



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A PROIBIÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM
PROPRIUM* NAS RELAÇÕES JURÍDICO
ADMINISTRATIVAS: UM MECANISMO DE
PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CIDADÃO
DIANTE DOS ATOS DO ESTADO**

por

CAIO WATKINS

ORIENTADOR: ANDRÉ HERMANNY TOSTES

2011.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**A PROIBIÇÃO AO *VENIRE CONTRA
FACTUM PROPRIUM* NAS RELAÇÕES
JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS:
UM MECANISMO DE PROTEÇÃO
DA CONFIANÇA DO CIDADÃO
DIANTE DOS ATOS DO ESTADO**

por

CAIO WATKINS

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: André Hermann Tostes

2011.2

“As palavras hão-de ser como estrelas”
Pe. Antônio Vieira

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicação do instituto do “*nemo potest venire contra factum proprium*” (proibição ao comportamento contraditório) às relações jurídico-administrativas, como forma de tutela da confiança legítima do cidadão. O estudo será desenvolvido a partir do exame dos novos paradigmas estabelecidos pelo Direito Administrativo contemporâneo, decorrentes da nova ordem constitucional e da afirmação do cidadão como foco principal da atividade do Estado, passando-se à análise dos fundamentos jurídicos do princípio da confiança legítima e de sua proteção através da vedação ao comportamento incoerente. Serão abordados os pressupostos específicos para a incidência da proibição ao comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública e suas consequências, bem como a materialização do instituto em hipóteses concretas apreciadas por Tribunais nacionais e estrangeiros.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da proteção da confiança legítima; segurança jurídica; boa-fé objetiva; Estado Democrático de Direito; proibição ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*); Administração Pública; legalidade; juridicidade; autotutela administrativa.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 - INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 - O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E A SUPERAÇÃO DE ANTIGOS PARADIGMAS..... | 10 |
| 2.1 - A evolução do Direito Administrativo com a nova ordem constitucional | 10 |
| 2.2 - A substituição do princípio da legalidade por um ideal de juridicidade | 11 |
| 2.3 - Sindicabilidade do mérito administrativo | 13 |
| 2.4 - O fim da supremacia, <i>a priori</i> e absoluta, do interesse público sobre o interesse privado | 16 |
| 2.5 - O cidadão como principal foco da atividade administrativa | 20 |
| 3 - O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA | 22 |
| 3.1 - Origem e fundamentos | 22 |
| 3.2 - Função jurídica | 28 |
| 4 - A TUTELA DA CONFIANÇA LEGÍTIMA ATRAVÉS DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> | 35 |
| 4.1 - Dogmática do <i>venire contra factum proprium</i> e os pressupostos de sua aplicação | 40 |
| 4.1.1 - O <i>factum proprium</i> | 40 |
| 4.1.2 - A confiança legítima | 42 |
| 4.1.3 - A contradição ao <i>factum proprium</i> | 43 |
| 4.1.4 - Dano efetivo ou potencial | 45 |
| 4.1.5 - A questão da identidade de sujeitos | 45 |
| 4.2 - Figuras afins ao <i>venire contra factum proprium</i> | 47 |
| 4.2.1 - <i>Tu quoque</i> | 47 |
| 4.2.2 - <i>Supressio</i> e <i>surrectio</i> | 49 |
| 4.3 - Decorrências da proibição ao <i>venire contra factum proprium</i> | 52 |
| 5 - ESPECIFICIDADES INERENTES À APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO AO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> ÀS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS | 54 |
| 5.1 – Perfil dos atos administrativos despertadores de confiança | 55 |
| 5.2 – A presunção de legitimidade dos atos estatais | 58 |
| 5.3 – A autotutela administrativa | 59 |

| | |
|---|------------|
| 5.3.1 – O poder de anular os atos ilegais e a ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança legítima | 62 |
| 5.3.2 – O poder de revogar atos inconvenientes ou inoportunos | 67 |
| 5.4 – A Teoria do Fato Consumado | 70 |
| 5.5 – A confiança legítima e os atos normativos | 73 |
| 5.6 – A confiança legítima e os atos complexos: a questão das aposentadorias tardiamente apreciadas pelos tribunais de contas | 76 |
| 5.7 – A contradição na Administração Pública Pulicêntrica | 82 |
| 5.8 – Consequências da aplicação do <i>venire contra factum proprium</i> no Direito Administrativo e formas de se proteger a confiança do cidadão | 84 |
| 6 - MANIFESTAÇÕES CONCRETAS DA TUTELA DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DO CIDADÃO EM FACE À CONTRADIÇÃO DO COMPORTAMENTO ESTATAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL | 91 |
| 7 - CONCLUSÃO | 100 |
| BIBLIOGRAFIA | 102 |

ABREVIATURAS

| | |
|-------------|--|
| ADCT | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias |
| AgRg | Agravo Regimental |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil |
| DJ | Diário de Justiça |
| MS | Mandado de Segurança |
| REsp | Recurso Especial |
| RExt | Recurso Extraordinário |
| RMS | Recurso Ordinário em Mandado de Segurança |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TCU | Tribunal de Contas da União |
| TJMG | Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais |
| TJRJ | Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro |
| TRF | Tribunal Regional Federal |

1. INTRODUÇÃO

A confiança é, antes de tudo, condição básica para a vida em sociedade, podendo ser concebida como o “cimento das civilizações”¹. Sua ausência tornaria o futuro extremamente incerto e inseguro, impossibilitando o planejamento dos homens, e dificultando a cooperação e o desenvolvimento da sociedade como um todo².

Com relação, especificamente, à confiança depositada nos atos do Estado, a matéria adquire contornos especiais. É conhecida a história de um estudante que perguntou a Confúcio o que tornaria uma organização política excelente. Após detidamente refletir sobre a indagação, o filósofo respondeu que a excelência adviria de um exercido competente, das riquezas dos cidadãos e da confiança que o povo deposita em seu soberano. Não satisfeito, o estudante questionou a que seria possível renunciar caso nem tudo pudesse ser alcançado, tendo Confúcio respondido que a confiança era a única coisa que não poderia ser abandonada, pois um Estado não viveria um dia sem ela³.

Mais do que uma fonte de legitimidade da atividade governamental, a confiança dos administrados é indispensável ao alcance da principal finalidade do Estado, qual seja, garantir o bem comum, proporcionando aos seus cidadãos todas as condições de vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana⁴⁻⁵. A respeito dos objetivos do Estado

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense 2001, p. 81.

² No mesmo sentido, Francis Fukuyama afirma que o nível de confiança inerente a uma sociedade é fator altamente relevante para o desenvolvimento econômico e social. (FUKUYAMA, Francis. *Trust: the social virtues and the creation of prosperity*. New York: Free Press, 1996, *apud* SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar 2007, p. 93).

³ SCHOTTLAENDER, Rudolf, *Theorie des Vertrauens*. Berlim: Walter de Gruyter, 1957, pp. 31/32, *apud* ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus 2009, p. 1.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª edição, São Paulo: Saraiva 2007, p. 108.

