próprio homem um filho da natureza.<sup>24</sup>

al fuego en la explicación del universo. Dede luego, se trata de un elemento destacado o privilegiado en la concepción de Heráclito. Así, uno de los fragmentos que se nos conservan dice: 'este cosmos, uno mismo ara todos los seres, no lo hizo ninguno de los dioses ni de los hombres, sino que siempre ha sido, es y será fuego eternamente viviente que se enciende según medidas y se apaga según medidas'.

20. Cf. Paniagua, ob. cit., p. 14.

21. Assim o fragmento 111: “a enfermidade faz ser suave e boa a saúde; a fadiga, o repouso”.

22. Cf. o fragmento 88: “uma mesma coisa é em nós o vivente e o morto, o desperto e o dormente, o jovem e o velho; estes, pois, ao mudar, são aqueles, e aqueles, inversamente, ao mudar, são estes”.

23. Cf. Paniagua, ob. cit., p. 17.

24. A Terra, escreve Hanna Arendt, é a própria quintessência da condição humana e, ao que sabemos, sua natureza pode ser singular no universo, a única capaz de oferecer aos seres humanos um habitat no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço nem artifício. O mundo — artifício humano — separa a existência do homem de todo ambiente artificial, e através da vida o homem permanece ligado a todos os outros organismos vivos. Recentemente, a ciência vem-se esforçando para tornar artificial a própria vida, por cortar o último laço que faz do próprio homem um filho da natureza. O mesmo desejo de fugir da prisão terrena manifesta-se na tentativa de criar uma vida proveta, no desejo de misturar, sob o microscópio, o plasma seminal congelado de pessoas comprovadamente capazes a fim de produzir seres humanos superiores e alterar-lhes o tamanho, a forma e a função; e talvez o desejo de fugir a condição humana

A crise ora mencionada, contudo, não comporta ser aqui analisada. Tenha-se-lhe presente, única e tão-somente, como um dado extrajurídico, do qual algumas conseqüências úteis poderão ser extraídas. Segundo Flávio L. Oñate, “la vida, en sua fracasado intento de adquirir un sentido en si misma, trata entonces de localizarse toda ella en cada una de sus acciones, de comprometerse total e íntegramente en ella, y viene, en cambio, a diseminarse en la multiplicidad y a perderse definitivamente a sí misma”.<sup>25</sup> Em outras palavras, esta crise que o sujeito, intimamente, vivencia, vai refletir-se no direito, que, regulando a sociedade, organiza as incertezas individuais que para ele convergem. Se a história, como visto, é devir permanente, é constante pôr-se de problemas e superação, o direito colima, não resolvê-los, o que seria impossível, mas pôr um mínimo de ordem e de causalidade nesse contexto interminável de mutações fático-sociais inevitáveis.<sup>26</sup>

Mas se é verdade que o homem vive um íntimo estado de crise, vislumbra, entretanto, na natureza, um convite à segurança. Segundo Bodenheimer,<sup>27</sup> os processos causais-naturais, com seqüências constantes, a começar pela sucessão dos dias e noites, concitam à ordenação da tessitura social. O universo apresenta, pois, uma inelutável regularidade, que, organizada sob a lei física da causalidade, se deixa entender em termos de previsibilidade, para a qual também acaba por apelar. Tal fato levou alguns autores, inclusive, a postular um monismo científico tipicamente positivista, como o de Tobias Barreto<sup>28</sup> — um verdadeiro Spencer brasileiro, dentre tantos outros — para quem o homem do direito não era diferente do homem da zoologia, seguindo-se, obviamente, a comunidade de métodos.

Vê-se, destarte, que, se o homem se encontra num estado de crise, originado pela mutação constante da vida, é, ao mesmo tempo, impellido a organizar-se, no contexto social, de maneira calculável. A segurança, aqui, aparece apenas como um valor. Sem ordem inexistente sociedade, pois a vida coletiva exige que as condutas sejam pautadas por regras comuns, para, ao

esteja presente na esperança de prolongar a duração da vida humana para além do limite dos cem anos. Esse homem futuro, que segundo os cientistas será produzido em menos de um século, parece motivado por uma rebelião contra a existência humana tal como nos foi dada — um dom gratuito vindo do nada, que ele deseja trocar, por assim dizer, por algo produzido por ele mesmo” (*A condição humana*, pp. 10-1).

25. Ob. cit., p. 54.

26. Segundo Calamandrei, citado por Oñate (ob. cit., p. 65), a representação jurídica da crise assim se expressa: “um progressivo debilitamento do direito subjetivo, até reduzir-se a um interesse ocasionalmente protegido; a ampliação do direito administrativo às expensas do direito civil; a absorção do processo civil na chamada jurisdição voluntária ou administrativa; aumento dos poderes voluntários do juiz; obscurecimento dos limites do direito privado e público, e entre direito substancial e processual; descrédito crescente, não só das codificações, senão da própria lei entendida como norma geral e abstrata preexistente ao Juízo; aspiração, cada vez maior, ao direito do caso: todos esses aspectos são aspectos de uma crise que o processualista segue com ansiedade em seu próprio objeto, no qual se reflete, traduzindo-se em formas de teoria, a vasta teoria do mundo”.

27. *Jurisprudence*, p. 161.

28. *Estudos de Direito*, I.

mesmo tempo, prever-se o que os outros farão ou estarão autorizados a fazer. Por isso, Hariou proclama: *a ordem social apresenta o mínimo indispensável à própria existência.*<sup>29</sup>

Em primeiro lugar, sem uma ordem, não é possível nem mesmo a idéia de sociedade: é justamente a ordem que distingue a mera *convivência*, da *sociedade*. Se as obrigações não se apresentassem inter-relacionadas como parte integrante de um todo geral, que confere a cada um uma autoridade global, não seria possível pensar em sociedade. Através da ordem, cada obrigação particular vai haurindo do todo social, da totalidade informe de deveres e obrigações, sua força impositiva, introduzindo-se na sociedade com uma autoridade que já não é só sua. Ou seja: *tira-se do todo a força para cada ação particular, que volta a integrá-lo, reforçando-o.*

Por isso a afirmação de Bergson, no sentido de que várias seriam as pequenas obrigações, caso se apresentassem sempre isoladamente; todavia, estando elas integradas em uma totalidade, ou seja, estando inter-relacionadas com o todo social, adquirem, como compensação, a *autoridade do conjunto*, o que, isoladamente, não teriam. O coletivo, nesta circunstância, vem reforçar o individual, superando possíveis hesitações particulares. Enfim, cada obrigação individual vai haurindo do corpo social, com a qual está intimamente relacionada, uma regularidade que, ausente esse nexos, não se estabeleceria.<sup>30</sup> Isso nada mais é do que um princípio fundamental da sociologia: o da constante *interdependência das manifestações sociais*.

Dá que a certeza conferida aos indivíduos na sociedade diz respeito ao seu atuar histórico. A experiência moral não é suficiente para fazer com que haja sociedade. A moral, é claro, dá o sentido mais íntimo da relação intersubjetiva; mas não garante, no tempo e nas vicissitudes da vida, essa estabilidade, justamente porque aquela é sempre uma relação exterior.<sup>31</sup>

29. Assim é que Oñate (ob. cit., p. 74) afirma que “es necesario, pues, que la iniciativa moral de la acción esté garantizada en su desarrollo; es necesario que cada cual sepa, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que valdría tanto como conocer lo absoluto, sino por lo menos cómo será calificada la acción y cómo se incluirá esa acción en la vida histórica de la sociedad”.

30. É esta, em linhas gerais, a concepção de Parsons (Social systems and the evolution of action theory), citado por Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*, p. 880). Com efeito, segundo Parsons “o sistema social postula, por seu turno, uma interação de ações em termos ordenados e com certa persistência; o indivíduo actuante integra-se no sistema na medida em que os seus comportamentos sejam ações no sentido referido. A actuação desviada em relação ao sistema é disfuncional. A possibilidade de desvios nos comportamentos implica mecanismos de controle social; posto que a condição mais importante para integração num sistema de interação seja uma base de ordem normativa — a norma é por seu turno, entendida como uma descrição verbal de um decurso concreto da ação, considerado como desejável, com a injunção de tornar certas as ações futuras conformes com esse decurso”. E Menezes Cordeiro completa: “retenha-se, pois: uma idéia de sistema social marcada por uma interação em termos persistentes e logo previsíveis, a possibilidade de comportamentos disfuncionais e o recurso ao Direito para repor a integração perdida (...)”.

31. Bobbio ressaltou, extraordinariamente, a idéia democrática subjacente ao pensamento de Kant. Com efeito, “dizer-se que o direito devia contentar-se com a adesão exterior, significava dizer que o Estado, de cuja vontade a lei era a manifestação

Na verdade, objetivamente, o indivíduo está em permanente decisão frente aos demais. Obviamente, trata-se de uma constante decisão pessoal diante dos fatos e atos humanos. É por isso necessário que a iniciativa moral de cada ação esteja garantida em seu desenvolvimento, na medida em que se exteriorize. *É necessário que cada um saiba, uma vez objetivada a ação, não exatamente qual será o seu resultado histórico, mas, isto sim, como será qualificada a ação e como se incluirá esta ação na história da sociedade*; por evidente, estivesse ela fundada, exclusivamente, na reserva mental de cada agente, nenhum desenvolvimento seria possível.

Para Cavalcanti Filho,<sup>32</sup> Ortega pôs magnificamente à mostra que a vida em sociedade se caracteriza como alteração. Não é por outro motivo que, para viver socialmente, necessita o homem de prever como a sua atuação poderá ser interpretada. E qual a reação que provocará. Há necessidade de uma prefiguração, de uma indicação esquemática, de sugestões tipificadas, que sirvam de modelo. O direito desempenha esse papel, através de normas. Não se confundam estas com a lei. Sem dúvida, a forma mais eficiente para a realização dessa tarefa é a lei, porque através dela a certeza se torna plena. Mas a lei não é todo o direito. Nem mesmo exaure o conceito de direito positivo. Através de normas, fixam-se os padrões de comportamentos que a vontade social objetivamente qualifica como devidas. Elas representam a vontade constante e impessoal, que corresponde aos fins sociais. Nelas se processa uma seleção de interesses, assegurando-se os que merecem ser atendidos, por corresponderem aos objetivos essenciais da comunidade e pondo-se os demais à margem. Por essa forma, consoante já notara Bentham, estabelece-se uma continuidade possível de ação, de modo que o presente se liga ao futuro, assim como o passado se explica e se relaciona com o presente.

Ora, a introdução dessa certeza e dessa segurança, que, como dito, não está tanto no *resultado histórico* da ação mas, sobretudo, na sua *compreensão histórica*, isto é, no *historicismo da ação humana*, deve ser proporcionada pelo direito; ele garante a qualificação social dos comportamentos possíveis: *"celui qui agit suivant la loi est 'en règle'. Il se sent en état de grâce"*, declara, acertadamente, Ripert.<sup>33</sup>

O efeito ou a função principal, destarte, da *segurança jurídica* está em se poder prever qual será, no porvir, a qualificação das ações presentes e, portanto, como se deverá com elas contar no futuro. Numa expressão sintética: a segurança jurídica instala o postulado do *historicismo da ação humana*.

principal, não devia intrometer-se em questões de consciência e, portanto, devia reconhecer para o indivíduo um âmbito da própria personalidade destinado a permanecer livre de qualquer intervenção de um poder externo como o Estado. Era, portanto, o reconhecimento de que o poder do Estado tinha limites, enquanto podia, sim, ampliar a sua jurisdição sobre fatos externos do indivíduo, mas não também sobre fatos internos, e existia ainda algo no indivíduo, a consciência, que estava completamente excluída desta jurisdição" (*Direito e Estado...*, p. 57); exatamente por isso o tecido social não seria concebível com recurso, única e exclusivamente, aos liames morais, da mesma forma que pretender criá-lo, através da moral, seria inaceitável.

32. *O problema da segurança no direito*, p. 59.

33. Georges Ripert, *Le déclin du droit*, p. 155.

Disso decorre algo fundamental que talvez seja o cerne da *segurança jurídica*. É que a sociedade é inter-relacionamento dos homens e, sabendo estes, mutuamente, como deve ser compreendida, no tempo, a ação histórica de cada um, podem todos derivar uma confiança em si mesmos, nos demais e mesmo no próprio devir. Assim também no que se refere à existência da sociedade: se, do complexo de ações vinculadas, tudo se reduzisse às reservas mentais de cada um, não subsistiria a *sociedade*, mas a mera *coexistência* ou *convivência*.<sup>34</sup>

Destarte, porque o direito, de logo, prefixa a cada um o que se pode querer; porque ele prequalifica as condutas humanas, presentes e particulares, como condutas futuras e gerais, abstratizadas, faz-se viável a continuidade da sociedade sem rupturas em seu desenvolvimento, através da *causalidade normativa* por ele estabelecida. Trata-se, em verdade, de uma *preconstrução do futuro*<sup>35</sup> com a função de *previsibilidade*,<sup>36</sup> ambas conduzindo a um vetor fundamental: a *confiança* em si mesmo, nos demais e no próprio futuro.<sup>37</sup>

Na Idade Média, à falta de um critério vinculador, a noção de direito natural, guardados evidentes limites, socorrera, de uma certa forma, a realidade multifacetária dos diversos contatos sociais, como uma entidade prevalecente sobre a experiência concreta, verdadeira lei eterna. No pensamento moderno, desde Hobbes, se afirma a necessidade dessa certeza, caracterizada aqui como segurança, que justifica o surgimento do estado e a alienação de parte, boa parte, da liberdade individual. Basta recordarmos de que Hobbes justificava a alienação da liberdade individual para o Estado devido à busca da paz, evitando o clima de todos contra todos, razão pela qual a segurança seria, em última análise, o fim mesmo do Estado.

Acrescente-se, aliás, que os contratualistas, de um modo geral, estão intimamente ligados à idéia de segurança, à qual se recorre para explicar

34. Assim entende Santi Romano: "badisi: se società è concetto che intuitivamente richiama pluralità di soggetti e per ciò di voleri, in tanto la società è un essere a sè, un'organizzazione delle attività dei singoli soggetti, in quanto è, appunto, unificazione dei loro voleri, e cioè, volontà di fini che possono bensì coincidire con qualcuno di quelli, ma che non s'identificano necessariamente con alcuni di essi. E da ciò si spiega come ogni società sia precisamente un 'organizzazione in vista di certi fini superindividuali da raggiugersi. Ma organizzazione è disciplina di attività, cioè di voleri e disciplina è regolamento di relazioni fra attività cioè fra voleri che possono essere concordi ed anche discordi. L'unificazione dei voleri, cioè, la disciplina completa delle attività, è data precisamente dalla società. Cioè, dall'ordinamento giurídico", *apud* Theophilo Cavalcanti Filho, *O problema da segurança no direito*, RT, 1965, p. 40.

35. Não se trata, cumpre recordar, de prever o absoluto ou o futuro, mas somente a qualificação jurídica dos fatos sociais, vale dizer, prefixar qual será a significação jurídica dos fatos e atos que vierem a ser praticados pelos homens, inspirando, em cada um, a certeza e a confiança de que os atos alheios igualmente estarão sujeitos as mesmas categorias. Como expressa Oñate, "el derecho introduce con su norma la certeza de la vida social, garantizando la calificación de los comportamientos posibles"(ob. cit., p. 75).

36. Menezes Cordeiro recorda que, "por mais primitiva que seja a sociedade onde a questão se ponha, só pode falar-se em direito quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis"(*Os dilemas da ciência do direito no final do século XX*, p. LXII, Fund. Calouste Gulbenkian).