⁵ “Com efeito, a personalidade humana, considerada em seus aspectos existenciais, protegidos, em larga medida, no catálogo dos direitos fundamentais, mas também nas leis infraconstitucionais, é o bem jurídico fundamental por excelência. Proporcionar as condições para o seu desenvolvimento livre na vida comunitária é também dever de atuação do Poder Público;” (MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos: a segurança como crédito de confiança*. Disponível em internet: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo14.pdf>>, acesso em 16.08.2011, p. 114)

brasileiro, após o advento da Constituição da República de 1988, é oportuna a lição de José Afonso da Silva, que dá o devido destaque à proteção da dignidade da pessoa humana:

“A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado Brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado Brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar a prática da dignidade da pessoa humana.”⁶

Dentre os fatores que favorecem o desenvolvimento da personalidade humana, destacam-se os ideais de previsibilidade e de coerência de comportamentos, especialmente por parte do Estado. Canotilho explica que *“o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”⁷*. Sendo assim, como afirma Valter Shuenquener de Araújo, *“os cidadãos não devem ser submetidos a constantes modificações do comportamento estatal, as quais não puderam considerar em seus planos originais”⁸*.

De fato, as condutas estatais, comissivas ou omissivas, despertam em diversos particulares expectativas, que, quando legítimas, precisam ser tuteladas pelo Direito. Como consequência dessa proteção, o Estado terá sua margem de discricionariedade reduzida, na medida em que, via de regra, não poderá atuar contrariamente à confiança dos cidadãos. Ainda que as ações inicialmente praticadas pelo Estado apresentem vícios de legalidade, ou se tornem, posteriormente, inconvenientes ou inoportunas, será possível invocar o princípio da proteção da confiança legítima para impedir que o Poder Público se dirija contra tais atos, anulando ou revogando-os.

A proteção da confiança, contudo, não pode servir de fundamento para resguardar o cidadão de toda e qualquer alteração em sua esfera jurídica, e tampouco deve representar um

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição, São Paulo: Malheiros 2008, p. 105/106.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina: 2000, p. 256.

⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 8.

engessamento do agir do Estado⁹. A dinamicidade característica das relações sociais contemporâneas, não se pode negar, apresenta reflexos no Direito, nas políticas públicas e na atuação da Administração. Além disso, o próprio regime político adotado pelo Brasil, marcado pela eleição periódica dos governantes, favorece a mudança e a contradição com atos anteriores, o que potencialmente poderá violar a confiança legítima de particulares.

Nesse contexto, verifica-se a existência de um grande, porém tormentoso, espaço para a incidência da proibição ao comportamento contraditório (*"nemo potest venire contra factum proprium"*) no âmbito das relações jurídico-administrativas, a qual é destinada a caracterizar como abusiva determinadas atuações estatais que violam expectativas legítimas.

Esse cenário motivou a realização do presente estudo, no qual serão analisados alguns aspectos do direito administrativo contemporâneo, a origem e os fundamentos do princípio da proteção da confiança e a sua materialização através da proibição ao *venire contra factum proprium*.

⁹ Patrícia Baptista chega à mesma conclusão ao confrontar a confiança e os atos normativos expedidos pelo Estado: "O princípio da proteção da confiança legítima, portanto, não oferece, nem poderia oferecer, uma garantia genérica de estabilidade do ordenamento" (BAPTISTA, Patrícia. *A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade da norma*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na internet: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 12.07.2011, p. 3).

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E A SUPERAÇÃO DE ANTIGOS PARADIGMAS

Antes de iniciarmos o estudo específico do princípio da proteção da confiança legítima e sua concretização através da proibição ao comportamento contraditório, é necessário, para sua melhor compreensão, tecer alguns comentários acerca do atual panorama do Direito Administrativo, que somente após passar por um processo de constitucionalização teve condições de superar algumas premissas clássicas que regiam a atividade estatal e inviabilizavam a tutela efetiva da confiança dos cidadãos.

2.1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo contemporâneo, verificado no Brasil após o advento da Carta Magna de 1988, impôs uma série de mudanças na forma de se compreender o ordenamento jurídico. A Constituição, como lei fundamental e ápice do sistema normativo, passou a regular uma maior gama de assuntos, que vão desde a organização do Estado à previsão de garantias individuais, comandos de natureza prestacional e direitos sociais, sempre tendo como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana. Os diversos princípios constitucionais adquiriram força normativa e autoaplicabilidade, podendo ser invocados mesmo na ausência de regulamentação infraconstitucional. As disposições constitucionais se irradiaram para todo o ordenamento jurídico, influenciando diretamente os mais variados “ramos do direito”, que tiveram que ser relidos sob as lentes da Constituição. O Direito Administrativo, evidentemente, não poderia ficar alheio a esse processo de constitucionalização.

A nova interpretação dada ao Direito Administrativo, à luz dos princípios constitucionais, representou importante ruptura com algumas antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica¹⁰, impregnadas de formulações mais comprometidas com a preservação da

¹⁰ Também ressaltando o papel dos princípios constitucionais como propulsores de sérias mudanças no direito administrativo, Luís Roberto Barroso: “*mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi*

autoridade da Administração Pública do que com a realização plena do Estado Democrático de Direito¹¹.

Assim, foram postos em xeque clássicos paradigmas do Direito Administrativo, em especial (i) a vinculação da atividade administrativa à lei; (ii) a supremacia, *a priori* e absoluta, do interesse público; e (iii) a intangibilidade do mérito dos atos administrativos discricionários. Atualmente, a melhor doutrina tem sustentado que: (i) a Constituição, e não mais a lei, representa o ponto capital da vinculação administrativa, de modo que a vinculação se daria à juridicidade e não meramente à legalidade; (ii) a definição do conceito de interesse público, e de sua apregoada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro e livre arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; e (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de liberdade de escolha do administrador, transformando-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de juridicidade da decisão administrativa¹².

2.2. A SUBSTITUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE POR UM IDEAL DE JURIDICIDADE

Pelo princípio da legalidade, *“toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”*¹³. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que o

a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 06.08.2011, p. 29)

¹¹ FACCI, Lucio Picanço, *A proibição ao comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*, in Revista Forense, vol. 411, p. 169

¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. São Paulo: Renovar 2006, p. 25.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris 2010, p. 21.

princípio da legalidade, para a Administração Pública, traz consequências inversas da legalidade que rege as relações privadas, eis que *“no Direito Privado, prevalece o princípio da liberdade, que confere aos indivíduos a autonomia da vontade, atuando a lei como limite da ação, no Direito Público, ao revés, não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando a lei como seu único e próprio fundamento da ação”*¹⁴.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, marcada pela propagação das normas constitucionais a todo o sistema jurídico, a atividade administrativa deixou de ficar vinculada única e exclusivamente à lei, mas, primeira e fundamentalmente, à própria Constituição, onde estão inseridos os principais valores e ideais do Estado Democrático de Direito. A esse fenômeno deu-se o nome de juridicidade¹⁵.

A Constituição passa a ser diretamente aplicável à Administração Pública, podendo ser invocada independentemente da regulamentação infraconstitucional, servindo como um parâmetro imediato e superior para a tomada de decisões pelo administrador. É dizer que a atividade administrativa deixa de ser puramente legal, tornando-se, antes de tudo, constitucional.

Não se afasta totalmente a vinculação à lei. Ao contrário, ela continuará a pautar o agir do administrador público sempre que estiver em conformidade com a Constituição. O que a juridicidade tem o condão de afetar é a atuação do administrador nas hipóteses em que não há lei específica regulamentando o caso, ou, quando ela existe, sua aplicação possa contrariar preceitos constitucionais. Nestes casos, o administrador deverá ajustar e fundamentar suas decisões diretamente na Constituição, a fim de assegurar os valores essenciais do ordenamento jurídico. Sobre o tema, elucidativa é a lição de Gustavo Binenbojm:

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 80.

¹⁵ *“Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuta-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação ‘a Constituição e à lei, nessa ordem.’”* (BARROSO, Luís Roberto. ARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376/377).

“A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro na ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).”¹⁶

A juridicidade, como nova forma de compreensão do princípio da legalidade, terá grande importância para o estudo da proteção da confiança legítima. Isso porque não é raro que a aplicação cega de uma lei a determinadas situações concretas possa trazer consequências que se revelem inadmissíveis diante do princípio da confiança, que, assim como o da legalidade, apresenta fundamento constitucional. Nesse caso, a partir do ideal da juridicidade, o administrador deverá ponderar os princípios constitucionais conflitantes – legalidade e confiança –, podendo adotar outra postura que não o obtuso cumprimento da lei, que se revele mais adequada para melhor concretizar os valores constitucionais no caso específico.

2.3. SINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

A lei é incapaz de prever de modo exaustivo todos os casos em que o administrador público será chamado a atuar, razão pela qual ela lhe concede, em certos casos, liberdade para valorar seu agir de acordo com os seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Trata-se do chamado “poder discricionário”, definido como *“a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre as várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”*¹⁷.

Ao contrário dos atos vinculados, nos quais a lei estabelece de forma prévia e completa os requisitos e condições para a sua prática, os atos discricionários são aqueles em que *“o mérito administrativo consubstancia-se (...) na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas*

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 38.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 54.

*pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar*¹⁸.

Sob esse juízo de conveniência e oportunidade, aberto pela lei ao administrador público, o Judiciário não poderia, como regra, intervir, sob pena de usurpar a separação funcional de poderes, invadindo indevidamente as atribuições do Poder Executivo. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, *“em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação”*¹⁹.

Ocorre, porém, que com o desenvolvimento da noção de juridicidade, a administração passou a ficar vinculada diretamente à Constituição, e não mais apenas à lei. Por conseguinte, não se pode mais falar, ao menos tecnicamente, numa autêntica e bem definida dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários, pois o que existe, na realidade, são diferentes graus de vinculação à juridicidade²⁰.

O controle judicial, a seu turno, torna-se admissível mesmo quando o administrador disponha de uma autonomia maior para agir – leia-se: quando o seu grau de vinculação à juridicidade for menor –, devendo ser realizado a partir de critérios como o da razoabilidade e a proporcionalidade do ato. Tal controle deverá seguir uma ordem de intensidades, estabelecida através de parâmetros como o potencial de restrição a direitos fundamentais, a objetividade do

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 138.

¹⁹ Ibid., p. 138.

²⁰ Um esboço desse raciocínio já podia ser encontrado na clássica obra de Marcello Caetano, o qual defendia a ausência de discricionariedade, suscitando que haveria diferentes graus de vinculação à vontade do ordenamento. Confira-se: *“A discricionariedade de certos poderes conferidos por lei aos órgãos da Administração traduz o reconhecimento pelo legislador da impossibilidade de prever na norma toda a riqueza e variedade das circunstâncias em que o órgão pode ser chamado a intervir e as soluções mais convenientes consoante os casos. O legislador deixa, pois, em maior ou menor grau, a quem tiver de aplicar a lei liberdade para encontrar a melhor solução para o caso concreto, considerando legal essa solução desde que preencha o fim de interesse público que se pretende realizar. A lei confiou no órgão, admitindo como expressão correcta da vontade legal qualquer solução dada no caso concreto desde que vise ao fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência. O fim do acto é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui uma vinculação: discricionário significa “livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim visado por lei”. (...). Como ficou dito, não há actos discricionários. Em qualquer acto administrativo, se projectam poderes vinculados a par do exercício, em maior ou menor grau, de discricionariedade”* (CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina 1996, p. 121, 122, 129 e 131).

preceito normativo, tecnicidade e carga política da matéria, e participação social na tomada da decisão. Com base nesse raciocínio, podemos afirmar que:

“I) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau de controle judicial.(...).

II) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau de controle judicial. (...).

III) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...).

IV) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. (...).

V) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”²¹

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade adquirem fundamental relevo na averiguação das hipóteses em que o Judiciário deverá intervir nos atos praticados pela Administração. De acordo com tais princípios, os atos administrativos devem ser adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, devendo ser invalidados quando *“a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superarem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito)”²².*

Essas diretrizes serão importantes para o exame da sindicabilidade dos atos administrativos com potencial de violação do princípio da confiança legítima. Isso porque tal princípio, como será demonstrado ao longo deste trabalho, apresenta contornos de direito fundamental no Estado Democrático de Direito, de modo que os atos que possam ofendê-lo estão submetidos a um controle judicial mais intenso.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 235/236.

²² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 306.

2.4. O FIM DA SUPREMACIA, A *PRIORI* E ABSOLUTA, DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional costumam extrair implicitamente da Constituição o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que justificaria as prerrogativas da Administração Pública, legitimaria a restrição de direitos individuais e representaria a direção finalística da atividade administrativa.

De antemão, adverte-se que não há um consenso quanto à definição do que seja interesse público. Como lembra Odete Medauar, *“mesmo sem exaurir todos os modos de definir interesse público, logo se conclui no sentido da impossibilidade de chegar a uma definição jurídica precisa; tal noção não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível”*²³. Não obstante, tomaremos por base o célebre e amplamente difundido conceito proposto por Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo o qual haveria um interesse público primário, pertinente à sociedade como um todo, e um interesse público secundário, que atina tão-somente ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, sendo que apenas em relação àquele é que se pode falar em supremacia²⁴. Portanto, o interesse público que deveria, em todos os casos, prevalecer, seria o interesse comum a todos os indivíduos, como grupo social, ou seja, o interesse da coletividade (interesse público primário).

Objetivando desestabilizar tal princípio, para evitar seu emprego como óbice à tutela da confiança dos cidadãos, podemos levantar argumentos de três ordens: sendo a promoção da dignidade da pessoa humana o principal fundamento do Estado Democrático de Direito, (i) é incompatível extrair implicitamente do texto constitucional um princípio que, de forma absoluta e antecipada, despreze um interesse individual; (ii) a proteção de interesses privados também consistiria em uma finalidade pública a ser perseguida pela Administração, de modo que interesses privados e públicos, em regra, seriam indissociáveis; e (iii) a vastidão de princípios constitucionais incidentes às diversas relações jurídicas faz com que o Estado tenha, necessariamente, que

²³ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1992, p. 179.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros 1993, p. 46.

ponderá-los diante do caso concreto, não se podendo estabelecer, aprioristicamente, a superioridade de um em relação ao outro.