37. Cf. Oñate, ob. cit., p. 76.

justamente a evolução — ou involução, conforme o caso — implicada na passagem do estado de natureza para o estado civil, independentemente da qualificação de cada um desses estados.<sup>38</sup>

Retenha-se, pois, o essencial: o contratualismo têm em mente o processo de passagem do estado de natureza para o estado civil. Mesmo partindo de diferentes justificativas e considerações filosóficas, chegam seus cultores a uma conclusão comum: a segurança justifica a própria sociedade civil.

O pensamento mais moderno igualmente não dispensa esse valor. Uma rápida visada na doutrina mais difundida comprova-o.

Paul Robier<sup>39</sup> divisa que não pode haver justiça sem segurança: "*la première valeur sociale à atteindre c'est la sécurité juridique*"<sup>40</sup>. Recasens Siches<sup>41</sup> entende que a segurança jurídica é a motivação básica do direito. Se bem que a justiça representa um critério axiológico que deve informar o direito, este, em realidade, nasce para proporcionar segurança e certeza na vida social. Antes da idéia de justiça, o fundamento para o direito é a segurança. Recasens Siches faz inclusive uma analogia com a técnica. Enquanto o homem não racionaliza os fenômenos naturais, vive em permanente instabilidade; mais tarde, quando dispõe de uma certa técnica, estabelece uma margem de relativa segurança no cosmos; analogamente, a insegurança primitiva é experimentada pelo homem em suas relações

38. Nesse sentido, Hobbes e Rousseau partem de premissas substancialmente diversas. Para o primeiro, o homem é um ser essencialmente mal e egoísta, tendendo à cooptação sistemática em detrimento dos demais, gerando, destarte, o estado de todos contra todos: por isso, ele é o inimigo do próprio homem. Em Rosseau, tem-se o entendimento exatamente contrário, por isso que critica Hobbes por ter concebido o homem no estado de natureza aquilo que, na verdade, ele é no estado civil. Entende, pois, Rosseau que esse homem mau, egoísta, preocupado unicamente com a sua própria segurança e movido pelo egoísmo incontido, é o homem civil, deturpado pelo ambiente social. Realmente, para Rosseau, em estado de natureza, o homem é essencialmente bom, dotado de todas as qualidades positivas, mas vive isolado, entregue a si mesmo, despreocupado, sem necessidades de espécie alguma, inclusive sem inclinação para a sociabilidade. E a sociedade corrompe o homem; faz aparecer o egoísmo, a escravidão, conduzindo-o a um permanente estado de disputa com seus semelhantes e ao desfecho da guerra. É nessa ocasião que o homem precisa encontrar um meio que o faça sair do estado em que chegou e isto é possível através do contrato social, alienando-se inteiramente os direitos à comunidade: "Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté général; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout" (Rousseau, *Du contrat social*, Capítulo VI). Já numa versão que se poderia chamar de intermediária — a de Locke — o contrato social pelo menos aperfeiçoa o homem, porquanto este não é considerado essencialmente bom ou mau, mas um ser passível de evolução, o que faz através das instituições civis. O homem aqui é livre, naturalmente, não estando sujeito a qualquer poder, pelo que não renuncia a essa liberdade. O que ele busca é dar certeza a essa liberdade que é sua, pois se não há algo que concilie todas as liberdades, não há igualmente certeza de que ela poderá ser gozada, especialmente no que tange à propriedade. Criando a sociedade, espalham os seus temores e o homem assegura-se na vida, na liberdade e em seus bens.

39. Cf. Rubén O. Asorey, *Seguridad jurídica y derecho tributario*, RDT 52/27.

40. *Apud* Ripert (ob.cit., p. 155).

41. Cf. Asorey (ob. cit., p. 27).

interpessoais, nas quais o fenômeno se repete: sente-se impelido a saber a maneira pela qual deve-se portar frente aos membros da sociedade, da mesma forma que deseja antecipar os modos pelos quais esses últimos comportar-se-ão para consigo; precisa, pois, saber o que se sucederá, com a certeza de que a regra social informativa será observada.<sup>42</sup>

Legaz,<sup>43</sup> diferentemente, identifica a ordem e a segurança com a justiça. Ilustra que assegurar uma ordem já é, numa certa medida, fazer justiça. Sainz de Bujanda, semelhantemente, considera que a segurança pode servir como critério valorativo do ordenamento. A esse efeito, entende que a estimação que mereça um ordenamento jurídico dado deve basear-se em um conhecimento sobre a existência ou não de adequação entre a normativa que esse ordenamento plasma e a ordem real e efetiva nesse âmbito social.

Também Larenz<sup>44</sup> encontra como fim último do direito a consecussão e manutenção da paz jurídica e a realização da justiça. Na idéia de paz jurídica inclui-se a de segurança, manifestada com a proteção dos direitos adquiridos pelos tribunais, de modo que a relação entre segurança e justiça seria “dialética”, de condicionamento recíproco.

Guasp<sup>45</sup> ressalta que a paz jurídica — segurança — e a justiça não estão em relação de antagonismo, mas de completude, pois não há espaço para justiça, senão através da segurança jurídica. Todavia, quem mais avança nesta matéria é Kruse, segundo o qual a própria segurança jurídica é emanção da idéia de justiça.

O próprio estado de direito nasce com essa pretensão de segurança. Com efeito, ensina Otto Mayer, que o fundamental é que a relação do soberano para com o súdito seja uma relação jurídica, no qual já não possa mais a administração fazer tudo o que pretenda, senão o traçado pelos limites do direito, restando absolutamente impraticável a idéia de justiça sem a de segurança jurídica.

Mas em que consistiria então o princípio de segurança jurídica? Eis a indagação que sobrevém.

#### *b) Do Valor Segurança Jurídica ao Princípio de Segurança Jurídica e suas Condições*

Vencida a afirmação, no contexto do jurídico, a respeito da segurança jurídica, cumpre, agora, precisar-lhe o conceito. Provisoriamente, dir-se-á, tomando de empréstimo a Vanossi, que a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.

42. Para ilustrar sua tese, Recasens lança mão de comparações interessantes. Afirma que o homem tem necessidade de saber o que será feito da semente que lançou ao solo ou com a árvore que cresceu enquanto ele dormia; em última análise, ele precisa saber o que ele pode a respeito dos outros, o que os outros podem a respeito dele e de tudo isto o que será cumprido e garantido. Numa expressão sintética, o direito surge como força determinadora de como o homem deve se comportar reciprocamente e de que esse comportamento esteja assegurado.

43. Cf. Asorey, ob. cit., p. 28.

44. Ibidem, p. 28.

45. Ibidem, p. 29.

Em Millas as notas essenciais do conceito se fazem igualmente presentes, pois a segurança jurídica é caracterizada como sendo “a situação do indivíduo como sujeito ativo e passivo de relações sociais, quando, sabendo ou podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram”.

Os dois conceitos acima invocados permitem apenas uma aproximação quanto ao conteúdo do *princípio de segurança jurídica*. Com efeito, uma coisa é o *valor segurança jurídica*, sobre o qual, até aqui, discorremos; outra, é qualificar exatamente em que consiste o *princípio de segurança jurídica*. Parece ser bem clara, à partida, a diferença entre valor um e seu princípio respectivo, noções que não podem ser negligenciadas, restando, aqui, apenas pressupostas.<sup>46</sup>

Para tanto, é preciso deduzir, analiticamente, as notas essenciais dos conceitos referidos, produzindo, assim, a necessária operacionalidade do princípio. Para tanto, cumpre observar, com Mônica Madriaga Gutierrez, que o valor segurança jurídica envolve, pelo menos, duas dimensões: a *dimensão da certeza quanto à norma que regula os atos sociais*, de um lado, e, por outro, a *expectativa ou confiança quanto à situação do indivíduo na sociedade*.

Apesar da polissemia amplíssima,<sup>47</sup> impõe-se, para viabilizar seu funcionamento como princípio, agrupar as formas elementares de sua concreção, e é neste sentido que podem ser identificados, de acordo com Angel Latorre,<sup>48</sup> pelo menos, quatro ou, mais sinteticamente, três vetores básicos<sup>49</sup> aos quais poderão subsumir-se as suas mais diversas manifestações:

46. Embora fluida a passagem do valor para o princípio, como demonstra Canaris (Pensamento sistemático..., p. 86), há uma diferença básica a enaltecer, com relação à praticabilidade do último no fenômeno jurídico. É que “o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor; ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de direito em previsão e consequência jurídica”. E acrescenta: “o princípio, ao contrário do valor, indica sempre, pelo menos, a direção da consequência jurídica, embora pormenores possam ficar em aberto”. Vale citar a ilustração formulada por Canaris, a explicar a vantagem dogmática de conduzir a análise ao princípio de segurança jurídica: “por exemplo, por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as consequências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autónoma e privada das suas relações com os outros”. Da mesma forma, um princípio de segurança jurídica, decomposto analiticamente com a mediação da ciência jurídica, oferece uma possibilidade de concreção não só mais segura, como mais praticável no seio dos problemas jurídicos.

47. Radbruch, igualmente, explica que a idéia de segurança jurídica se deixa expressar em três noções fundamentais: numa primeira acepção, significa a existência de um direito certo; num segundo entendimento, confunde-se com a certeza do direito; e, numa terceira acepção, significa segurança contra as próprias alterações do direito (Radbruch, *Le but du droit, apud Theophilo Cavalcanti Filho, O problema da segurança no direito*, RT, 1965, p. 81).

48. Angel La Torre, *Introducción al derecho*, Barcelona, Ed. Areil, 1978, pp. 41-3.

49. O enfoque tríplice ora examinado nada tem de pacífico. Neste sentido, interessante referir a posição de Guasp, assim explicada por Asorey (Seguridad jurídica

a) alguém que possua uma coisa como sua por considerável período de tempo, pode vir efetivamente a adquiri-la como sua, através da prescrição aquisitiva ou usucapião; também aquele que deixa passar um lapso determinado de tempo sem aforar uma medida judicial, perde o direito de fazê-lo. Com esse singelo exemplo, focaliza-se a chamada *segurança do tráfego jurídico*, protegendo-se a confiança depositada no intercâmbio e nas transmissões jurídicas, mesmo que aparentes;<sup>50</sup>

b) de outra parte, devemos estar protegidos quanto aos direitos de que somos titulares, de modo que nos seja dado opô-los àqueles que, ilegitimamente, incorrerem em sua violação. Trata-se aqui da *segurança do direito ou segurança jurídica propriamente dita*;

c) a segurança jurídica propriamente dita ainda poderia ser perspectivizada em uma terceira direção, relativa à necessidade de certeza quanto ao teor da lei. Exige-se, aqui, que a lei seja clara e que todos possam conhecê-la, em seu alcance e significação. Era a pregação de Beccaria, quando afirmou: “quanto maior será o número dos que compreendam e tenham em suas mãos o sagrado código das leis, como menor freqüência haverá delitos, porque não há dúvida de que a ignorância e as obscuridades das penas ajudam a eloqüência das paixões”. Esta vertente poderia ser chamada de *certeza do direito em sentido estrito*.<sup>51</sup>

d) uma última direção a que pode ser conduzida o valor segurança jurídica diz respeito à relação do homem com o poder do estado e, neste sentido, a segurança jurídica seria a limitação e controlabilidade deste último, com a contrapartida da garantia dos direitos fundamentais, confundindo-se

y direito tributário): “(...) en sentido objetivo la seguridad jurídica está dada por las garantías que la sociedad le asegura a la persona, sus bienes y los derechos y en sentido subjetivo es la convicción que tiene la persona, suponiendo un estado de confianza, de saber a qué atenerse. Para ciertos autores esta seguridad jurídica en sentido subjetivo es la llamada certeza jurídica”. Ao que parece, a menor redução do fenômeno “segurança jurídica” possível é ao duplo aspecto: objetivo e subjetivo. Nós, todavia, preferimos adotar uma tríplice divisão, viabilizando, assim, a máxima utilização do princípio.

50. São notáveis, a esse respeito, as observações de Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, p. 502). Ilustra que “no campo do direito civil, encontramos hoje alguns institutos jurídicos que não estão previstos na própria lei, mas que a jurisprudência, em parte só depois de algumas vacilações, admitiu e desenvolveu ulteriormente, porque existe manifestamente em relação àqueles uma *necessidade de tráfego*” e segue o jurista aludindo a diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal Alemão que, acudindo à noção de proteção da confiança e da expectativa no tráfego jurídico, acabaram por conduzir a uma criação jurídica para além da lei. Cremos firmemente em que o princípio da segurança jurídica, como verdadeiro *topoi*, permite invocações a níveis normativos mais amplos, em sendo empregado como princípio.

51. A certeza do direito e a segurança jurídica propriamente dita, em realidade, podem ser reduzidas a uma única dimensão. Com efeito, enquanto a primeira diga respeito à necessidade da maior clareza possível quanto aos regimes jurídicos estabelecidos pelo direito positivo — suficiência normativa — mais intensa em alguns setores da dogmática jurídica (é o caso, p. ex., do direito penal e tributário), a segunda mais se relaciona a uma teoria da legislação, cujo ideal está bem representado pelo fenômeno da codificação, com seus ideais de clareza, simplicidade e racionalidade. Vê-se, no entanto, que essas duas vertentes podem ser reconduzidas à rubrica comum de uma teoria geral da legislação.

pois com o *estado de direito*,<sup>52</sup> não enquanto realidade política, mas como verdadeiro princípio. Por isso, num sentido estrito, essa dimensão poderia ser destacada da segurança jurídica — que ficaria limitada em três vetores básicos — pois, mesmo com a distinção do estado de direito enquanto princípio e enquanto realidade política, bem pode considerar-se o princípio de segurança jurídica como sendo um subprincípio deste.

Aos diversos vetores em que se deixa manifestar o princípio de segurança jurídica correspondem, naturalmente, diferentes mecanismos dogmáticos de atuação, sendo, também aqui, muito difícil categorizá-los didaticamente. Nesse sentido, Monica Gutierrez<sup>53</sup> arrolou sete mecanismos pelos quais o princípio operaria nos ordenamentos jurídicos:

- a) princípio da vedação da “*ignorantia juris*”;
- b) princípio das leis prévias;
- c) princípio da tipicidade;
- d) princípio da irretroatividade;
- e) princípio da limitação das fontes do direito;
- f) princípio da legalidade;
- g) princípio da prescrição;

A própria tratadista, contudo, reconduz o princípio da segurança jurídica a três vertentes fundamentais: *à certeza, à imutabilidade e à intangibilidade*, as quais, em linha geral, subsumem-se as quatro dimensões anteriormente aventadas.

Pelo que se verifica, dogmaticamente, resta comprovada a presença constante do princípio da segurança jurídica à base de diversos institutos. Filosófica e sociologicamente, o valor segurança jurídica não carece de comprovação: antes, é uma imposição derivada da natureza das coisas. O avançar de um valor a um princípio, até chegar às suas concreções mais imediatas, é o trabalho do jurista. O recurso à interpretação, apoiado em “*topoi*”,<sup>54</sup> como os deduzidos da segurança jurídica enquanto princípio, tem viabilizado a colmatação de lacunas e o desenvolvimento de um direito inclusive superador da lei sem a marca da arbitrariedade e com a vantagem da plena sindicabilidade por um discurso jurídico integral, o que é fundamental. Os exemplos são numerosos e, por isso mesmo, insuscetíveis

52. Embora, como já se disse, identificado o estado de direito com dimensões da mais variada índole e indeterminado o seu conceito, nem por isso essa vertente é destituída de relevância dogmática. Ao contrário, especialmente no direito administrativo, seu corolário mais ilustre é o princípio da legalidade, que orienta, não só o agir administrativo, mas praticamente toda a teoria dos atos administrativos, conduzindo, pois, uma das funções estatais cada vez mais importante. Igualmente no direito tributário, os chamados “limites ao poder de tributar” identificam-se, de imediato, com a segurança jurídica, enquanto verdadeiros óbices jurídicos e, portanto, judicialmente sindicáveis ao poder do Estado. O direito penal e o processo penal, através da tutela das liberdades públicas, estão, da mesma forma, imbuídos do princípio nesta vertente considerado, e pode-se dizer que, de um modo geral, o direito público orientado pelo vetor da segurança jurídica é o direito público de um estado de direito.

53. *Derecho Administrativo...*, p. 17.

54. “*Topoi*” no sentido que lhe empresta Theodor Viehweg, *Topica e Giurisprudenza*, p. 38; cf. n. 128, *infra*.

de exame exaustivo. Veja-se a teoria da aparência, imprevisão e confiança,<sup>55</sup> além daquelas expressamente albergadas pela legislação e ampliadas pela jurisprudência, como as relações putativas em geral (casamento e credor putativo, excludentes e dirimentes penais-putativas etc.). Na teoria da legislação geral, depara-se o exegeta, igualmente, com múltiplos exemplos: a caducidade dos efeitos de Medida Provisória não aprovada em tempo hábil, a teoria dos direitos adquiridos, a legalidade penal e tributária, as regras de competência legislativa, *institutos pontuais que permitem inferir a existência de um princípio geral de segurança jurídica*. Como se vê, parte-se do valor, podendo-se chegar até as mais específicas possibilidades de concreção,<sup>56</sup> considerando-se a utilização da segurança jurídica como verdadeiro “topoi”,<sup>57</sup> em toda a sua amplitude.

55. No direito civil, o princípio da confiança tem sido estudado com muita atenção. Também no direito público tem-se proposto sua adoção, lecionando Márcia Bellini Freitas que “cabe especial importância no campo da interpretação, aos princípios ético-jurídicos, notadamente o princípio da confiança do administrado nos atos da administração pública (...). Contrapondo-se o princípio da legalidade ao respeito à confiança e a boa-fé dos destinatários da administração pública, nota-se quão imperativo é para que o direito alcance a legitimidade e a adesão social, fazer-se com que todos os esforços hermenêuticos sejam empregados no afã de dar lugar, sem exageros, à prudente consecução da justiça no caso concreto” (*O princípio da confiança no direito público*, Revista Jurficia 168/30). Aqui, claramente verifica-se o apelo ao princípio como recurso exegético.

56. Todavia, é preciso extremo cuidado ao operacionalizar essas noções. É que, especialmente nos países de tradição romano-germânica, os princípios desempenham uma função quase apelativa. É a advertência de Josef Esser (*Principio y norma...*, p. 5): “de ahí deriva que estos conceptos elementales sean usados para las tareas más diversas y se les pida más de lo que pueden dar, se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones y se les enjuicie del modo más contradictorio”. *Aqui entra, exatamente, o labor do jurista. A passagem do valor para o princípio, com a mediação da ciência do direito, já permite uma primeira clivagem nesta tendência: a figuração do princípio em verdadeiros “topois”, com sua estruturação dogmática, dão o norte seguro para que, no caso prático, se possa recorrer ao princípio, sem ultrapassar a fronteira do jurídico*. A título de exemplo, é o que fez Menezes Cordeiro, explicando, cientificamente, como funcionam princípios como o da “confiança”, e as figuras do “*nemo venire contra factum proprium*”, “*surrectio*”, “*supressio*” e tantos outros (Da Boa fé..., p. 600 e ss.).

57. A jurisprudência, examinada neste trabalho, comprova a utilização tópica deste princípio, o qual pode ser levado à resolução dos casos mais diversos. Em decisão de 16.3.93, a 2.ª Turma do Tribunal Regional Federal deparava-se com a seguinte colocação: a divergência de interpretação, posteriormente superada em sentido contrário à decisão rescindenda, autorizaria o ajuizamento da rescisão de um julgado? A matéria decidiu-se, em maioria, com expressa invocação do princípio da segurança jurídica, decalcado do art. 463 do CPC, “vencidos o Sr. Juiz Valdimir Freitas e o Sr. Juiz Jardim de Camargo, ao entendimento de que a divergência de interpretações sobre determinada matéria não pode possibilitar rescisão do julgado, sob pena de se ferir o princípio da segurança jurídica” (*DJU*, 16.3.94, p. 9.966). Essa discussão, travada sob o mesmo enfoque, pendente, no Supremo Tribunal Federal, para a mesma solução, desde o *leading case* RC 4.592-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 97(1):77, jul./81, o que tem sido confirmado (v.g., mais recentemente, RC 4.794-SP, RTJ 148/387).

Todavia, após esse painel geral, cabe retomar as premissas já aventadas: examinar, de posse das noções gerais e dos “*topoi*” em que se reduz o princípio estudado, as concreções passíveis de serem realizadas no âmbito do direito público (especialmente no administrativo e constitucional). Novas limitações devem ser, entretanto, observadas: é que também no direito constitucional seria possível localizar uma série de manifestações da idéia de segurança jurídica. Serão examinadas, contudo, as principais, que, no âmbito constitucional, se confundem com a própria Teoria da Legislação e, no contexto do direito administrativo, conduzem a um detido exame do princípio da legalidade e dos limites em geral opostos ao Poder Administrativo de revogar os atos ilegalmente praticados.

É o que se passa a examinar.

## SEGUNDA PARTE:

### AS CONCREÇÕES DO PRINCÍPIO DE SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

#### A) No Direito Constitucional

##### 1. *Conspecto Geral*

J.J. Gomes Canotilho<sup>58</sup> aloca o princípio da segurança jurídica como um subprincípio do Estado de Direito, reconduzindo-o ao *princípio da determinabilidade das leis* e da *proteção da confiança*, com apelo à estabilidade legislativa.

À partida, verifica-se que no direito constitucional a segurança jurídica manifesta-se, num plano mais elevado, na própria idéia de Constituição, pois, como ensina Hesse,<sup>59</sup> “*a vida do estado, assim como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento*”. Na verdade, admita-se, num plano ainda superior, que mesmo o advento do princípio federalista significou, em última análise, uma tentativa de conciliar as conquistas republicanas com a administração política de vastos estados,<sup>60</sup> evitando a diluição política e, mediatemente, a desagregação social.

Cotejando-se a Carta Magna no plano de sua explicitação normativa, o ponto de partida encontra-se em seu art. 5.º, *caput*: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos*

58. Cf. Direito Constitucional, p. 375: “como se verá, estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem associados à moderna *teoria da legislação*, preocupada em racionalizar e otimizar os *princípios jurídicos de legislação* inerentes ao Estado de Direito”.

59. Cf. Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 20.

60. Cf. Fernanda Dias Menezes Almeida, *Competências...*, p. 19.

*brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (...)*”, disposição reforçada pelo art. 6.º: “*São direitos sociais a educação (...) a segurança, a previdência etc.*”

A primeira questão que se põe é a de saber se a *segurança* aludida no texto constitucional identifica-se com a *segurança jurídica* de que estamos falando. Cabe, a propósito, lembrar que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, num primeiro momento, garantiu a “*surete*” dos cidadãos, termo que ingressou imediatamente na Constituição Imperial do Brasil — art. 179 — com a seguinte redação: “A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a *segurança individual* e a propriedade, é *garantida* pela constituição do império pela maneira seguinte”:

Na época, Pimenta Bueno<sup>61</sup> dedicou uma rubrica especial de seus comentários ao que chamou de “*direito de segurança*”, inserindo-lhe princípios fundamentais, como o da inviolabilidade do domicílio, da vedação da prisão sem pronúncia, do juiz competente e da independência do poder judiciário. Interpretando a Constituição Imperial, afirmava Pimenta Bueno que “*o direito de segurança é a garantia da liberdade e mais direitos naturais; é o primeiro sentimento do homem e mesmo o instinto dos animais, é a conservação, a defesa de si próprio, a proteção da existência individual, o direito de viver e de não sofrer*”, reconduzindo-o, afinal, ao princípio da legalidade: “*é finalmente o direito de não ser sujeito senão à ação da lei, de nada sofrer de arbitrário, de ilegítimo. É a proteção social, que substitui a proteção, a força individual do homem, que ele faria prevalecer se não estivesse em sociedade*”.<sup>62</sup>

Parece claro, à luz da exegese do emérito jurista, que a “*segurança jurídica*”, enquanto princípio jurídico, não se confunde com a *segurança expressamente* referida na Carta Imperial e na vigente. Na verdade, a *segurança jurídica*, enquanto tal, permeia todo o texto constitucional, não estando aprisionada em sua inteireza por quaisquer de seus artigos ou declarações. É-lhe, ao contrário, inerente.

Manifestações gerais do princípio já encontramos com a proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5.º, inc. XXXVI); manifestações pontuais ou específicas, estão com a ultratividade penal “*in bonam partem*”, com o princípio da não surpresa em matéria tributária, com a normatização das relações jurídicas decorrentes de medida provisória caduca (art. 62, parágrafo único) e com as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º). Da mesma forma, a distribuição das competências privativas e concorrentes no âmbito da federação, o próprio controle de constitucionalidade, todas essas concreções, enfim, constituem prova inequívoca de que a Constituição, por si e em si, afirma o princípio de *segurança jurídica* no seu espírito.

Para que se possa, todavia, ordenar o exame do princípio do ponto de vista do direito constitucional, impõe-se reduzir as suas diversas mani-

61. José Antônio Pimenta Bueno, *Direito público...*, pp. 404-7.

62. Cf. ob. cit., p. 405.

festações a umas poucas classes fundamentais. No caso, trata-se, em realidade, de examinar uma complexa e minuciosa *teoria da legislação* ou, se se preferir, os chamados *princípios jurídicos da legislação*<sup>63</sup> do ponto de vista formal e material: as objeções postas à liberdade do legislador ordinário.

## 2. A Teoria da Legislação (ou Os Princípios Jurídicos da Legislação no Direito Constitucional)

É de Lassale a observação de que, em todo o tempo e em todas as sociedades juridicamente organizadas, teve lugar o problema da retroatividade das leis, que o direito, sobretudo constitucional, procura resolver.

Em princípio, é verdade que as leis só devem ter eficácia a partir de sua promulgação e até que cesse a sua vigência. Todavia, ainda que assim seja, há vários atos jurídicos que se protraem no tempo, enquanto sucedem-se as leis. Num caso tal, se se aplicasse uma lei nova aos efeitos de um ato jurídico produzido sob a égide da lei antiga, estar-se-ia ferindo direito adquirido? E se se aplicasse a lei antiga, não se estaria negando vigência à nova?

Como se vê, trata-se de um delicado tema, estabelecendo-se uma forte tensão entre o interesse individual — que visa a permanência do estado vigente — e o interesse social — caracterizado pela evolução e aperfeiçoamento das instituições. A teoria da irretroatividade das leis e da proteção do direito adquirido vem, justamente, a equalizar as relações entre esses dois interesses à luz da segurança jurídica possível.

De um modo geral, na antigüidade, se aplicavam as leis novas de modo imediato e retroativamente, inclusive em matéria penal. Em Roma, embora não haja uma enunciação específica, flagra-se uma consciência a respeito do princípio. Cita-se, em geral, uma conhecida passagem de Cícero: nenhuma lei tem efeito retroativo, a menos que tenha por objeto reprimir coisas tão abjetas que, mesmo sem lei prévia, deveriam ser evitadas com o maior empenho. E no direito civil não se faz nenhum regulamento sem estabelecer que tudo o que é anterior será respeitado. A Constituição de Teodósio, em 393 d.C., dizia expressamente: as constituições não atacam os fatos passados, somente impõem uma regra para o futuro. No Código de Teodósio nova regra a esse respeito foi introduzida, desta vez, contudo, procedendo-se a uma distinção: as constituições prescrevem a forma das coisas futuras e não se retrotraem aos fatos passados, a menos que expressamente o legislador estatua sobre o tempo passado e às coisas ainda em suspenso.

Uma certa restrição ao princípio em vista restou, assim, admitida, pois a irretroatividade ficava limitada ao Juiz, já não assim ao legislador. E a experiência romana está referta de exemplos, como o do pacto comissório, abolido no código de Teodósio. O que se pode concluir, destarte, é a existência, no pensamento romano, de uma intuição acerca do problema da retroatividade das leis e de sua inconveniência. Todavia, ainda assim, o legislador estava livre, devendo, tão somente, declarar sua pretensão aos

63. Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 376.

efeitos retroativos de uma dada legislação. Mesmo nesta hipótese — havia consenso — não poderia ser atingida, contudo, a coisa julgada.

O direito canônico acentuou que a lei só poderia ser aplicada a quem pudesse conhecê-la, daí não ser lícito prejudicar quem sequer poderia dela estar ciente. Ocorre que os canonistas distinguiam as leis eternas das não eternas, podendo as primeiras poderiam, evidentemente, ser retroativas. Veja-se, porém, a ficção existente neste pensamento, porquanto se entendia não ocorrer efetiva retroação nos preceitos derivados da lei eterna pelo só fato de serem princípios considerados perenes, sempre vigentes. Isso poderia conduzir, paradoxalmente, à máxima das retroações.

Com as Constituições e Declarações de direitos — frutos do iluminismo — a irretroatividade das leis, contudo, passou a ser expressão de uma verdadeira conquista política. Na França, em 1795, já se estendia a irretroatividade à matéria penal e civil, o que os povos foram recepcionando gradativamente.

Tome-se, então, a premissa básica inicial: como norma geral, a lei deve receber imediata aplicação. Seu aparecimento presume-se, sempre, ser em favor do progresso jurídico, tendo a sociedade interesse na respectiva aplicação. Todavia, o direito individual fundamenta o princípio de irretroatividade das leis. A vida, diz Juan S. Areco, a não ser assim, seria uma inquietude perpétua; e a sociedade, uma quimera.

No entanto, pondera Duverger, em certas ocasiões há de ceder o princípio da irretroatividade; há interesses oriundos da ordem pública que não podem ser afastados. E a retroatividade, nessas circunstâncias, não pode ser absoluta. Eis a segunda premissa: o princípio da irretroatividade não é absoluto.