Com efeito, faltam fundamentos jurídicos para se retirar da Constituição o princípio da supremacia do interesse público. Isso porque a Constituição de 1988 assegura, de forma rica e enérgica, os direitos e garantias individuais, sendo totalmente voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento individual – fazendo jus, portanto, ao apelido que lhe foi dado de “Constituição Cidadã”. Desse modo, interpretando-se o texto constitucional de forma sistemática e teleológica, tem-se que o interesse individual jamais pode ser desconsiderado previamente, ainda que confrontado com um interesse coletivo. A correta interpretação, na realidade, indicaria em uma direção completamente oposta, no sentido de que se um interesse tivesse que prevalecer antecipadamente, este seria o individual. Nessa linha, defende Humberto Ávila:

“a Constituição Brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (art. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (art. 5 a 17) e das normas-princípios gerais (p. ex. art. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de preferência seria em favor dos interesses privados em vez dos públicos. A Constituição brasileira institui normas-princípios fundamentais, também partindo da dignidade da pessoa humana: direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos, o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público; etc. A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição Cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal.”²⁵

Seguindo o raciocínio de que a dignidade da pessoa humana é o fundamento capital do Estado, o qual seria um mero instrumento para a ascensão de seus indivíduos, temos que os interesses privados também devem ser considerados para a formação do denominado “interesse público”. Ora, se a proteção de direitos individuais é um fim do Estado, como também o é a tutela dos interesses coletivos, a correta compreensão do que seria “interesse público” não pode deixar de levar em conta aspectos tanto particulares quanto coletivos, e deve ser feita sempre diante de

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 06.09.2011, p. 11.

um caso concreto. Os interesses particulares, portanto, integram o conceito de interesse público, em uma relação, ao menos em princípio, de indissolubilidade.

Por fim, devemos ressaltar que o atual sistema normativo é repleto de princípios que, consoante tradicional doutrina, consistem em mandados de otimização, devendo ser efetivados na maior medida do possível. Ao contrário do conflito entre regras, que é resolvido na dinâmica do “tudo ou nada”²⁶, quando dois princípios entram em rota de colisão, deve o intérprete realizar um juízo de ponderação para aferir, no caso concreto, qual deve ser aplicado em maior intensidade²⁷. O papel de destaque ocupado pelos princípios constitucionais no ordenamento jurídico fez, portanto, com que a ponderação se tornasse essencial à interpretação e aplicação do Direito, podendo ser considerada até mesmo um princípio formal da hermenêutica na contemporaneidade.

Por sua vez, a Administração Pública, que tem por ofício fazer incidir o Direito a hipóteses concretas, precisará, inevitavelmente, valer-se da técnica da ponderação. Podemos afirmar que, atualmente, é atribuída à Administração uma nova função, qual seja, a de ponderar princípios e interesses em confronto, buscando compatibilizá-los proporcionalmente, observando as peculiaridades de cada caso, sem poder sacrificar, *a priori*, nenhum deles²⁸. Como consequência, torna-se inconcebível a existência de um princípio que estabeleça a supremacia do interesse

²⁶ “As regras são aplicadas, geralmente, como observou Dworkin, dentro de um esquema de “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, se a regra é válida, ao incidir sobre os pressupostos de fato nela previstos, desde logo se produz a consequência jurídica definida na própria norma, salvo alguma exceção, ou então a regra não é válida ou não se configuram concretamente os pressupostos de fato nela estabelecidos, hipótese em que não há qualquer consequência jurídica. No caso de colisão entre regras, geralmente uma revoga a outra (*Lex posterior revocat anteriori*; *lex superior revocat inferiori*), salvo exceções, como ocorre nas relações entre a lei geral e a lei especial” (COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em 12.06.2011, p. 20/21).

²⁷ “Os princípios meramente indicam caminhos para soluções ou decisões que só serão tomadas após o processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e sopesados a fim de que se apure com que “peso” ou em que “medida” deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio por outro.” (Ibid., p. 21)

²⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 183.

público sobre o interesse particular, de forma prematura e absoluta. Nesse sentido, arremata Gustavo Binimbojm:

“O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não a sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de “interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária ao Direito)”. O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesse públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização.”²⁹

Reforçando tudo o que foi aqui exposto, é preciso registrar que não poderia um Estado Democrático de Direito, a pretexto de atender ao bem comum, sobrepor, de forma prévia e total, os interesses coletivos aos interesses particulares, fato que configuraria uma espécie de “ditadura da maioria”. É inerente à democracia o convívio de posições contrapostas, não podendo nenhuma delas ser antecipadamente excluída, ainda que minoritária³⁰. A legitimação do Estado, nesse sentido, está subordinada à busca de uma compatibilização entre os interesses da maioria e os das minorias, o que não pode ser feito senão através da ponderação casuística.

Ter em mente que um interesse da coletividade nem sempre deverá prevalecer sobre um interesse classicamente tido como particular é de suma importância para análise da proteção da confiança legítima, especialmente no que toca à preservação de atos ilegais (o que pode ser

²⁹ BINIMBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 104/105.

³⁰ Luís Roberto Barroso afirma que a democracia “é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 41).

compreendido como ofensivo ao interesse coletivo) que tragam efeitos benéficos aos destinatários de boa-fé (interesse que, em tese, é individual³¹), tema que será analisado mais à frente.

2.5. O CIDADÃO COMO PRINCIPAL FOCO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A neoconstitucionalização, repita-se, é o fenômeno verificado na atual ordem jurídica que determina a reinterpretação dos mais diversos “ramos do direito” sob a ótica dos princípios constitucionais. Destes, o mais importante é a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB), que representa o epicentro axiológico da ordem jurídica, costurando e unificando todo o sistema de direitos fundamentais³².

O princípio apresenta diversas dimensões e potencialidades, bastando ressaltar, no que interessa ao presente estudo, que uma delas é estabelecer a primazia da pessoa humana sobre o Estado. O objetivo principal da atividade estatal é garantir as condições necessárias para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, resguardando os direitos fundamentais dos cidadãos. Em outras palavras, o Estado não passa de uma realidade instrumental, concebida para a satisfação integral das necessidades dos homens.

Nessa perspectiva, o Direito Administrativo, responsável por disciplinar a atividade do Estado, deixa de conferir maior atenção às prerrogativas, poderes e interesses do ente público, voltando-se, principalmente, para a proteção do cidadão, que ascendeu como foco principal da atividade administrativa. Essa concepção reflete uma radical mudança, ou, mais propriamente, uma evolução na compreensão dos fins a que se destina tal ramo do direito³³.

³¹ Segundo nosso entendimento, um interesse particular que tenha respaldo na confiança legítima deve ser considerado um interesse público, como ficará mais claro adiante.

³² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2a edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris 2006, p. 85/86.

³³ “No Brasil, por fatores variados, inclusive pela forma predatória de nossa colonização, predominou-se uma compreensão autoritária do direito administrativo, que enfatizava antes as prerrogativas excepcionais do poder público do que os deveres jurídicos da Administração e as garantias do administrado. Hoje, felizmente, assistimos na doutrina ao menos o maior destaque às garantias, aos instrumentos de controle do poder, a preocupação com os deveres substanciais e formais da administração, com o afivelamento da conduta do Estado, inclusive sob o ângulo da moralidade administrativa” (MODESTO, Paulo. *Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10,

Justamente nesse cenário, no qual o cidadão figura como protagonista da atividade administrativa, é que ganha espaço o estudo do princípio da proteção da confiança legítima, através do qual se tutela a posição do indivíduo frente a certas condutas do Estado, ainda impregnadas dos clássicos – e, como visto, já superados – postulados absolutos de legalidade, supremacia do interesse público e discricionariedade.