A ponderação entre os valores acima gizados deu margem a três teorias fundamentais<sup>64</sup> que aqui vão apenas relacionadas, eis que o direito adquirido enquanto tal não é objeto deste trabalho, importando mais perceber, à sua base, a ponderação em torno da segurança jurídica:

a) *Teoria do Direito Natural* — a distinção básica se dá entre direitos inatos e adquiridos. Os primeiros vigem sempre, não sendo afetados pela legislação, porque são eternos. Os adquiridos resultam de um ato de vontade, seja do homem, seja do legislador e só na dependência desse ato de vontade é que vigem. Como se vê, nesta concepção, lícito seria a maior das retroatividades, isto porque as leis qualificadas como naturais poderiam ser levadas ao passado. Obviamente, essa concepção foi condenada, porquanto permitira a maior das retroatividades, chegando B. Constant a proclamar que a retroatividade tiraria da lei esse seu caráter: lei que é retroativa não é lei. E daí se dirá que a irretroatividade é que é uma regra de direito natural que excede à competência do legislador.

b) *Doutrina das Esperanças* — Blondeau, em “Effet sur ce qu'on appelle l'efféct rétroactif des lois”, baseando-se na noção de esperança, intentou explicar o fenômeno. Basicamente, atenta para o fato de que, ao entrar em vigor uma nova lei, há de encontrar todas as esperanças conformadas pela vigência da antiga, as quais não podem desaparecer sem

64. Para uma exposição mais detalhada, consulte-se Juan Segundo Areco, *La irretroatividad de la ley y los contratos sucesivos*.

causar algum mal. Assim, a lei nova só se aplicaria aos fatos nascidos posteriormente à sua edição bem como aos que não estivessem em idade de alimentar esperanças com relação à revogada. O preceito de legislação que estabelece *respeito às esperanças já formadas*, quando da entrada em vigor da nova lei, choca-se com a *função da utilidade social*, a qual pode exigir que não sejam levadas em conta essas expectativas. Essa a ponderação de Blondeau: se o mal em destruir as esperanças formadas sob a lei antiga é menor do que o de conservá-las, então o legislador não deve titubear em fazer executar de imediato as novas disposições. Se, ao contrário, há esperanças que não possam ser destruídas sem graves inconvenientes, o legislador não pode desrespeitá-las. Obviamente, a vaguidade da teoria é seu próprio defeito. Não se trata de esperanças, senão de direitos efetivos. E dizer quando devam ser respeitados é justamente o que se exigiria de qualquer teoria científica.

c) *Doutrina clássica dos direitos adquiridos* — seu primeiro expositor parece ter sido Chabot de L'Allier, para quem direitos adquiridos são aqueles que estão inteiramente conferidos e definitivamente adquiridos antes dessa lei que se lhe queira impor. Já os direitos que podem ser revogados pelo indivíduo que o conferiu são somente uma esperança ou expectativa frente à nova lei. Com efeito, esta encontra expectativas e direitos já formados. Com relação a esses últimos, distinguem-se os reais dos pessoais. Quanto aos pessoais, têm a lei nova o poder de tanger o respectivo regime jurídico — a capacidade, v.g. — sendo intangíveis, porém, os efeitos já produzidos em consonância com anterior regime. Quanto aos direitos reais, os que provenham de convenções humanas são intocáveis, ao passo que os derivados da lei somente subsistem enquanto a própria lei subsistir. Com relação às expectativas de direito, tem-se como possível a alteração por parte da nova lei. O problema, no entanto, a resolver, seria o das situações pendentes. Sobre isso, Gabba ao que parece deu a resposta mais satisfatória. Para ele, a lei nova não pode retroagir apanhando direitos adquiridos. O primordial seria então definir essa categoria. E ele a define como qualquer direito que seja consequência de um fato idôneo apto a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo no qual o fato se produziu, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se haja apresentado que antes da sanção de uma nova lei a este concernente. Verifica-se aí a inserção do conceito de fato aquisitivo. O problema que Gabba intenta resolver é o dos fatos aquisitivos complexivos ou complexos, pois, como ele mesmo refere, não há nenhum problema quando o fato aquisitivo é simples e se esgota num ato. Como se verifica, o centro dessa doutrina está no fato gerador do direito. É preciso que este tenha decorrido por inteiro. Assim, para Gabba, não existe uma barreira intransponível à retroatividade. Com efeito, a lei nova se aplica a fatos passados, mas não pode atingir os direitos adquiridos — isto é — os fatos aquisitivos completados sob o império da nova lei, ainda que seu gozo se haja de protrair no tempo.

Alguns autores, contestando as teorias subjetivas por insuficientes, trataram de examinar o problema a partir de teorias objetivistas. Assim fizeram, por exemplo, Colin Et Capitant, Henri De Page, Savigny e tantos outros. Henri De Page estabeleceu, por exemplo, quatro regras para a resolução do problema: 1.º) a lei nova não pode atingir situações nascidas

e definitivamente cumpridas sob o império da lei antiga; 2.º) a lei nova aplica-se imediatamente, mesmo aos efeitos futuros das situações nascidas sob o império da lei anterior; esta última, admite algumas exceções: se a relação for contratual, permanece seu conteúdo, salvo se o legislador expressamente declarar que a ela se aplica a nova disposição ou se for norma de ordem pública.

Uma teoria objetivista que merece destaque é a de Paul Roubier, segundo a qual é preciso distinguir entre situações jurídicas estáticas ou dinâmicas. As primeiras dizem respeito ao gozo e aos efeitos de um direito já criado e constituído, sendo as segundas, justamente, a fase de constituição desse direito. Assenta, então, que a lei nova não pode atingir fase dinâmica de uma situação jurídica, podendo, contudo, intervir na fase estática, onde seria necessário separar os fatos pretéritos — intocáveis — os pendentes — que se devem separar nos anteriores e nos contemporâneos à lei nova — e os futuros — aos quais sem qualquer problema se aplica a nova lei. A questão que poderia surgir, diz Roubier, é a relativa às fases dinâmicas complexivas. Neste caso, cumpriria proceder de acordo com os fatos pendentes, ou seja, separar o que já ocorreu — preservando-lhe os efeitos — do que ainda há a fluir.

Não se tem aqui a pretensão de examinar o problema dos direitos adquiridos. Visa-se tão-somente demonstrar que ambas as correntes — objetivistas e subjetivistas — conduzem a um mesmo resultado: a proteção do direito adquirido, à base da qual está a segurança jurídica, em nome da qual, inclusive, podem ocorrer retroações. Aliás, na história constitucional brasileira, observa-se uma oscilação: a Constituição Imperial adotava a regra da irretroatividade absoluta (art. 179, § 3.º). Também a Carta de 1891 (art. 11, § 3.º). A de 34 e 37 foram silentes. A de 46, 67 e a EC 1/69 empregaram fórmula idêntica à atual: não há uma vedação da irretroatividade da lei em termos absolutos, senão a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Como se vê, não está absolutamente vedada, nem no plano constitucional, nem no plano legal, a retroatividade. Por vezes, a Constituição até deixa perceber a possibilidade de retroação, quando, por exemplo, declara que a lei penal não retroagirá exceto para beneficiar o réu. Outras vezes, veda-se expressamente a retroatividade, como no caso da ordem tributária. E, finalmente, ela própria aplica disposições retroativas, acenando com a ininvocababilidade do direito adquirido (art. 17 do ADCT). *A resolução dessas questões enriquece-se com a concreção do princípio ora tratado, justamente nas zonas cinzentas para as quais restam impotentes as teorias gizadas. Daí sua importância nos interstícios das teorias sobre o direito adquirido, como meio de resolver os problemas jurídicos que inevitavelmente surgem.*

Com efeito, em matéria de não retroatividade, o princípio de segurança jurídica tem sido invocado para afastar justamente a situação da chamada “retroatividade indireta”,<sup>65</sup> que, haja vista, as diversas teorias inutilmente tentam resolver. Com efeito, os Tribunais, de um modo geral, avaliam, no caso concreto, se a alteração legislativa não feriu o princípio da confiança,

65. Sobre retroatividade indireta, v. Regina Gaya Sicilia, *El principio de irretroatividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*.

dele derivado, implicando assim em forma indireta de retroação. A esse respeito, Larenz<sup>66</sup> noticia que “outro princípio jurídico que o Tribunal Constitucional Federal derivou (...) do princípio do Estado de Direito é o princípio da confiança na relação do Estado com a legislação. Tal princípio prosbe em geral uma retroactividade das leis a hipóteses legais já verificadas, tanto quanto e na medida em que o cidadão devesse confiar na permanência da posição jurídica que daí para si deriva (...) é pensável que se lese a proteção da confiança, quando a lei efectua uma intromissão ablatória com a qual o cidadão não pôde contar, quer dizer, que ele não poderia ter em conta face às suas disposições. Mas enquanto uma retroactividade própria só é admissível quando a justificam razões de bem comum supra ordenadas ao imperativo de segurança jurídica, no caso de uma lei com retroactividade imprópria, a confiança do indivíduo na permanência de uma regulação legal há de ponderar-se juntamente com a importância da preocupação do legislador com o bem público”.<sup>67</sup>

Quanto à coisa julgada, evidente o que seu fundamento político é a segurança jurídica, porquanto se a decisão da justiça não tivesse um termo definitivo final, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança relativamente aos bens da vida.<sup>68</sup> Assim, inspirado por motivos de ordem prática, o esgotamento dos recursos faz com que se torne imutável, ainda que injusto seja o provimento de que se trata, fato esse que, no tangente ao ato jurídico perfeito se torna ainda mais evidente, como foi ressaltado acima. É o que ensina J. J. Gomes Canotilho:<sup>69</sup>

“A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o caso julgado. O instituto do caso julgado assenta nas seguintes premissas:

1. estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque:
2. está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo (caso julgado formal), quer porque:
3. a relação material controvertida (questão de mérito, questão de fundo) é decidida em termos definitivos e irretratáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades (caso julgado material)”.<sup>70</sup>

66. *Metodologia...*, p. 516.

67. No mesmo sentido, é Canotilho (*Direito Constitucional*, p. 376): “os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que os seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. *Estes princípios apontam basicamente para 1) a proibição de leis retroactivas; 2) a inalterabilidade do caso julgado; 3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos*”.

68. Cf. Humberto Theodoro Jr., *Curso...*, p. 572.

69. *Ob. cit.*, p. 384.

70. Problema que, a esse respeito, tem sido suscitado, diz com a alteração posterior da jurisprudência em sentido contrário ao do caso julgado. Em princípio, a posição dominante, como visto, é no sentido de que a variação jurisprudencial não autoriza, por si só, seja a ação rescisória, seja a de revisão criminal. Todavia, se se tratar de matéria constitucional, nesse caso o Supremo Tribunal Federal tem admitido a “retroatividade” da nova orientação, inserindo assim relativizações ao rigoroso princípio,

Para além do clássico trinômio dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, intervenções específicas, no contexto da “teoria da legislação” merecem exame individualizado, por sua relevância.

Oserya<sup>71</sup> observa que “si el derecho tributario es un derecho de exacción constitucionalmente expresado, deviene que el principio de seguridad jurídica, por su carácter fundamental, resulte preeminente en el ámbito tributario”, o que, no direito constitucional brasileiro, parece evidente<sup>72</sup> e resulta, basicamente, de duas garantias: a *legalidade tributária*, de um lado, e, de outro, a *irretroatividade e anterioridade da lei fiscal*.<sup>73</sup>

O princípio informativo geral da legislação tributária é o de “*não surpresa*”, consistente na conjugação da irretroatividade, em matéria tributária, com o princípio da anterioridade. Aqui, bem se evidencia a preocupação fundamental no sentido de que os cidadãos-contribuintes, de antemão, conheçam as suas obrigações tributárias, falando-se inclusive num direito legal de elisão tributária.<sup>74</sup>

Os tribunais são constantemente levados à concreção dos reflexos da segurança jurídica em matéria tributária. Em 11.11.92, o Plenário do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região entendeu que o princípio da anterioridade da lei fiscal deveria ser perspectivizado a partir dos “fatos fiscalmente

à luz, ao que parece, da teoria kelseniana de que a lei inconstitucional é uma “não lei”.

71. Ob. cit., p. 36.

72. O direito tributário não necessariamente deve inserir-se no plano constitucional. Todavia, o legislador brasileiro adotou essa técnica, preferindo lançar mão de um capítulo específico acerca das limitações ao poder de tributar.

73. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (...); III — cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

74. Torna-se insuscetível o exame, nesta sede, das exigências decorrentes do princípio de segurança jurídica em matéria tributária, matéria subsumível a estudo monográfico específico. Cabe, no entanto, observar, com Roque Antônio Carraza (*Curso...*, p. 232), que “o princípio da tipicidade contribui, pois, para a realização da segurança jurídica (...). Não basta isto, porém, para que a segurança jurídica do contribuinte esteja assegurada. É mister, ainda, que a lei que descreve a ação-tipo tributária valha para todos igualmente, isto é, seja aplicada a seus destinatários (...) de acordo com a isonomia. Só assim os contribuintes terão isonomia (art. 5.º, I, da CF) (...). O princípio constitucional de segurança jurídica exige, ainda, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, que, por isto mesmo, só podem surgir de lei, igual para todos (...). Assim, segurança jurídica acaba por desembocar no princípio da confiança na lei fiscal, que, como leciona Alberto Xavier, traduz-se praticamente na possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar os seus encargos tributários com base exclusivamente na lei (...). Não podemos deixar de mencionar, ao encerrarmos este capítulo, o princípio da boa-fé, que impera também no Direito Tributário. De fato, ele irradia efeitos tanto sobre o Fisco, quanto sobre o contribuinte, exigindo que ambos respeitem as conveniências e interesses do outro e não incorram em contradição com sua própria conduta, na qual confia a outra parte (...)”.

relevantes” e não apenas com relação ao “exercício financeiro”.<sup>75</sup> Discutia-se o caso de uma lei que, no último dia de determinado ano-base, extingüira um benefício fiscal relativo ao imposto de renda, para vigor no exercício seguinte. A Corte sensibilizou-se com a circunstância de os fatos-geradores relevantes já terem-se implementado, tendo-se cogitado, inclusive, da possibilidade de sua eventual cisão. Já em decisão de 3.12.92,<sup>76</sup> a figura similar, a que recorreu o mesmo Tribunal, foi a do “fato gerador complexo exaurido”, para evitar retroações semelhantes. De outra parte, no julgamento de um agravo, ocorrido em 8.8.92,<sup>77</sup> em que se combatia — segundo consta — o deferimento de liminar em virtude da qual teve entrada no país veículo sem o recolhimento de imposto de importação, o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região buscou fundamento no princípio da segurança jurídica para manter a decisão interlocutória recorrida. Nítido foi o objetivo dos Juízes: a proteção do tráfico jurídico, pois “na atual fase processual, proclamou a Juíza Lúcia Figueiredo, melhor será prestigiar-se o princípio da segurança jurídica, porque, se assim não for, o veículo importado poderá vir a ser apreendido”. Ficam claras pois as virtualidades da concreção e operacionalidade, nas questões jurídico-tributárias, que esse “topoi” exerce, ajustando-se conforme as necessidades do caso concreto, para permitir soluções superadoras da mera subsunção legal, sem, contudo, desprezá-la.

Assim também relativamente à lei penal: esta não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, inclusive em incidente de execução. Consagra-se, assim, a chamada ultratividade da lei penal, ou seja, a extratividade “in bonam partem” da “lex mitior”, e a irretroatividade genérica da “lex gravior”, complementada por institutos como o da “abolitio criminis”.

Nem sempre porém as questões apresentam-se com a simplicidade das regras supramencionadas e os Tribunais são levados a certas ponderações, em cujo pano de fundo está o princípio da segurança jurídica. Particularmente interessante é o caso de crime contra economia popular por violação de normas penais em branco relativas a tabelamentos. Em decisão de 18.11.52,<sup>78</sup> o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendeu que, modificado o tabelamento, o complemento normativo do tipo penal poderia retroagir, recorrendo à figura da “retroação imediata do novo tabelamento”. Aquele mesmo Tribunal, todavia, em decisão de 4.3.49,<sup>79</sup> decidira que “a revogação de tabela não beneficia os que a violarem ao tempo em que estava em vigor”. Ao que parece, uma ponderação mais efetiva dos valores envolvidos à base destas decisões poderia orientar melhor a solução do caso, com recurso direto à segurança jurídica: sob esse ângulo a razão estaria nitidamente com a última

75. Arg.Inc. na AMS 91.04.13395-1/RS, Pl., TRF, 4.ª, Rel. Juiz Ari Pargendler, RTRF, 4.ª 13/82.

76. AC 89.04.08630-2/RS, 2.ª T., TRF, 4.ª, Rel. Juiz Osvaldo Alvarez, RTRF, 4.ª 14/76.

77. AR 319098, 2.ª S., TRF, 3.ª, Rel. Juíza Lúcia Figueiredo, DOE. 3.5.93, p. 107.

78. Ap.Cr. 1.338, 2.ª C., TACivSP, Rel. Juiz Daniel Carneiro Sobrinho, RT 207/349.

79. Ap.Cr. 21.699, 3.ª C., TACivSP, Rel. Juiz Joaquim de Sylos Cintra, RT 179/71.

decisão, a qual poderia ser cientificamente comprovada e, não apenas, escolhida.

Os *princípios jurídicos de legislação* não se limitam, contudo, ao seu aspecto formal. O Texto Constitucional procede também à *conformidade material da legislação*, seja do ponto de vista da *certeza do direito*, seja do ponto de vista do *princípio da proteção da confiança*.

Realmente, a Constituição Federal previamente conforma o conteúdo básico da legislação ordinária. Trata-se, aqui, do problema da força normativa da Constituição; esta, ao mesmo tempo em que é fundamentada pelas realidades políticas e sociais, é também delas determinante, não sendo, pois, nem puro fato, nem pura norma. Há uma relação de coordenação, em que a pretensão de eficácia da Constituição mantém-se como elemento autônomo. Hoje, é cediço que mesmo as normas constitucionais meramente programáticas tem, quando menos, uma eficácia interpretativa. Não são meras promessas do legislador: são normas concretas e eficazes.

O reconhecimento de uma efetiva potência normativa das normas constitucionais,<sup>80</sup> inclusive daquelas que, até então, eram consideradas como meramente programáticas, conduz, de um lado, à necessidade de interpretar a legislação ordinária de acordo com a Constituição — e não o contrário — e, de outro, ao chamado controle de constitucionalidade com destaque à problemática da eficácia das decisões que acolhem arguições de tal ordem.

Com relação ao primeiro aspecto, não raro os Tribunais, na concreção de princípios constitucionais fundamentais, recorrem ao “topoi” da segurança jurídica. Caso paradigmático, pela repercussão prática que lhe foi emprestada, está no RE 118.344-6-RS, julgado pela 2.<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal, Rel. o Min. Marco Aurélio, de 24.8.93: a convenção condominial de determinado prédio exigia manifestação unânime dos condôminos para alteração de partes comuns. Para burlar o quorum qualificado, face à negativa de um deles, alterou-se a convenção — com quorum não qualificado — relativamente a esta parte, permitindo que a mudança fosse feita com a maioria então formada. Julgada improcedente em 1.<sup>a</sup> instância a causa — em que se pretendia reconhecer a nulidade deste ato assemblear —, confirmada perante o Tribunal Estadual, restou, em derradeiro, endossada pelo Superior Tribunal de Justiça (se bem, ao que parece, por motivos procedimentais). O Supremo Tribunal Federal, entretanto, foi buscar no princípio da segurança jurídica, de um lado, e, de outro, no direito de propriedade, os fundamentos para conhecer da “questio” diretamente a partir da Constituição Federal, modificando, assim, o julgamento. Com efeito, assim pronunciou-se o Min. Relator:

“A *segurança das relações jurídicas* restou infringida pela deliberação da maioria dos condôminos. Mudaram as regras adrede estabelecidas e o fizeram sem a observância da exigência estipulada — unanimidade, muito embora tergiversando via mudança do que inicialmente ajustado. Os recorrentes viram-se alcançados, *ferindo-se-lhes o direito de propriedade*, sendo de se presumir que, no tocante a cada qual, houve diminuição do patrimônio, pois antes contavam com a unidade autônoma e área comum

80. Cf. p. ex., Dieter Grimm, *La constitucion como fuente del derecho*; Georges Vedel, *La constitution comme base du système juridique*.

ampla, sendo que a construção das novas vagas de garagem, para utilização de terceiros, acabou por diminuir esta última”.

Se o controle de constitucionalidade difuso sindic a observância dos princípios jurídico-materiais da legislação, muitas vezes, porém, pode dar lugar, em seus efeitos, à violação do princípio ora analisado. Em razão disso, recorreu-se ao “topoi” em causa, para distender os efeitos — em geral “*ex tunc*” — da declaração, em controle concentrado, de inconstitucionalidade de uma lei. Como registra o Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva, em notável trabalho,<sup>81</sup> nas Cortes norte-americanas “tem sido sustentado que esta regra geral não é universalmente verdadeira ou nem sempre absolutamente verdadeira; que comporta muitas exceções; que é afetada por muitas considerações; que uma visão realista tem erodido essa doutrina; que tão amplo princípio deve ser entendido como temperamentos e que mesmo uma lei inconstitucional é um fato operativo, pelo menos antes da declaração de inconstitucionalidade e que deve ter conseqüências as quais não podem ser ignoradas”. Para Gilmar Ferreira Mendes, contudo, “essa formulação não logrou maior acolhida no STF, que continuou a afirmar a nulidade ‘*ex tunc*’ do ato inconstitucional”.<sup>82</sup>

Veja-se, entretanto, o que ocorreu na decisão do Supremo Tribunal Federal de 7.6.84. Funcionários públicos foram nomeados de conformidade a uma lei estadual para exercer funções próprias às de oficial de justiça, sendo que, mais tarde, fora a mesma declarada inconstitucional. Residualmente, a Corte foi levada a decidir, num caso concreto, a respeito da eficácia dos atos praticados pelo funcionário. Com recurso à idéia de funcionário de fato, o Tribunal entendeu por bem em relativizar a eficácia própria da declaração, entendendo “os atos dos funcionários de fato como válidos, atendendo às circunstâncias peculiares de cada caso”.<sup>83</sup>

Isto implica, basicamente, num outro princípio, decorrente do que estamos analisando: o *princípio da proteção da confiança*. Neste particular, importa-nos partir da construção feita pelos Tribunais Alemães, consoante ensinamento de Larenz. Explica-nos o e. jurista que o Tribunal Constitucional fez derivar do princípio mesmo do Estado de Direito o princípio da confiança do cidadão para com a lei. Este, o princípio da confiança, já era aplicado no direito contratual, a partir da figura da “culpa in contrahendo” que mais tarde também incorporou a proteção da confiança através do “*nemo venire contra factum proprium*”, que tem, nesse setor, notáveis desenvolvimentos. No caso do direito público e constitucional, significaria a proibição, de um lado, da retroatividade das leis em geral, a qual já examinamos, mas, sobretudo, na legitimidade e na proteção da expectativa jurídica de quem, agindo com base a uma tal legislação, vê-se colhido na supressão imprevisível e radical de algum instituto à base do qual se planejou. Os desenvolvimentos aqui poderiam levar inclusive à responsabilidade do estado por atos legislativos.

É claro que a Corte Constitucional da Alemanha deu conta da necessidade de renovação da legislação, restringindo a confiança passível

81. *Princípios da Legalidade da Administração...*, RDA 84/56.

82. *Controle...*, p. 279.

83. RE 78.594, 2.ª T., STF, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 7.6.74, RTJ 71/570.

de tutela jurídica. Nesse sentido, proclamou-se que “a proteção da confiança não pode ser tida em conta quando a confiança numa determinada situação jurídica não esteja objetivamente justificada. A confiança não é digna de proteção se o cidadão de acordo com a situação jurídica, no momento em que a lei relaciona a entrada em vigor da consequência jurídica, tinha de contar com esta regulação, se o direito até então vigente, é obscuro ou confuso, ou se a lei, até então aparentemente vigente, na qual o cidadão acreditava poder confiar, não era válida. O legislador tem que poder substituir uma disposição retroactiva nula por uma norma à qual não possam opôr-se objecções jurídicas. Finalmente, poderiam justificar uma disposição retroactiva razões de bem comum prementes e que estão supra-ordenadas ao imperativo da segurança jurídica”.<sup>84</sup>

Uma figura sobre a qual se debruçara a Supremo Tribunal Federal Alemão é a chamada retroatividade imprópria. Disse-se que “seria pensável existir lesão à proteção da confiança quando a lei efectua uma intromissão ablatória com a qual o cidadão não pode contar, quer dizer, que ele não podia ter em conta face às suas disposições. Nesses casos, continua, a confiança do cidadão na permanência da legislação revogada há de ponderar-se juntamente com a importância da preocupação do legislador com o bem público”.<sup>85</sup>

Na doutrina brasileira, notamos que principalmente os autores do direito tributário têm insistido nessa questão, falando-se do chamado *princípio da confiança nas leis tributárias*. Carraza explica que “o princípio constitucional da segurança jurídica exige, ainda, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, que, por isto mesmo, só podem surgir de lei, igual para todos, irretroativa (...) assim, a segurança jurídica acaba por desembocar no princípio da confiança na lei fiscal. Não poderíamos deixar de mencionar ... o princípio da boa-fé que impera também no direito tributário; ele irradia efeitos tanto sobre o Fisco quanto sobre o contribuinte, exigindo que ambos respeitem as conveniências e interesses do outro e não incorram em contradição com sua própria conduta — é a proibição do *nemo venire contra factum proprium*”. Tais considerações têm especial relevo no direito de planificação, pois, como se sabe, o estado fica vinculado aos seus planos econômicos, campo infelizmente pouco explorado entre nós.

Foi esse, contudo, o núcleo da unânime decisão do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, de 18.8.91.<sup>86</sup> A Corte se houve com a questão do malogro do “Plano Verão” e a conseqüente reintrodução de índices de correção do Imposto de Renda a pagar. Não se tratava, propriamente, de aumento, mas de mera correção. Em tese, havia condições de contornar o problema da irretroatividade tributária. Todavia, os Juízes entenderam que “o objetivo do chamado plano Verão, introduzido em nossa economia, foi zerar a inflação, daí a pertinência da estabilização do valor do tributo, no caso. Frustrado aquele *desideratum*, não será jurídico, entretanto, que se reintroduza índice posterior que vulnere aquelas garantias magnas” (referindo-se aos

84. Cf. Larenz, *Metodologia...*, p. 503 e ss.

85. Idem, p. 503 e ss.

86. AMS 209334/RJ, 3.<sup>a</sup> T., TRF, 2.<sup>a</sup>, Rel. Juiz Arnaldo Lima, DJU 13.8.91.

princípios da proteção do ato jurídico perfeito e da não retroatividade da lei fiscal). Explicitamente, o Tribunal Federal de Recursos, em decisão de 25.4.88<sup>87</sup> resumiu a “ratio” ora analisada, proclamando o Sr. Min. Hugo Machado, definitivamente, que *“o princípio da anterioridade preserva a segurança jurídica, evitando surpresas e assegurando, assim, condições para planejamento, não apenas econômico, mas também financeiro, das atividades do contribuinte”*. Com essa perspectiva, a fonte imediata para a integração, nos problemas jurídicos, do princípio da segurança jurídica estaria no princípio da anterioridade.

Do que se expôs, não resta dúvida que o princípio de segurança jurídica opera positivamente no direito constitucional e tributário. Percebe-se, igualmente, que a sua intervenção no plano da decisão jurídica é reclamada quando os institutos jurídicos orientados para uma solução justa — como sempre deve ser almejado — sofrem um desvio de finalidade, conduzindo a resultados indesejáveis. É o momento em que, na qualidade de “topoi”, o princípio — com a praticabilidade que lhe é inerente — comparece na decisão, alavancando soluções novas, que, superando a mera subsunção, não rompem, todavia, com o sistema jurídico, razão pela qual restam absoluta e perfeitamente sindicáveis do ponto de vista técnico-jurídico.

Outras províncias do direito público, contudo, são constantemente visitadas pelo princípio em estudo, como se vai examinar na seqüência.

## **B) No Direito Administrativo**

O estado constitucional ou de direito introduziu a idéia de que a administração deve estar sob o manto da legalidade, ou seja, que todo o ato administrativo deve ter uma base legal.<sup>88</sup>

Administração legal, neste sentido, significa a administração posta em movimento pela lei, nos limites da qual é exercida, inclusive no que diz respeito às relações que se estabelecem com os cidadãos, ou seja, entre os que detêm o poder e os que a ele estão submetidos.<sup>89</sup> “la loi et les

87 AMS 104337, 4.ª T., TFR, 1.ª., Rel. Min. Hugo Machado, RTFR 161/295.

88. Segundo Monica Madariaga Gutierrez (ob. cit., p. 18), o Estado de Direito é um pressuposto básico da segurança jurídico-administrativa. Com feito, “la seguridad administrativa sólo es posible en un Estado de Derecho”.

89. Deve ser ressaltado, sempre na perspectiva, aqui já tantas vezes encarecida, a respeito da concreção jurídica desses princípios, no que interessa ao labor do jurista. Veja-se, neste sentido, ementa de parecer de Seabra Fagundes, quando Consultor-Geral da República (RF, 517, 39):

“Código de Minas — Direito de Preferência à Autorização de Lavra — Princípio de Legalidade no Estado de Direito. I — No Estado de Direito, as pessoas jurídicas públicas se acham vinculadas à lei, como qualquer indivíduo, não lhes sendo lícito desconhecê-la, ou a ela subtrair-se em nome de quaisquer princípios. II — Sempre que inexistir preceito legal concedendo ao Estado posição privilegiada, é de tratá-lo em pé de igualdade com as demais pessoas jurídicas ou naturais. Os mesmos prazos, os mesmos ônus, as mesmas penas. III — Em nenhum passo do Código de Minas se vislumbra a possibilidade de reconhecer aos entes públicos, só porque o são, a faculdade de descumprir as normas legais, quanto a prazos, formalidades ou o que

actes qui y sont assimilables (...) *lient de la même façon autorités et citoyens*".<sup>90</sup>

Assim, toda a interferência na liberdade e na propriedade dos cidadãos não é lícita, senão em virtude de uma lei ou regulamento validamente baixado. É a chamada reserva da lei, de que nos fala Fritz Fleiner.<sup>91</sup> Este princípio, de certa forma, é revolucionário, pois sendo a lei expressão da vontade popular, a atitude do detentor do poder relativamente aos cidadãos deve ter à base a mesma vontade popular que, legitimamente, determinou a edição da lei.<sup>92</sup>

Notável aresto do Supremo Tribunal Federal, de 25.3.90,<sup>93</sup> para decidir a respeito de um ato demissório por parte do Presidente da República, incursionou a respeito. Segundo o Min. Celso de Mello, "*a Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do poder judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano da nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A Rule of Law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder (...)*". Como se percebe, a par de sua densidade cultural, o princípio tem servido à solução dos problemas jurídicos.

Decorrência imediata do estado de direito, o princípio da legalidade domina a atividade da administração pública, de modo que esta deve agir não apenas de acordo com a lei, mas segundo a lei.<sup>94</sup>

quer que seja. Eles são tratados em pé de igualdade com o indivíduo. Se faltam a obrigações impostas pela lei, sofrem os ônus disso decorrentes".

A despeito da tese af subjacente — já ultrapassada — verifica-se que o princípio, além de sua dignidade cultural, é dotado de elevado nível de concreção prática no encaminhamento dos problemas jurídicos, como no caso deste parecer.

90. Fritz Fleiner, *Les Principes généraux...*, p. 91.

91. Segundo o eminente jurista alemão (*Les principes généraux...*, p. 88), "toute intervention de l'autorité, c'est-à-dire, tout ordre ou défense qui restreint la liberté du citoyen ou lui impose en faveur de l'administration une limitation de supporter quelque chose ou de prester (...) doit être autorisée par la loi ou par une forme juridique dérivée d'elle ou admise par elle".

92. Celso Antônio Bandeira de Mello captou com nitidez o substrato político do princípio em causa: "...ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter o poder em concreto — o administrativo — a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social — garantir que a atuação do Executivo nada mais seja do que a concretização desta vontade geral" (Curso..., p. 48).

93. MS 20999, T. Pl., STF, 21.3.90, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 131(3)/1.101.

94. Essa noção, que predominou por longa data, deve ser acatada apenas provisoriamente, visto não abraçar a realidade que subjacente à legalidade. Com efeito, presente a idéia de ordenamento jurídico, a legalidade administrativa pode ser elevada

De início, verifica-se que o princípio em causa postula, pelo menos, uma relação entre dois termos ou objetos, pondo-se, preliminarmente, a questão de saber quais são esses termos e qual é a natureza da relação entre ambos estabelecida.