3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

3.1. ORIGEM E FUNDAMENTOS

O princípio da proteção da confiança legítima, no direito administrativo, tem origem em julgados proferidos por Tribunais alemães na década de 50³⁴. Inicialmente, sua aplicação destinava-se a proteger particulares contra alterações promovidas pelo Estado no planejamento econômico, bem como para inibir a atribuição de efeitos retroativos ao desfazimento de atos que fossem favoráveis aos seus destinatários.

Um dos precedentes mais famosos da jurisprudência alemã, apontado pela doutrina como um marco na tutela da confiança legítima, é o caso da “viúva de Berlim”. Em apertada síntese, a hipótese versava sobre vantagem pecuniária prometida pela Administração à viúva de um funcionário público, domiciliada dentro da zona de ocupação da antiga União Soviética na Alemanha (Berlim Oriental), caso ela se mudasse para Berlim Ocidental, o que veio a se concretizar. A viúva, então, passou a receber a vantagem, mas, cerca de um ano após sua concessão, a Administração apurou um vício de legalidade e cassou o benefício, exigindo a restituição das quantias recebidas indevidamente. Apesar de confirmar a ocorrência de ilegalidade, o Tribunal entendeu que a viúva confiou no ato administrativo originário e, com base nele, tomou medidas drásticas e duradouras, que repercutiam incisivamente em sua vida. Desse modo, ponderando-se a legalidade e a confiança, o órgão julgador concluiu que a última é que deveria ser tutelada no caso concreto, tendo garantido à viúva os valores até então recebidos, bem como compelido o Estado a manter o benefício ilegal para o futuro³⁵.

No curso da segunda metade do século XX, o princípio da proteção da confiança legítima ganhou força e teve sua incidência ampliada, abarcando todo e qualquer ato estatal com potencial de gerar legítimas expectativas a seus destinatários. Esse desenvolvimento do princípio muito se

³⁴ Nesse sentido, vide ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 24/25, e COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit., p. 7.

³⁵ Note-se que tal decisão só pôde ser tomada por conta da desestabilização de antigos paradigmas administrativos, principalmente a supremacia do interesse público sobre o interesse particular e à estrita vinculação à legalidade, o que ocorreu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial.

deve ao papel que o denominado “Estado Social” passou a desempenhar. Ao contrário do Estado Liberal, que se limitava a garantir os direitos inerentes à liberdade individual, o Estado Social começou a intervir diretamente nas relações privadas, prestando diversos serviços à sociedade. Através dessa atuação positiva, o Estado adquiriu maior poder de ingerência sobre a vida dos indivíduos, os quais se tornam mais dependentes de suas condutas e nelas passaram a confiar e se basear para planejarem a posteridade.

Logicamente, quanto mais o Estado intervém no domínio social, maior será a exigência de segurança jurídica em favor dos cidadãos, sendo necessário zelar pela previsibilidade e estabilidade da ação estatal³⁶. O destino dos indivíduos ficou, em grande parte, condicionado às atividades do Estado, devendo ele se comportar de forma coerente para não frustrar as legítimas expectativas que seus atos tenham despertado nos cidadãos. O princípio da proteção da confiança emerge, nesse contexto, para protegê-los das indesejadas contradições promovidas pelo Estado.

Traçado esse panorama, cumpre-nos buscar os fundamentos do princípio da proteção da confiança legítima.

Primeiramente, o princípio é associado à boa-fé objetiva, que atribui às partes o dever de atuar de forma ética, legal e coerente, sendo defeso *venire contra factum proprium*. Não se trata da simples intenção (elemento psicológico) de agir corretamente, o que se conceitua como boa-fé subjetiva, mas sim de um *standard*, um padrão de conduta, leal e confiável, alheio a considerações intimistas.

A boa-fé objetiva, prevista no Código Civil nos artigos 113³⁷, 187³⁸ e 422³⁹, entre outros dispositivos, desempenha três funções principais: (i) guiar a interpretação dos negócios jurídicos; (ii) criar deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) restringir o exercício de direitos. Como norma de interpretação, o recurso ao princípio da boa-fé serve para melhor especificar a

³⁶ VALIM, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros 2010, p. 32.

³⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

finalidade do ato à luz das circunstâncias concretas que o caracterizam. Na qualidade de norma criadora de obrigações anexas, a boa-fé objetiva, além de estabelecer um dever geral de não prejudicar, impõe uma série de condutas exigíveis mutuamente entre as partes, que independem de sua vontade, como os deveres de lealdade, proteção, cooperação, esclarecimento e informação. Por último, no que se refere à terceira função, a boa-fé combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício arbitrário e irregular de direitos subjetivos⁴⁰.

Embora seja mais fácil visualizar sua incidência nas relações privadas, especialmente as de natureza contratual e obrigacional, o certo é que a boa-fé objetiva se infiltra em todos os ramos do Direito⁴¹, inclusive no Direito Público. Isso se justifica pelo fato da boa-fé objetiva ter fundamento constitucional, sendo uma decorrência direta do princípio da solidariedade social (art. 3º, inciso I, da CRFB/88), elencado como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Com efeito, o princípio da solidariedade social induz o sentimento de identificação e observância, por parte do indivíduo, da posição jurídica daqueles que podem ser influenciados por sua conduta, impondo às pessoas o dever de se ajudarem mutuamente. Assim, pode-se afirmar que a solidariedade social traz em si o conteúdo da boa-fé objetiva, uma vez que respeitar a situação jurídica de outrem e cooperar com o seu desenvolvimento não significa nada mais do que agir segundo os padrões por esta exigidos, especialmente no que toca às suas funções criadora de deveres anexas e restritiva do exercício abusivo de direitos.

Além disso, diversos princípios da Administração Pública exigem do Estado a atuação de acordo com os padrões definidos pela boa-fé objetiva, especialmente impondo a necessidade de proteger a confiança legítima. Em primeiro lugar, o princípio da moralidade, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei 9.784/99, determina que o Estado opere *segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*. A boa-fé materializa a moralidade administrativa no plano da

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo et. al.. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República* – vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17/20.

⁴¹ Com pensamento idêntico, Anderson Schreiber: “É certo que também a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional. Justamente por isso se indicou como mais acertada a orientação segundo a qual sua aplicação não se deve restringir a relações contratuais ou mesmo a relações privadas, devendo se infiltrar por todos os ramos do direito” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar 2007, p. 107).

relação Administração-administrados, assegurando a proteção da confiança, valor fundamental do Estado de Direito, uma vez que oferece vedação a toda atuação contrária à conduta reta, normal e honesta que cabe desejar no tráfico jurídico, assegurando também os efeitos jurídicos esperados justificadamente pelo sujeito que atuou de boa-fé⁴². Assim, é considerado abusivo, contrário à boa-fé, e violador do princípio da moralidade, o ato praticado sem a consideração da legítima expectativa criada pela Administração⁴³. Em segundo lugar, o princípio da impessoalidade administrativa, como projeção da igualdade constitucional (art. 3º, inciso IV e art. 5º, *caput* e inciso I da CRFB/88), também serve de fundamento normativo para a aplicação da boa-fé nas relações de Direito Público, exigindo um comportamento leal e coerente, na medida em que veda tratamento desigual a situações iguais, impedindo que a Administração aja de outra forma quando presentes os mesmos elementos fáticos ou em situações jurídicas que contenham a mesma *ratio*⁴⁴. Por fim, até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, ápice do ordenamento jurídico, que faz com que o cidadão seja o principal foco de atuação da Administração Pública, fundamenta a presença da boa-fé objetiva na atuação Estatal, exigindo-lhe respeito e consideração perante a posição dos cidadãos que são afetados por seus atos.