O primeiro termo relacionado não oferece maior dificuldade: trata-se dos chamados *atos administrativos*. O segundo termo, já que se está falando em legalidade, indubitavelmente, é a *lei*. É pois na natureza da relação entre esses dois termos que se vem colher a problemática suscitada pelo princípio de segurança jurídica.

Durante muito tempo, entendeu-se que a lei, como termo da legalidade, era exclusivamente a lei em sua expressão formal. Hoje, porém, há uma consciência por parte dos administrativistas e constitucionalistas em geral, no sentido de que o princípio da legalidade reclama a vinculação da administração à lei e ao direito como um todo, do que bem dá conta a Lei Fundamental Alemã. Laubadère, por exemplo, ao explicar o princípio da legalidade, relaciona-a com a adequação relativamente a leis constitucionais, ordinárias, regulamentos, tratados, usos e costumes, jurisprudência e princípios gerais do direito. Georges Vedel refere-se, a seu turno, à legalidade com referência a todo o direito vigente, à sua totalidade.<sup>95</sup>

Vemos, portanto, que numa concepção moderna ou funcional a legalidade não estaria restringida exclusivamente à lei, mas ao direito como um todo. E no que respeita mais especificamente a natureza da relação

a horizontes superiores, compreendendo-se então como conformidade não apenas à lei, mas à lei e ao direito, enfim, ao ordenamento jurídico como um todo. Como mais adiante será examinado, as conseqüências de ordem prática deste entendimento são relevantes.

95. Jorge Reis Novaes (*Contributo...*, p. 93 e ss.) sintetiza a evolução do princípio. Demonstra o jurista que “numa primeira fase do Estado Liberal de Direito, pode dizer-se que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de actuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes actividades do Estado (*Vorrang des Gesetzes*); ou seja, a supremacia da lei significava tão-só — no que se refere às suas relações com a Administração — que os actos de grau inferior não poderiam ser dirigidos *contra legem*. Dentro dos limites da lei a Administração movia-se ainda numa esfera considerada juridicamente irrelevante, e, logo, actuava livremente não necessitando de fundamento legal. Nesta fase, o princípio da legalidade — entendido como preferência ou prevalência da lei — postulava essencialmente a impossibilidade de conduta *contra legem* por parte da administração (...). Contudo, a consciência de que esta situação prolongava perigosamente, embora num contexto agora marcado pela abstenção do Estado, a distinção típica do Estado de Polícia entre matérias de direito e matéria de administração, apelava a uma extensão do entendimento do princípio da legalidade o que viria a concretizar-se no princípio da reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*). Não bastava já que os actos da administração não violassem a lei — e os direitos subjectivos que esta consagrava — mas exigia-se também que certos domínios — a liberdade e a propriedade individuais — só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei”. Deve-se porém avançar para reconhecer que, numa concepção atualizada, o princípio da legalidade há de entender-se como a conformidade da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, ou, para evitar retrocesso, como a proibição de que a administração, ao aplicar a lei, viole o ordenamento jurídico.

estabelecida entre o ato administrativo e o direito (ou somente à lei, como ainda entendem alguns autores)?

Ora, aqui, faz-se mister esclarecer, previamente, se se trata de uma relação de conformidade ou de compatibilidade. Na verdade, sabe-se que a administração, ao praticar um ato, deve tomar por base sempre um preceito legal. Todavia, tal não se dá à semelhança do que ocorre com o direito privado; não se trata, meramente, de fazer tudo aquilo que não está vedado, mas, ao contrário, fazer somente aquilo que está determinado na lei. Isto posto, o “silêncio eloqüente da norma”, a que se refere Larenz,<sup>96</sup> ou a área do denominado “*lícito jurídico*”, não tem, aqui, o mesmo sentido. No plano do direito administrativo, não se cogita de uma relação de mera compatibilidade, mas de conformidade, sendo necessário, portanto, que exista um modelo regulamentado, como condição necessária para cada ato a praticar: a relação de conformidade é sempre positiva e implica compatibilidade, ao passo que esta última é negativa, não implicando, necessariamente, a conformidade.

Como se afirmou, porém, a legalidade se apresenta, hodiernamente, enquanto *conformidade ao direito*. Em decisão de 1991,<sup>97</sup> a 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do RS pôs a questão de saber se a legalidade impediria o lançamento de correção monetária sobre vencimentos de servidores à falta de lei específica. Na ponderação de interesses que se fez, o Des. Talai Djalma Selistre considerou que “o princípio da legalidade, norteador dos atos da administração pública, deve ceder ante situações que, não reconhecidas, provocariam flagrante injustiça, envolvendo os interesses de subsistência do funcionário”, a partir do que a Corte, unanimemente, superou uma aplicação cega do princípio de legalidade: nítida evidência da perspectiva superior do princípio da legalidade, sendo de lamentar, contudo, que a decisão não tenha buscado esse fundamento, com o que perderia a aparência de ser uma decisão arbitrária.

De qualquer modo, a vinculação da administração pública à legalidade constitui-se num fator de extrema segurança jurídica para os indivíduos, num dos sentidos dantes expostos.<sup>98</sup>

96. “Mas existe também um silêncio eloqüente da lei”, ensina Karl Larenz (*Metodologia...*, p. 448). “A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual) não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício (...). A nova criação ou reintrodução deste instituto na nossa ordem jurídica pela via do desenvolvimento judicial do Direito não teria sido admissível porque a lei, precisamente neste aspecto, não continha lacunas. Por outro lado, existem casos para os quais a lei contém, por certo, uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal e aos quais, contudo, esta regra não se ajusta segundo o seu sentido e escopo. A regra legal carece aqui de uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível cuja ausência pode igualmente considerar-se uma lacuna. *Lacuna e silêncio da lei não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo*”.

97. AC 590088688, 2.ª C., TJRS, 1991, Rel. Des. Talai Djalma Selistre, Jurisprudência TJRS, C. Cíveis, v. 2, t. 4, p. 11.

98. Cf. Monica Madariaga Gutierrez (*Derecho administrativo...*, p. 10), “la seguridad jurídica no es sino, entonces, el reflejo del Ordenamiento Positivo en las

Assentado então que a administração é dominada pelo princípio da legalidade, põe-se-nos, à partida, o problema da existência de atos que apresentem defeitos formais ou materiais, a ensejar o exercício, por parte da administração, de sua inerente faculdade de revogar ou anular o ato em tela.

Aqui, deve-se ter extremo cuidado, porquanto a utilização da dogmática privatística poderia conduzir a resultados desastrosos. Com efeito, visto que a administração deve andar nos trilhos daquela legalidade há pouco referida, é mister que se lhe assegure o poder anulatório dos atos que estiverem eivados de ilegalidade e revocatório daqueles que desatenderem à conveniência da administração.

Realmente, a atividade administrativa, no dizer eterno de Rui Cirne Lima, é a “atividade de quem não é senhor”;<sup>99</sup> assim é pois com a administração estatal, que deve atender primordialmente à utilidade pública, respeitando, ao mesmo tempo, a lei: a primeira observação socorre-se da *revogação do ato administrativo*, ou seja, da constante verificação, por parte da administração pública, de estar ou não o ato jungido à sua utilidade e finalidade públicas. Por isso mesmo, o Poder Judiciário não pode revogar um ato da administração; só a ela compete fazê-lo, cabendo, no entanto, lembrar a observação de Fritz Fleiner<sup>100</sup> que, invocando decisões de tribunais administrativos alemães, demonstra que, mesmo na seara da atuação discricionária, por exemplo, a alteração arbitrária da prática administrativa, há de prevalecer a igualdade ou isonomia, razão pela qual não será de todo descabida a sindicabilidade judicial a partir das figuras técnicas enucleadas em torno do chamado “desvio de poder”.

situaciones individuales, el conocimiento de que ese Sistema obliga por igual a todos los súbditos, que obliga también el Estado — Estado de Derecho — y que es válido en cuanto es Derecho Positivo vigente. Es la seguridad, por tanto, de ‘quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado o permitido por el Poder Público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno’.

99. “A palavra administração, nos quadros do direito privado, designa geralmente a atividade de quem não é proprietário, do que não é senhor absoluto (...). Exprime-se, nestes passos, pela palavra administração, conceito antagônico ao de propriedade. Propriedade *lato sensu*, pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade, à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir” (*Princípios...*, p. 23).

100. Veja-se, a propósito, um dos notáveis exemplos da jurisprudência arrolada pelo administrativista: “CJA, badoise, III, n. 339, TAS prussien, 18 mai 1909 (t. 51, 262. sq.): ‘la police peut donner à son gré aux usagers des rivages de la mer des ordres sur l’établissement des rotondes de plan. Si elle use de cette faculté, elle ne peut pas ordonner à un possesseur d’une rotonde de plage en particulier de retire chaque fois sa rotonde de plage après usage alors qu’elle permet à tous les autres, conformément à l’usage local, de laisser la leur sur le rivage, même en dehors du temps où ils s’en servent. Ce serait de l’arbitraire, qui n’est jamais permis à la police’. L’autorité municipale ne doit pas non plus, lorsqu’elle édicte un statu local, se rendre coupable d’un traitement inégal des habitants de la comune. D’après un arrêt du TAS, prussien du 3 novembre 1897 (t. 32, 122), il n’est pas licite d’imposer l’obligation de contribuer

Praticado um ato administrativo, entretanto, pode sobrevir, igualmente, o fato de a administração verificar posteriormente a eiva da nulidade absoluta ou relativa, decorrentes de um vício ou defeito nele encontrado: para tanto intervém a figura do chamado *anulamento*, que representa um ato de autotutela jurídica, restaurando o “status quo ante” da ordem jurídico-administrativa agredida e violada.

É verdade que vigora o princípio da vedação da justiça de mão própria.<sup>101</sup> Todavia, no caso da administração pública se está, em realidade, na presença da chamada autotutela administrativa, a qual traduz, exatamente, o dever de a administração pública rever e anular os atos inquinados de ilegalidade.<sup>102</sup>

Sendo certo que existe a autotutela administrativa, cabe, agora, indagar sobre ser ela um *poder* ou um *dever*. No que tange ao *ato revocatório*, parece não existir dúvidas, pelo menos em princípio, de que se trata de um *poder*, no sentido de que é uma decisão de caráter opcional a revogação um ato administrativo. Tangente ao *anulamento*, existem basicamente duas correntes a respeito, expressas pelas *teorias da faculdade e do dever*. Entretanto, identifica-se claramente nos administrativistas uma tendência a relativizar, igualmente, o anulamento ou não do ato, porquanto poderiam existir razões suplementares a determinar sua manutenção, embora inquinado, em função dos prejuízos que dele poderiam advir.

Ora, bem se vê a complexidade do problema: assim como a legalidade representava expressão da segurança jurídica, poderá o princípio da segurança jurídica exigir que se mantenham atos que tenham desrespeitado, justamente, ao princípio da legalidade? A questão, naturalmente, exige uma ponderação de valores, que deverá ser feita com recurso à concreção dogmática dos princípios.<sup>103</sup>

de contribuer à l'entretien d'une installation, s'étendant à l'ensemble du territoire de la ville, ne aux propriétaires, de tous les terrains situés sur ce territoire qui en tirent avantage, mais seulement aux propriétaires de terrains situés dans certaines parties de la ville. 'La jurisprudence de droit public du Tribunal fédéral suisse (Verw. Arch., 31, 231) offre au juriste sur le recours pour violation de l'égalité de droit commise par application arbitraire d'une loi une mine d'exemples. Cf. Fleiner, 287; l'arrêt du 18 mai 1923 (49, 1, 293)) rapporté par Leibholz: *dérogatio arbitraire, sans motifs suffisants, à la pratique administrative antérieure, en constitue un exemple*" (ob. cit., pp. 92-3). Como se vê, a jurisprudência comentada pelo tratadista já apontava na direção de uma *legalidade mais compendiosa*, com a integração, inclusive, da vedação de “venire contra factum proprium” no seio do direito público.

101. No âmbito privado em geral, constitui-se semelhante atividade em crime: exercício arbitrário das próprias razões. De fato, o estado, num dado momento histórico, substituiu a ação pela “ação”.

102. Este o teor da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de n. 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

103. Weida Zancaner, *Da convalidação...*, p. 60, bem apreendeu essa realidade, ao afirmar que “o princípio da legalidade, fundamento do dever de invalidar, obriga a Administração Pública a fulminar seus atos viciados não passíveis de convalidação. Só que a invalidação não pode ser efetuada sempre e indistintamente, com referência a todas as relações válidas não convalidáveis que se apresentem ao administrador, em razão das barreiras ao dever de invalidar. *Os limites ao dever de invalidar surgem do*

Com efeito, considerável parcela dos tratadistas, pátrios e alienígenas, explicam que tanto a providência do anulamento e da revogação têm caráter discricionário. Guido Zanobini<sup>104</sup> sustenta que “ambas as providências têm um caráter discricionário: a discricionariedade é mais evidente e tem também maior extensão, no caso de revogação, dados os motivos de conveniência administrativa, em que deve se inspirar; mas não falta tampouco no anulamento, que, apesar de só poder ser pronunciado no tocante a leis, com efeito, consideram sempre o anulamento *ex officio*, como uma faculdade da administração; isto significa que esta, mesmo reconhecendo a ilegitimidade de um ato próprio, pode abster-se de anulá-lo, por motivos de equidade ou de conveniência, e especialmente para não perturbar as relações complexas porventura constituídas em torno dele”.

Partilha desse entendimento Seabra Fagundes,<sup>105</sup> segundo o qual, “do mesmo modo, é possível abster-se a autoridade de usar a faculdade de anulação, se bem que, quanto a esta, seja difícil admitir um interesse público, capaz de sobrepujar eventualmente o consistente no restabelecimento da ordem legal ferida e haja a possibilidade de obter-se em juízo o decreto de nulidade”. E no Controle Jurisdicional dos atos administrativos amplia as hipóteses em que o Estado “encarnando interesses impessoais e tendo por objetivo a realização do bem público, abdique da faculdade de promover a decretação da nulidade, tendo em vista o interesse geral amparado na subsistência do ato defeituoso”.

Dessa orientação não distoa Miguel Reale,<sup>106</sup> para o qual a administração pública tem o poder-dever de invalidar seus atos viciados, por entender que, quando a nulidade não decorrer de ato doloso, nem causar dano ao erário público ou afetar direitos ou interesses legítimos dos administrados, não está obrigada a autoridade competente, por falta de disposição legal expressa, a decretar a invalidação do ato viciado.

*próprio sistema jurídico positivo, pois como todos sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação*”. E continua a jurista a ponderar os princípios envolvidos: “claro está que o princípio da legalidade é basilar para a atuação administrativa, mas como e disse, encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios que devem ser respeitados, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, ou, por serem protetores do comum dos cidadãos, como, por exemplo, a boa-fé, princípio que também visa protegê-los quando de suas relações com o Estado. Assim, em nome da segurança jurídica, simetricamente ao que referimos quanto à convalidação, o decurso de tempo pode ser por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis (...). Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados”. A propósito, recentíssimo precedente, julgado em 7.3.94, 1.ª T. do Superior Tribunal de Justiça, Rel. o Sr. Min. Humberto Gomes de Barros, no RMS 1.694-8-RS, integrou a aplicação do princípio da boa-fé nos contratos administrativos (Rev. Sup. Trib. Just., 60/178).

104. *Apud* Weida Zancaner, *Da convalidação...*, p. 46.

105. *Idem*, p. 46.