Sintetizando a relação entre a boa-fé objetiva e o princípio da proteção da confiança legítima, Anderson Schreiber leciona que *“na definição da boa-fé objetiva assume, de fato, grande importância este respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete, em última análise, à chamada tutela da confiança”*⁴⁵.

A proteção da confiança legítima também tem como fundamento o princípio da segurança jurídica. Positivamente, a segurança jurídica pode ser compreendida sob dois aspectos: um de cunho objetivo, que diz respeito à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; e outro de caráter subjetivo, que representa a previsibilidade dos indivíduos acerca dos

⁴² MODESTO, Paulo. *Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 11.07.2011, p. 7.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 04, outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em 11.09.2011, p. 7.

⁴⁴ FACCI, Lucio Picanço. Op. cit., p. 177.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 91.

efeitos jurídicos da conduta do Estado, quer dizer, o princípio da proteção da confiança legítima.

Nas palavras de Almiro do Couto e Silva:

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

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que tenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”⁴⁶

A segurança jurídica traduz um direito fundamental, sendo reconhecido pelos Tribunais brasileiros como um princípio constitucional decorrente do Estado de Direito⁴⁷, o qual, por sua vez, representa a ideia de que o poder estatal deve ser exercido por meio de comportamentos que se coadunem com o ordenamento jurídico, em especial com a Constituição. O Min. Luiz Fux consignou em um de seus julgados, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que “a segurança

⁴⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit., p. 3/5. Complementando esse raciocínio, no que se refere ao princípio da proteção da confiança legítima, Ingo Sarlet ensina que: “Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamentação para a limitação de leis retroativas, que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a ideia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual. Com base no princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais, exige uma ponderação entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio de 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 05.09.2011, p. 14/15).

⁴⁷ Na realidade, como bem adverte Rafael Valim, “há uma notória fundamentação recíproca entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição necessária daquele.” (VALIM, Rafael. Op. cit., p. 34).

*jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despicando que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito*⁴⁸. Isso significa que o Estado tem a obrigação de proporcionar segurança aos cidadãos, como forma de garantir-lhes condições para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, fim ao qual se destina. Desse modo, sendo o princípio da proteção da confiança o aspecto subjetivo da segurança jurídica, e representando esta um dos alicerces do Estado de Direito, Valter Shuenquener de Araújo defende que tal princípio, em última análise, é extraível da cadeia de derivação Estado de Direito - segurança jurídica - princípio da proteção da confiança⁴⁹.

A boa-fé objetiva e a segurança jurídica, como expressão do Estado de Direito, apresentam-se, de fato, como os principais pilares de sustentação do princípio da proteção da confiança legítima na ordem jurídica. O Supremo Tribunal Federal, em recente e relevante julgado, conferiu direito subjetivo à nomeação ao candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital de concurso público, tendo invocado, nas razões de decidir, o princípio da proteção da confiança, também o associando à boa-fé objetiva e à segurança jurídica:

“Como esta Corte tem afirmado em vários casos, o tema da segurança jurídica é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê o princípio da confiança como aspecto do princípio da segurança: “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91) O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz: “Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público”. (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96).”⁵⁰

Apesar de sua estreita relação com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima, devido à sua importância, passou a ser considerado

⁴⁸ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 658.130/SP, julgado em 05.09.2006.

⁴⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 57.

⁵⁰ STF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rext 598.099/MS – Informativo 636 do STF (15 a 19 de agosto de 2011).

um princípio autônomo⁵¹, dotado de características próprias. A principal delas, que serve para diferenciá-lo da boa-fé e da segurança jurídica, é que enquanto estes podem ser invocados tanto pela Administração quanto pelos administrados, o princípio da proteção da confiança, nas relações juspublicistas, se dirige exclusivamente aos cidadãos, como forma de tutelar suas expectativas.

Sob todas as vertentes, é impositiva a conclusão de que o princípio da proteção da confiança possui fundamento constitucional e status de direito fundamental, o que o torna de observância obrigatória pelo Estado.

3.2. FUNÇÃO JURÍDICA

A razão de ser do princípio da proteção da confiança legítima é resguardar as expectativas dos cidadãos frente à atuação do Estado. É preciso tutelar a posição jurídica daqueles que confiaram justificadamente em comandos do Estado e os levaram em consideração para definir sua conduta. Essa confiança dos cidadãos adquire significado e valor jurídico, tornando, em princípio, ilegítima a sua violação, de forma abrupta e inesperada, por atos posteriores emanados pelo próprio Poder Público. O Estado tem o dever de, no mínimo, ponderar a confiança legítima e o seu interesse em promover mudanças na ordem jurídica, para definir, na hipótese concreta, como proceder.

Gustavo Binenbojm destaca a importância da confiança para a vida dos administrados, o que faz com que seja necessária a previsão, pelo Direito, de aparatos destinados a resguardá-la:

“para que as pessoas possam viver com paz, liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública”⁵².

⁵¹ As legislações mais recentes já vêm incorporando a proteção da confiança legítima de forma expressa e autônoma. Confira-se, ilustrativamente, o art. 2º da Lei 5.427/2009, que regula o processo administrativo no âmbito do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.”

⁵² BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 176/177.

Valter Shuenquener de Araújo, por sua vez, sustenta que o princípio destina-se a impor limites à atuação inovadora do Estado, a qual deverá observar as legítimas expectativas previamente geradas nos cidadãos:

“o princípio da proteção da confiança precisa consagrar a possibilidade de defesa de determinadas posições jurídicas do cidadão diante de mudanças de curso inesperadas promovidas pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo. Ele tem como propósitos específicos preservar a posição jurídica alcançada pelo particular e, ainda, assegurar uma continuidade das normas do ordenamento. Trata-se de um instituto que impõe freios contra um excessivo dinamismo do Estado que seja capaz de descortear a confiança dos administrados”⁵³.

Também estabelecendo um contraponto entre o princípio da proteção da confiança legítima e a tendência de dinamismo e inovação na atividade estatal, Almiro do Couto e Silva sublinha que:

“os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX.”⁵⁴.

O Supremo Tribunal Federal proferiu algumas decisões paradigmáticas invocando o princípio da proteção da confiança legítima para garantir posições jurídicas dos cidadãos. Talvez a mais expressiva seja a adotada no caso dos funcionários da INFRAERO, na qual o STF concedeu a ordem em mandado de segurança para manter a regularidade das contratações feitas pela referida empresa, sem concurso público. O princípio da confiança foi evocado principalmente em virtude das dúvidas existentes à época acerca da necessidade das empresas estatais realizarem suas contratações mediante concurso público, e pelo longo decurso de tempo em que os empregados contratados irregularmente estavam no exercício de suas funções, de modo que deveriam ser consideradas estabilizadas suas posições jurídicas. Confira-se a ementa do julgado:

⁵³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de Op. cit., p. 60/61.

⁵⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit., p. 3/5.

“Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido”⁵⁵

Mas não é apenas ao interesse dos cidadãos que o princípio da proteção da confiança legítima atende. Apesar de criar restrições à discricionariedade da Administração Pública, o princípio concede mais qualidade e estabilidade aos seus atos, os quais terão maior grau de legitimidade e de adesão por parte de seus destinatários. O Estado, ao manter-se coerente em seu comportamento para proteger a confiança legítima dos administrados, está zelando por sua reputação. Se uma autoridade prometeu seguir certa linha de atuação, é de interesse da boa administração agir de forma justa e cumprir sua promessa⁵⁶.

O princípio da proteção da confiança legítima é aplicável para tutelar a posição do cidadão diante de atos administrativos concretos, assim entendidos os dirigidos especificamente a determinados administrados, e, atualmente, sua incidência tem sido estendida para também abranger os atos abstratos e gerais editados pela Administração Pública, sobretudo decorrentes do exercício de seu poder normativo.

Tradicionalmente, quando se estuda a proteção dos atos jurídicos diante de uma alteração na ordem normativa, concebe-se uma dicotomia entre direitos adquiridos e expectativas de direito, segundo a qual apenas os primeiros se incorporam ao patrimônio de seus titulares e

⁵⁵ STF, Plenário, MS 22357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27.05.2004.

⁵⁶ THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, p. 55, *apud* ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 66.

devem ser mantidos pela ordenação superveniente. Dispõe o art. 5º, inciso XXXXVI, da CRFB/88, que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. As expectativas de direito, *a contrario sensu*, não estariam envolvidas pela proteção constitucional, podendo ser lícitamente abaladas, e até mesmo suprimidas, por um novo ato normativo, eis que nelas não existe um direito propriamente dito, mas sim um direito em vias de aquisição.

A diferença entre essas categorias consiste no fato de que no direito adquirido a situação necessária ao surgimento do direito já se completou quando o cenário normativo é alterado, ao passo que esta ainda não se consumou quando falamos em expectativa de direito. Seguindo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, *“a expectativa de direito identifica situação em que o ciclo de eventos previstos para a aquisição do direito já foi iniciado, mas ainda não se completou no momento em que sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Nesse caso, não se produz o efeito previsto na norma anterior, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou.”* De outro lado, o *“direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultante. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova”*⁵⁷.

Ocorre que o Estado Democrático de Direito não pode se limitar a proteger os direitos adquiridos e ignorar as expectativas de direito. Ele tem o dever de também tutelar a confiança legítima dos cidadãos, valor dotado de acento constitucional, o que, por consequência, impõe a proteção das expectativas, quando estas forem consideradas legítimas.

É certo que os atos normativos da Administração são base muito menos sólida de confiança, principalmente porque é da essência do poder normativo a possibilidade de revogar e modificar as normas com o objetivo de adaptar o ordenamento às exigências da sociedade⁵⁸. Mas

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 185.

⁵⁸ BAPTISTA, Patrícia. *A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa*, Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 12.09.2011, p. 16.

não é por isso que eles deixam de ser aptos, em situações excepcionais, a despertar legítimas expectativas nos administrados.

Nesse contexto, a teoria dos direitos adquiridos pode se revelar insuficiente à efetiva proteção das posições jurídicas dos indivíduos diante do Estado em determinadas circunstâncias. O simples fato de salvaguardar uma posição individual, sob o argumento de esta ter integrado ao patrimônio do seu titular, não é capaz, em todos os casos, de atender ao ideal de previsibilidade, estabilidade e coerência do ordenamento e das relações jurídicas.

Imagine-se o seguinte exemplo: um Promotor de Justiça, após tornar-se uma referência no meio jurídico, recebe uma proposta para abandonar seu cargo e advogar para um cliente milionário, que lhe remuneraria com valores elevadíssimos. Ocorre que, receoso em abandonar a estabilidade do serviço público, o Promotor de Justiça decide prestar concurso para a Procuradoria de determinado Estado da Federação, onde os membros da carreira têm autorização para exercer advocacia privada. Após muita dedicação, o Promotor é aprovado no concurso público e investido no novo cargo de Procurador. Ato contínuo, ele investe significativa quantia para montar um escritório destinado a atender seus clientes particulares, entre eles aquele que havia lhe feito a proposta para deixar o Ministério Público. Se, logo após a inauguração do escritório, acontece uma alteração súbita no regime jurídico dos Procuradores do Estado, proibindo-os, imediatamente, de advogar, sem nenhuma ressalva, estaríamos diante de uma traição às expectativas daquele cidadão, que lhe causaria severos prejuízos.

Apesar do regime jurídico dos servidores públicos não ser imutável⁵⁹, pode acontecer de a sua alteração, especialmente quando feita de forma repentina e radical, violar legítimas expectativas de indivíduos que nele confiaram e o levaram em consideração na escolha da carreira. A situação enunciada, por retratar mera expectativa de direito, está fora da proteção constitucional expressamente dada ao direito adquirido. Contudo, ela não estará desprovida de

⁵⁹ Veja-se, a respeito, o entendimento do STJ: “É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também deste Superior Tribunal de Justiça em que pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, prevista no artigo 37 da Constituição Federal.” (STJ, 5ª Turma, RMS nº 19459/MG, Rel. Min. Feliz Fischer, julgado em 10.05.2007, DJU 11.06.2007).

tutela pelo Direito, eis que incidirá, na espécie, o princípio da proteção da confiança legítima⁶⁰. Tal princípio tem aptidão, nesse domínio, de preencher um certo vazio de direito existente quando se trata da tutela de expectativas⁶¹.

Na jurisprudência, já podem ser encontradas manifestações no sentido de que a dicotomia entre direito adquirido e expectativa de direito é insubsistente diante de determinadas situações concretas. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, apreciou hipótese que versava sobre o direito de um particular à inclusão de expurgos inflacionários sobre os seus créditos de FGTS, tendo entendido que a mudança do Índice de correção previsto durante o período de apuração, embora não violasse um direito adquirido, seria contrária ao princípio da confiança legítima:

“FGTS. AÇÃO RESCISÓRIA. INICIAL INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. REPOSIÇÃO. JULGADO DEFERINDO ÍNDICES DE JUNHO/87, MAIO/90 E/OU FEVEREIRO/91. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA.

1. A dicotomia civilista expectativa de direito e direito adquirido não é plenamente satisfatória no âmbito do direito administrativo-constitucional. Contata-se que há, na prática, posições intermediárias entre uma e outra modalidade, que merecem ser consideradas.

2. A mudança de critérios de correção monetária no curso do período de apuração de índices, conquanto possa não violar direito adquirido, infringe o princípio da confiança legítima.”⁶²

De forma resumida, podemos afirmar que existem situações em que é possível extrair de atos normativos confiança legítima dos cidadãos, desde que verificados os seguintes requisitos: (i) a existência de uma efetiva expectativa legítima do administrado na permanência de um determinado marco normativo, em virtude de algum comportamento da Administração; (ii) sua surpresa em razão da súbita e brusca alteração promovida no regime normativo; (iii) a mudança normativa se apresente significativa, e prejudique a posição jurídica do indivíduo, causando-lhe prejuízos; e (iv) a verificação de que os inconvenientes impostos a determinados particulares,

⁶⁰ “Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional (dada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada) não alcança essa hipótese (de expectativa de direito), embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé objetiva e o da confiança legítima), venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva 2010, p. 185).

⁶¹ BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 12.