106. Cf. Miguel Reale, *Revogação...*, pp. 61-6.

Weida Zancaner, sustenta, contudo, inexistir poder discricionário no respeitante à invalidação dos atos administrativos eivados de ilegalidade. Esse pensamento, paradoxalmente, não conduz ao necessário anulamento: existiria um vero dever de convalidação, uma vez que “o princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido”. A solução, no caso, seria o “suprimento da invalidade com efeitos retroativos”.<sup>107</sup> Em suma: “ou a Administração Pública está obrigada a invalidar ou, quando possível a convalidação do ato, esta será obrigatória”. A construção, embora especiosa, não resiste às hipóteses de fato que logo mais serão analisadas.

Assente, destarte, que podem ocorrer hipóteses em que, embora detectada a causa legal do anulamento, deixe este de ser pronunciado pela administração, verifica-se que a legalidade não é pois absoluta e se deixa afastar por necessidades de segurança jurídica. Com efeito, vê-se que, num estado de direito, a crença cega e ingênua na pura legalidade não seria possível. Existem, realmente, razões de ordem pública que, tutelando bens jurídicos de maior ou igual relevância, impedem essa decretação.<sup>108</sup>

Algumas circunstâncias poderão destarte impedir o anulamento: a convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; ou a perda, para a administração, do benefício da declaração. Esta última hipótese é a mais problemática.

Aqui, invoca-se, comumente, o chamado princípio da confiança, que pode ser considerado como uma das concreções possíveis do princípio da segurança jurídica, como já demonstrado. A respeito, Marcia Bellini Freitas afirma que “se o estado de direito clássico cuidava de prescrever o anulamento dos atos administrativos ilegais, o Estado social de direito a seu turno cuida de instituir as exceções que tornem razoável a aplicação da norma legal”, pois, como também ensina Forsthoff, é preciso proteger a confiança do interessado nas atitudes administrativas.<sup>109</sup>

Poderá ocorrer, assim, que de um ato administrativo eivado de nulidade, possam derivar direitos subjetivos para os administrados, os quais não são passíveis de simples desconstituição unilateral por parte da administração; essa doutrina, nascida na jurisprudência dos Conselhos de Estado de França, teve por paradigma o “*Affaire Cachet*”, em que se admitiu, como princípio, que um ato nulo não produz efeitos, reconhecendo-se, entretanto, que o decurso de certo tempo criaria uma confiança legítima no espírito dos particulares, transformando uma situação de fato em situação jurídica, verdadeiro direito subjetivo. No caso, não se estaria prestigiando os efeitos do ato por menosprezo à lei, mas sim pelo valor que teriam as circunstâncias de fato dele originadas, sem dolo e de boa-fé. Não se poderia, em casos

107. Weida Zancaner, *Da convalidação...* p. 56.

108. Daí falar Walter Campaz (*Revogação...*, p. 73) de “limites à revogabilidade” do ato administrativo, reconhecendo, entretanto, à tendência da matéria a uma diluição, pois “tais posições, inobstantes corretas, no que diz respeito às conclusões, mergulham numa casuística inconveniente”. Entretanto, como se pretende demonstrar neste trabalho, há já devidamente uniformizadas algumas categorias básicas a impedir a providência do anulamento.

109. “*O princípio da confiança no direito público*”, RJ, 168/28.

tais, impedir a administração pública de convalidar ou prestigiar uma situação de fato cuja permanência lhe parecesse justa, sob pena de deturpar-se o substrato mesmo da própria legalidade.

De outra parte, se assinala, normalmente, que a fluência de um longo período de tempo pode acarretar a perda, por parte da administração, da faculdade de anular o ato. Seria o caso, por exemplo, de se verificar tardiamente (quando já em pleno gozo de aposentadoria o servidor) um vício formal no seu processo de investidura. Seria desaconselhável desconstituir a plêiade de efeitos já gozados e ainda em curso. Diante da forte aparência de legalidade, já não se permitiria investir contra as situações assim constituídas.<sup>110</sup>

As controvérsias, porém, começam já no estabelecer do prazo, a partir do qual a situação de fato haveria de se consolidar. Miguel Reale, a propósito, entende que, no silêncio da lei, deveria ser um “*prazo razoável*”, analisado no caso concreto, cláusula geral essa que pouco ajuda. Já Hely L. Meirelles acena com a *prescrição prevista na lei civil para a anulação judicial* ou previsão específica na lei, havendo ainda quem recorra ao antigo *Código de Contabilidade Pública* (Decreto Legislativo 4.536, de 28.1.22). Lúcia Valle Figueiredo sugere aplicação do *prazo de cinco anos previsto no Decr. 20.910/32 — Prescrição Quinquenal*,<sup>111</sup> havendo quem sustente o recurso à *Lei da Ação Popular*, também quinquenal. No paradigma francês, *Affaire Cachet*, aludiu-se ao *prazo ordinariamente previsto para a interposição de recurso*, hipótese não transplantável ao direito positivo brasileiro, por óbvias razões. Mencionem-se, ainda, autores que *negam a existência de qualquer prazo*.<sup>112</sup>

A instabilidade doutrinária a respeito do prazo reflete-se imediatamente na jurisprudência que não se deixou uniformizar ainda de todo. Nota-se, contudo, que o recurso à segurança jurídica produz, pelo menos, cautelas adicionais no rigoroso anulamento, via da legalidade, por parte da administração pública. Tem-se a impressão de predominar a cláusula de Reale — “prazo razoável”. Em decisão de 27.1.93,<sup>113</sup> o Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região houve-se com o cancelamento de benefício previdenciário, à conta de fraude, concedido já havia cinco anos. O e. Juiz Vladimir Passos de Freitas teve de recorrer expressamente ao princípio de segurança jurídica para rechaçar a aplicação do princípio da legalidade: “*não pode o INSS, passados cinco anos da concessão do benefício de aposentadoria, proceder à revisão e suspendê-lo, pois tal providência é vedada pelo art. 214 da CLPS/72 (...) e atenta contra o princípio da segurança jurídica, que deve prevalecer nas relações entre o poder público e o particular*”. Em situação exteriormente diversa, na decisão de 19.4.91<sup>114</sup> o Tribunal Regional Federal

110. Essa orientação, forçoso reconhecer, nada tem de pacífico. Veja-se, por exemplo, parecer publicado em RDA, 101/323, cuja ementa categoricamente assertou: “Não há prazo para a administração anular os atos administrativos contra a lei”.

111. Curso..., p. 148.

112. Cf. Walter Campaz, *Da revogação...*, p. 66.

113. AC 415508, 1.<sup>a</sup> T., 27.1.3, TRF, 4.<sup>a</sup>, Rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, RTRF, 12/126.

114. AMS 502524, 2.<sup>a</sup> T., 19.4.91, TRF, 5.<sup>a</sup>, Rel. Juiz Petrócio Ferreira, DJU 19.4.91, p. 8.032.

da 5.<sup>a</sup> Região preferiu, por força do princípio em questão, decidir judicialmente controvérsia já dirimida no âmbito administrativo, pois, segundo o Juiz Petrócio Ferreira, “*independentemente de já se encontrar julgado na área administrativa o recurso falado na inicial, o que autorizaria ter-se por prejudicada a apelação, dela se conhece para maior segurança da ordem jurídica*”. Como se vê, de um lado, o princípio foi invocado para, de certa forma, suavizar a aplicação imediata do princípio da legalidade; de outra parte, para reforçá-lo. Isso não significa contradição; muito ao contrário, o sentido, nos dois casos, foi idêntico. O princípio se reconduziu a mesma vertente diante de hipóteses fáticas aparentemente antitéticas: a segurança do tráfego jurídico, demonstrando o sentido superior do princípio da legalidade.

Cumpra, obviamente, indagar a *fonte da legitimação jurídica para que o aplicador possa, pelo menos aparentemente, transigir com a legalidade: é isto o que mais interessa*. Talvez o mais importante fundamento resida na presunção de legalidade que caracteriza o ato administrativo, com os efeitos auto-executórios dele dimanados. Os atos administrativos, como se sabe, nascem com a presunção de serem válidos e legítimos, isto porque as atividades céleres que da administração pública são exigidas não poderiam ficar à espera de uma confirmação pelo poder judiciário. Ao contrário, a presunção de legitimidade autoriza a sua imediata execução ou operatividade, pelo que seus efeitos de imediato se constituem e efetivam.<sup>115</sup> Em função da possibilidade de que um ato presumida ou aparentemente válido — mas não juridicamente — venha a criar efeitos significativos, deverão estes, apesar de ilegais, ser preservados o quanto possível, ocasião em que, efetivamente, se recorrerá ao princípio de segurança jurídica — em suas mais diversas possibilidades de concreção — para acobertar situações e efeitos. Não fosse assim, a auto-executoriedade dos atos administrativos estaria ameaçada e, daí para diante, inviabilizada a própria função administrativa.

A jurisprudência brasileira, inclusive a do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça, na concreção outorgada ao princípio de segurança jurídica, têm ora impedido o desfazimento de situações de fato já consolidadas, ora decidido à base de uma ponderação mais imediata do próprio princípio, sem a mediação de estruturas adicionais, como a que acaba de ser citada.

Em decisão de 30.8.91, a 2.<sup>a</sup> Turma do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pioneiramente, analisou se a hipótese legislada por Medida Provisória subsumia-se aos requisitos constitucionais de urgência e relevância, recorrendo aos princípios de “estabilidade das relações jurídicas” e ao “princípio-vetor da segurança, ínsitos ao Estado de Direito”. O Juiz Guerrieri Rezende, contrariando a posição predominante no assunto, ressaltou que “*é correto que assim seja, não só por causa do princípio da estabilidade das*

115. Bandeira De Mello, *Curso...*, p. 194, explica que “os atos administrativos possuem atributos típicos, inexistentes nos atos de direito privado”. A seguir explica que por presunção de legitimidade deve-se entender a “qualidade que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade”.

*relações jurídicas, como também em razão do princípio vetor da segurança, insito ao Estado de Direito*".<sup>116</sup>

Já em decisão de 21.10.80, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo voto do Juiz Assis Moura, desta vez com a mediação da figura técnica do direito adquirido e da situação de fato consolidada, impediu que a lei nova vetasse a um Juiz o exercício de mais de um cargo de magistério, o que de há muito era feito pelo interessado. O Tribunal, embora vinculado, tecnicamente, à figura do direito adquirido e à consolidação de certo estado, que restou protegido, decidiu à base da segurança jurídica.<sup>117</sup>

Invocação confessada à última figura tem, todavia, granjeado a franca acolhida dos Tribunais Superiores. Em 29.5.72, a 2.<sup>a</sup> Turma do STF, pela voz do Min. Thompson Flores, após ampla coleta de precedentes, acentuou que "*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se tem mostrado sensível aos efeitos produzidos pelo julgado, à sombra dos quais se constituem condições que o direito não pode desconhecer*".<sup>118</sup> Com efeito, o interessado houvera, por força de liminar posteriormente cassada ("ex tunc"), colado grau. O Tribunal pendeu para a preservação dos efeitos criados, apesar de, ao mesmo tempo, endossar a tese do aresto recorrido, paradoxalmente afirmando que o impetrante não tinha direito.

Da mesma forma, em decisão de 26.5.93, a 1.<sup>a</sup> Turma do STJ, relator o Sr. Min. Demócrito Reinaldo, invocou expressamente o princípio do "respeito à segurança das relações jurídicas", com a mediação da referida situação de fato consolidada. Na ocasião, a Corte nitidamente lançou mão do princípio como verdadeiro "*topoi*": "não como regra geral, mas em circunstâncias especiais e em respeito à segurança jurídica das relações jurídicas, a jurisprudência predominante desta e. Corte, em casos semelhantes, tem admitido preservar a situação já consolidada e irreversível sem que dela resulte prejuízo a terceiros".<sup>119</sup>

Versando sobre matéria especificamente administrativa, o Superior Tribunal de Justiça compendia dois casos paradigmáticos. Em decisão de 7.5.90,<sup>120</sup> a Corte entendeu ser vedado à administração anular concurso em virtude do qual já estavam inclusive empossados determinados funcionários. Imperioso seria, antes, instituir-se o "*due process of law*". A "*ratio decidendi*" contida no Voto do Sr. Min. Pedro Acioli foi a de que "não se nega à administração o poder revisional de seus atos, todavia tal poder deve restringir-se ao universo de não ferimento dos direitos a outros concedidos, pelo próprio ato revisando". No outro caso, de 5.12.90<sup>121</sup> ficou assentado que "sem observância ao devido processo legal, não poderiam os impetrantes, nomeados e empossados e em pleno estágio probatório, ser exonerados dos respectivos cargos, via de decreto governamental consistente na anulação do concurso".

116. AI 313.896-8/00, 7.<sup>a</sup> C., j. 30.8.91, TACivSP, RT 673/127.

117. Ap. C. 1.172-1, 1.<sup>a</sup> C., j. 21.10.80, TJSP, Rev. Dir. Civ. Imob., Agr. e Empr., 53/54.

118. RE 73.381, 2.<sup>a</sup> T., j. 29.4.72, STF, RDA. 114/288.

119. REsp. 34.548-4-RS., 1.<sup>a</sup> T., 26.4.93, STJ, RSTJ, 50/363.

120. RMS 53-MA, 1.<sup>a</sup> T., 7.5.90, STJ, RSTJ 36/165.

121. RMS 214-MA, 2.<sup>a</sup> T., 5.12.90, STJ, RSTJ 19/245.

Essa mesma hipótese, contudo, em decisão de 1987,<sup>122</sup> recebeu tratamento exatamente contrário pelo Tribunal de Justiça do RS, rejeitando o raciocínio jurídico dantes esposado. A Corte entendeu que, declarada inconstitucional uma determinada norma reguladora de um concurso público, nem por isso se consolidaria uma situação de fato. O Des. Elmyr Manssour assertou que “declarada inconstitucional a Emenda 17/80, não pode favorecer ao impetrante. Inexistência de situação dita consolidada, de modo a determinar a inconveniência, por lesão ao princípio da segurança jurídica, da modificação do *status quo*”.

Como se vê, o jurista tem recursos técnicos suficientemente cristalizados para evitar que um apego excessivo à noção de legalidade faça consagrar injustiças não queridas pelo ordenamento jurídico, em especial no direito administrativo, em que pese uma certa tendência à diluição casuística. A realidade, demonstrada com os casos arrolados, é que a legalidade há de ser ponderada com o princípio da segurança jurídica, pois, como afirma, enfim, Lúcia Valle Figueiredo, “por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos com boa-fé. Diante das situações fáticas constituídas, rever tais promoções (hipótese considerada) seria aritar com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos, sobre princípio, como diz Norberto Bobbio (...)”.<sup>123</sup> O conflito que se apresentar, destarte, será sempre aparente: a legalidade, à base, visa a consagrar a segurança do administrado, não o contrário; por isso mesmo, há de ser relacionada ao princípio de segurança jurídica, atendendo à finalidade para a qual foi politicamente idealizada.

#### 4. Conclusões

Como se pôde observar, a segurança jurídica é, antes de tudo, um valor subjacente a toda e qualquer compreensão de direito. Com efeito, a idéia fundamental que preside às instituições jurídicas, desde o seu dealbar, radica na necessidade de prever-se a qualificação histórica das condutas sociais possíveis. Trata-se, aqui, de um valor primário, pertencente ao amplo contexto do mundo ético que introduz o postulado do *historicismo dos fatos e atos humanos*...

Deixa-se porém esse valor — assim como tantos outros ínsitos na idéia mesma de direito — decompor-se em um princípio jurídico, servindo, pois, à praticabilidade exigida pelos casos concretos que, ao jurista, constantemente se apresentam e, nessa categoria, dogmatiza-se — no dizer de Esser, enquanto verdadeiro “*caminho de tornar questões de justiça, nos seus diversos âmbitos, juridicamente operacionais*”.<sup>124</sup>

Como se disse, o direito, como um todo, parte, à base, do valor segurança (jurídica, por isso mesmo), o que não é porém suficiente. O valor

122. AC 583031638, T. Pl., 1987, TJRS, Jurisprudência TJRS, C. Cíveis, 1987, v. 1, t. 1, pp. 186-192.

123. Ob. cit., p. 151.

124. Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 30.

tem pouca praticabilidade para o jurista. Daí sua conversão em princípios, dotados de natureza normativa. Ocorre que certos institutos, muito embora erigidos em fator de proteção do indivíduo, podem eventualmente conduzir, em sua aplicação, a resultados indesejáveis, sob o ponto de vista material. Nessas circunstâncias — não apenas nelas, mas nelas sobretudo — isto é, nos momentos de tensão entre a justiça material exigida pelo caso concreto e a aplicação do direito positivo que, aparentemente, nele é incidente — devem ser chamados a intervir os princípios jurídicos. É neste preciso momento que o valor se deixa transplantar para o princípio: e nessa passagem, ganha-se em praticabilidade e concretibilidade.<sup>125</sup>

Sem dúvida, um tal nível de raciocínio e aplicação do direito pressupõem, pelo menos, uma concepção de sistema móvel do ordenamento jurídico, com todas virtualidades jurídicas que lhe são inerentes, o que vai reclamar, de outro lado, um elevado grau de cultura jurídica da comunidade analisada, pois importa romper com um sistema subsuntivo, cujo principal efeito foi, em verdade, a desresponsabilização, no sentido político, dos juristas.<sup>126</sup> Nem por isso, se consegue eliminar a tendência inevitável à diluição casuística, que, aliás, assombrou constantemente esse trabalho. Continua plena de razão a advertência de J. J. Gomes Canotilho de que “não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico”.<sup>127</sup>

Legitimada que seja, entretanto, a utilização dos princípios jurídicos no plano das fontes — que nada tem com desrespeito ou menosprezo à lei — e, partindo-se da pesquisa jurisprudencial, torna-se possível deduzir o princípio da segurança jurídica em quatro “*topois*”<sup>128</sup> fundamentais (*segurança no tráfego jurídico, segurança jurídica propriamente dita, certeza do direito em sentido estrito e princípio do estado de direito*), cada qual com uma função juridicamente reconhecida no contexto dos problemas jurídicos, habilitando e legitimando novas decisões, perfeitamente sindicáveis, que, no plano da lógica do razoável, traduzem, em última análise, os anseios de justiça.<sup>129</sup>

Os “*topois*” referidos, ao quais foram conduzidos o princípio da segurança jurídica neste trabalho, têm operado praticamente em todas as

125. V. n. 46, supra.

126. Sobre esse aspecto, Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 16.

127. Cf. ob. cit., p. 384.

128. A função do “*topoi*”, segundo Theodor Viehweg (*Tópica e Giurisprudenza*, p. 38) consiste justamente “nel fatto di servire alla discussione di problemi (...). Nel variare delle situazioni e dei singoli casi dovrebbero trovarsi poi, sempre di nuovo, nuove indicazioni per fare dei tentativi di risolvere il problema. I indicazioni per fare dei tentativi di risolvere il problema, I *topoi*, intervenendo in ausilio, ricevono a loro volta il proprio senso dal problema. Rimane loro sempre essenziale il fatto che esse ricevono un ordine con riferimento al problema (...)”.

129. Explicitamente — o que é raro — confessou essa realidade o Min. Marco Aurélio, em recente julgamento: “Ofício judicante — Postura do Magistrado — Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”. (RE 140.265-SP, Rel. Sr. Min. Marco Aurélio, j. 20.10.92, RTJ 148/550.)

províncias jurídicas. Mas é no direito público, especialmente no tributário, administrativo e constitucional, que suas virtualidades mostram-se não só mais amplas como, sobretudo, necessárias, propiciando, assim, criativas soluções do ponto de vista material, com o afastamento de situações injustas que, perante o sistema, não mais se legitimariam.

Vê-se, portanto, que o princípio de segurança jurídica, antes de opor-se ao valor justiça — como levemente se tem afirmado — é já, ele próprio, uma forma prática de justiça. Com efeito, seria absolutamente incompatível uma modalidade de segurança totalmente divorciada das aspirações de uma ordem justa, pena de converter-se, ela mesma, na própria insegurança, não querida nem desejada pelo ordenamento. Da mesma forma, um princípio de legalidade que conduzisse à insegurança jurídica, implicaria de tal forma na negação de seu substrato histórico e filosófico, que restaria descaracterizado enquanto tal.

O direito público, neste sentido, mostra-se sujeito às normas de sobredireito, assim considerados os princípios jurídicos. O princípio da legalidade intersecciona-se com o da segurança jurídica na necessária ponderação de valores, evitando enfim, como bem adverte o lúcido jurista e professor Almiro do Couto e Silva, que injustiças sejam feitas em nome da legalidade.<sup>130</sup>

Tudo o mais depende, principalmente, da apreensão do jurista. Com efeito, não basta que a doutrina e a teoria geral do direito desenvolvam os instrumentos para a obtenção de soluções juridicamente desejáveis. A Ciência do Direito, nota Menezes Cordeiro,<sup>131</sup> “tem consciência das insuficiências da dogmática clássica”. É preciso reconhecer, pois, o Direito “como modo de solucionar casos concretos”, e, a partir daí, reforçar o acervo cultural dos aplicadores das normas. Nesse acervo, o princípio da segurança jurídica deve ter o seu espaço reservado, para que também o direito público seja entendido sistematicamente e, daí para frente — retiradas todas as possibilidades jurídicas deste entendimento — fazer, legítima e fundamentadamente, a justiça material desejável nas relações de subordinação, o que, infelizmente, não tem, até o presente momento, ocorrido com a Administração Pública brasileira.

## Bibliografia

### I — OBRAS JURÍDICAS E ARTIGOS DE DOCTRINA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*, S. Paulo, Atlas, 1991.

AMARO, Abel Simão. *Isonção fiscal e direito adquirido*, Revista de Direito Civil, 45/189.

ANDRADE, José Robin de. *A revogação dos actos administrativos*, Coimbra Editora, Lisboa, 2.ª ed., 1985.

130. Ob. cit., p. 61.

131. Ob. cit., p. 36.

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, Del Rey, Belo Horizonte, 1992.
- ARECO, Juan Segundo. *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, Guillermo Kraft, B. Aires, 1948.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*, Forense Universitária, Rio, 6.ª ed., 1993.
- ASOREY, Rubén. *Seguridad jurídica y derecho tributario*, Revista de Direito Tributário, 52/27.
- ATALIBA, Geraldo. *Eficácia do ato administrativo; publicação*, Revista de Direito Público, 99/14.
- BARROS JR., Carlos S. de. *Teoria dos atos administrativos*, Revista de Direito Administrativo, 106/1.
- BASTOS, Celso Ribeiro et al. *Comentários à Constituição do Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 2.º v., 1989.
- BERGEL, Jean-Louis. *Méthodes du droit; theorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989.
- BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho publico*, B. Aires, Depalma, 4.º v., 1962.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Campus, Rio, 1992.
- . *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, Campus, Rio, 1992.
- . *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, Polis/UNB, 1993.
- . *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli Editore, 1958.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*, Brasília, UNB, 1978.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, Coimbra, Coimbra, 3.ª ed., 1951.
- CALDERON, Juan A. *Curso de derecho constitucional*, Guillermo Kraft, B. Aires, 1943.
- CAMPAZ, Walter. *Revogação dos Atos Administrativos*, S. Paulo, RT, 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 5.ª ed., 1992.
- CARLINI, Haydée Antunes. *Invalidez dos atos administrativos*, Revista de Direito Público, 34/24.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, S. Paulo, RT, 3.ª ed., 1991.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, S. Paulo, Freitas Bastos, 3.ª ed., 1955.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, S. Paulo, RT, 1964.
- CICHOCKI NETO, José. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido em matéria de processo*, Revista de Direito Civil, 50/174.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, S. Paulo, RT, 6.ª ed., 1987.
- COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, S. Paulo, RT, 2.ª ed., 1982.
- CONSO, Giovanni. *La certezza del diritto: ieri, oggi, domani*, Rivista di Diritto Processuale, XXV/547.
- COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*, Guillermo Kraft, B. Aires, 1964.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, S. Paulo, Forense Universitária, 1.v., 1989.

- COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*, Revista de Direito Público, 84/46.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, S. Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Direito adquirido e ordem pública: a tópica no direito intertemporal*, Revista de Direito Civil, 54/230.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*, S. Paulo, Saraiva, 1960.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, S. Paulo, RT, 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, S. Paulo, Atlas, 3.ª ed., 1992.
- DÍAZ, Vicente O. *La seguridad jurídica en los procesos tributarios*, B. Aires, Depalma, 1994.
- DISTEL, Michel. *Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne*, Revue Internationale de Droit Comparé, 104/41.
- DUEZ et BEBEYRE. *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge, USA, 1986.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Princípio da legalidade no estado de direito*, Forense, 517/39.
- . *Revogação de licença para construção; direito a indenização*, Revista de Direito Público, 16/99.
- . *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Rio, Forense, 1968.
- FALLA, Fernando Garrido. *Regime de impugnacion de los actos administrativos*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Politicos, 1956.
- FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica; crise do direito e praxis política*, Rio, Forense, 1984.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*, Revista de Direito Tributário, 17-8/51.
- . *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, S. Paulo, Atlas, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado de direito, o judiciário e a nova Constituição*, Revista de Direito Administrativo, 160/63.
- FERREIRA, Sérgio de Andréia. *Lições de direito administrativo*, Rio, Rio, 1972.
- FLEINER, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1958.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*, Curitiba, Ed. Genesis, 1993.
- . *Curso de direito administrativo*, S. Paulo, Saraiva, 1979.
- FREITAS, Márcia Bellini. *O princípio da confiança no direito público*, Revista Jurídica, 168/28.
- GLANZ, Semy. *Aparência e o direito*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, 24/72.
- GOODNOW, Frank. *The principles of the administrative law of the USA*, G.P. Putnam's Sons, New York, 1905.

- GUTIERREZ, Monica Madariaga. *Derecho administrativo y seguridad jurídica*, Ed. Jurídica de Chile, 1965.
- HAURIUO, André. *Derecho constitucional y instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, s/d.
- HELLER, Hermann. *Teoria del estado*, México, Fondo de Cultura Economica, s/d.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, SAFE, 1991.
- IZAGA, P. Luis. *Elementos de derecho político*, Barcelona, Bosch, 1.ª ed., 2.ª ed., s/d.
- KELLER, Mauro de Medeiros. *Pontes de Miranda e os fundamentos do princípio da irretroatividade das leis*, Revista de Direito Civil, 50/66.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LATORRE, Angel. *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, s/d.
- MARTINS, Anna Maria. *Irretroatividade das leis no direito público*, Revista de Direito Civil, 53/185.
- MAYER, Otto. *Développement historique du droit administratif*, Paris, Dalloz, s/d.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Do ato administrativo e suas características*, Revista de Direito Público, 51/24.
- . *Curso de direito administrativo*, S. Paulo, Malheiros, 5.ª ed., 1994.
- . *Discricionariedade e controle judicial*, S. Paulo, Malheiros, 2.ª ed., 1993.
- MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio, Forense, 1979.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, Rio, Forense, 1987.
- MIRANDA, Jorge Reis. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Ed., 1988.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1984.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*, Coimbra, Almedina, 1987.
- OÑATE, Flávio Lopez. *La certeza del derecho*, B. Aires, Ed. Jurídicas Europa-américa, 1953.
- PIN, P. de La Tour du. *L'ordre social; idée de droit et règle de droit*. in *Traité de Science Politique*, Paris, Dalloz, 1949.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição do ato administrativo*, Rio, Forense, 1968.
- REAL, Alberto Ramón. *Os princípios gerais de direito no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo, 133/327.
- RÊGO, Antônio Carlos Amaral Leão Gérson Ferreira do. *A aplicabilidade da teoria da aparência nos negócios jurídicos*, RT, 618/30.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da aparência*, Ajuris, 24/22.
- RODRIGUES, José Martins. *Autorização orçamentária para a cobrança*, Revista de Direito Administrativo, 32/464.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, S. Paulo, RT, 1977.
- SICHES, Luis Recasens. *Vida humana, sociedad y derecho*, Mexico, Fondo de Cultura Economica, 1949.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, S. Paulo, RT, 1990.
- TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil; conceito e remédios*, Revista de Direito Administrativo, 30/1.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna; assolutismo e codificazione del diritto*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1989.
- TUSSHNET, Mark V. *Following the rules laid down: critique of interpretativism and neutral principles*, Harvard Law Review, 96/781.
- VASCONCELOS, Wilson Accioli de. *O controle da legalidade da administração pelo poder legislativo?* Revista de Direito Administrativo, 86/362.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica e Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 1962.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, S. Paulo, Malheiros, 1993.

## II — PRECEDENTES CITADOS

1. Arg. Inc. na AMS 910413395-1/RS, Pleno, TRF, 4.ª Reg., Rel. Juiz Ari Pargendler, RTRF, 4.ª 13/82.
2. Ap. C 890408630-2/RS, 2.ª T., TRF, 4.ª Reg., Rel. Juiz Osvaldo Alvarez, RTRF, 4.ª 14/76.
3. AgReg 319.098, 2.ª Seq., TRF, 3.ª Reg., Rel. Juíza Lúcia Figueiredo, DOE, 3.5.93, p. 107.
4. Ap. Cr. 1.338, 2.ª C., TACrimSP, Rel. Juiz Daniel Carneiro Sobrinho, RT 207/349.
5. Ap. Cr. 21.699, 3.ª C., TACrimSP, Rel. Juiz Joaquim Sylos Cintra, RT 179/71.
6. RE 118.344-RS, 2.ª T., STF, Rel. Min. Marco Aurélio, RJTJRS 165/21.
7. RE 78.594, 2.ª T., STF, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 71/570.
8. AMS 209.334-RJ, 3.ª T., TRF, 2.ª Reg., Rel. Juiz Arnaldo Lima, DJU. 13.8.91.
9. AMS 104.337, 4.ª T., TFR, 1.ª Reg., Rel. Min. Hugo Machado, RTFR 161/295.
10. MS 20.999, Tribunal Pleno, STF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ. 131(3)/1.101.
11. Ap. C 590088688, 2.ª C., TJRS, Rel. Des. Talai Djalma Selistre, JTJRS/Terminal, CC, v. 2, t. 4, p. 11.
12. RMS 1.694-8-RS, 1.ª T., STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ 60/178.
13. Ap. C 415.508, 1.ª T., TRF, 4.ª Reg., Rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, RTRF 12/126.
14. AMS 502.524, 2.ª T., TRF, 5.ª Reg., Rel. Juiz Petrócio Ferreira, DJU 19.4.91, p. 8.032.
15. Ag. I 313.896-9/00, 7.ª C., TACivSP, RT, 673/127.
16. Ap. C 1.172-1, 1.ª C., TJSP, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 53/54.
17. RE 73.381, 2.ª T., STF, RDA 114/288.
18. REsp 34.548-4/RS, 1.ª T., STJ, RSTJ 50/363.
19. RMS 53/MA, 1.ª T., STJ, Rel. Min. Pedro Accioli, RSTJ 36/165.
20. RMS 214/MA, 2.ª T., STJ, Rel. Min. Pedro Accioli, RSTJ 19/245.
21. AC 583031638, Tribunal Pleno, TJRS, Rel. Des. Elmyr Manssour, JTJRS/Terminal, C. Cíveis, 1987, v. 1, t. 1, p. 186.
22. RE 140.265-SP, 2.ª T., STF, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 148(2)/550.