⁶² TRF 1ª Região, 3ª Seção, AgRg na Ação Rescisória nº 2004.01.000449492/DF, julgado em 09.01.2007, DJ: 09.02.2007.

destinatários da norma, sejam mais agudos e relevantes do que o interesse público na adoção do novo regime normativo. Nesses casos, a confiança legítima não terá o condão de oferecer ao administrado uma garantia genérica de estabilidade do ordenamento jurídico – o que seria inconcebível –, mas poderá impor certas restrições ou condições para a edição de uma nova norma. Sobre o tema, precisa é a lição de Patrícia Baptista:

*“A partir do direito comparado é possível, em tese, indicar quatro consequências possíveis: (4.1) o estabelecimento de medidas transitórias ou de um período de vacatio; (4.2) a observância do termo de vigência fixado para a norma revogada; (4.3) a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; e (4.4) a exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação, preservando-se a posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada. A escolha de um dentre esses efeitos dependerá das circunstâncias do caso concreto, mediante um juízo de ponderação entre o interesse do particular na preservação de sua posição e o interesse público na aplicação imediata das novas regras.”*⁶³

Assim, o princípio da proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e atos administrativos que surpreendam bruscamente seus destinatários⁶⁴, que alimentavam expectativas autênticas de manter sua posição jurídica. Como bem conclui Almiro do Couto e Silva:

*“é certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público”*⁶⁵.

⁶³ BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 16.

⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro*. Disponível na internet: <<http://www.professorrafaeloliveira.com.br>>, acesso em 14.09.2011, p. 2.

⁶⁵ COUTO E SILVA. Almiro do. Op. cit., p. 5.

4. A TUTELA DA CONFIANÇA LEGÍTIMA ATRAVÉS DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Não é recente a preocupação do direito com o exercício de posições contraditórias. Há registros de vedações à adoção de comportamentos incoerentes desde os tempos do em que imperava o Direito Romano⁶⁶, mas estas eram verificadas casuisticamente, por força de normas específicas. Não havia, por assim dizer, uma norma geral de direito que impedisse o *venire contra factum proprium*, independentemente de disposição normativa específica.

Esse cenário se manteve por muito tempo, e ainda foi agravado pelas Revoluções Liberais do século XVIII, em especial a Revolução Francesa, em 1789. A burguesia, insatisfeita com o Estado aristocrata, principalmente pelos privilégios dados à nobreza, a excessiva tributação e as crises econômicas, se mobilizou para assumir o Poder e implantar o liberalismo econômico, afastando qualquer tipo de intervenção do Estado sob suas atividades. Essa concepção liberal, fortemente vinculada à liberdade individual e ao abstencionismo do Estado, permeou o campo jurídico, sendo facilmente identificável nas codificações dos séculos XVIII e XIX.

Em tal período, o Direito não se mostrou preocupado com o equilíbrio das partes nas relações jurídicas em que elas travavam. Esse equilíbrio não era um objetivo a ser alcançado pelo Estado Liberal, que, na realidade, partia do pressuposto que as pessoas eram livres e iguais, razão pela qual a autonomia da vontade teria que ser respeitada. Esta, inclusive, deveria ser absoluta e intangível, como forma de expressão da justiça.

Nesse contexto, não havia uma norma geral que impusesse a coerência comportamental, mas tão-somente disposições legais proibindo o comportamento contraditório em determinadas situações específicas. No vazio normativo, a plena liberdade individual, principal valor do sistema jurídico à época, permitia a prática de qualquer comportamento, mesmo que contraditório. O

⁶⁶ O *Corpus Iuris Civilis* já determinava, por exemplo, que em um condomínio, o co-proprietário que tivesse autorizado terceiro a instituir uma servidão de passagem sobre o terreno não poderia acionar-lhe sob a alegação de turbacão de posse. Apesar de ser necessário o consentimento de todos os co-proprietários para que a servidão fosse constituída, aquele que sozinho concedeu autorização não poderia, em flagrante *venire contra factum proprium*, alegar que essa servidão representava turbacão à sua posse (Digesto, livro 8, título III, fragmento 11).

venire contra factum proprium encontrava-se, nessa esteira, inserido no âmbito da autonomia privada do indivíduo, que era livre para contrariar seu comportamento inicial, para alterar suas posições e dar o curso que bem entendesse à sua vontade, independentemente das expectativas eventualmente despertadas pela sua conduta inicial⁶⁷.

Com efeito, a proibição genérica ao comportamento contraditório só pôde ser verificada no final do século XIX e no decorrer do século XX, após um longo processo de relativização da autonomia privada e dos direitos subjetivos. Nesse período, os conceitos de liberdade e igualdade deixaram de ser compreendidos sob a vertente meramente formal, dirigidos apenas ao legislador, passando também a conter um aspecto material ou substancial. Para se garantir a igualdade material seria necessário não apenas tratar os iguais de forma igual, como é evidente, mas, principalmente, tratar os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Isso porque a plenitude da autonomia privada, antes vista como garantia contra o abuso do Estado sobre os indivíduos, havia se convertido em instrumento de opressão entre os próprios particulares, que permitia que os mais poderosos impusessem suas vontades aos mais vulneráveis. Passou-se a entender que a autonomia privada, então, só poderia reinar naqueles casos em que as partes fossem igualmente livres para manifestarem suas vontades. Diante de um cenário de desequilíbrio, contudo, o Direito observou a necessidade de intervir, garantindo meios de equiparar as forças contrapostas.

Sobretudo após os horrores das Guerras Mundiais, em especial o holocausto nazista, iniciou-se um processo de conscientização e moralização do Direito. A solidariedade social e a dignidade da pessoa humana foram alçados ao ápice dos ordenamentos, tornando-se valores fundamentais dos Estados. Passou-se a enxergar um dever de mútua cooperação entre os agentes sociais, com o intuito de possibilitar o completo desenvolvimento da personalidade humana de cada ser. Decorrencia direta disso foi o condicionamento do exercício de posições jurídicas individuais, relativizando direitos antes tidos como absolutos e intocáveis, atribuindo-lhes uma função social, de observância obrigatória. Tratava-se de uma forma de legitimar o exercício da autonomia privada, que deveria atender aos objetivos da ordem jurídica.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 42.

Justamente esse processo de limitação das liberdades individuais em benefício dos fins almejados pela Constituição é que possibilitou a análise do *“nemo potest venire contra factum proprium”* como um princípio informador das relações jurídicas em geral, muito embora continue inexistindo, no ordenamento, disposição nesse sentido.

A máxima *“nemo potest venire contra factum proprium”* significa que ninguém pode se voltar contra seus próprios atos. O comportamento contraditório é proibido porque atenta contra os ideais de lealdade e coerência impostos pela boa-fé objetiva, frustra expectativas daqueles que observaram o comportamento inicial e proporciona indesejável estado de insegurança e instabilidade às relações jurídicas. Paulo Modesto pontifica que *“a ninguém é lícito ir contra os seus próprios atos, pois seria deslealdade cabal com a contraparte criar uma aparência, mobilizar a contraparte a agir congruentemente com esta aparência, e depois quebrar a confiança com comportamentos ou atos contraditórios”*⁶⁸.

A proibição ao comportamento contraditório não tem como razão de ser a garantia da coerência de condutas, pura e simplesmente. Seu principal objetivo é proteger a confiança legítima que as atitudes anteriores de alguém despertaram em terceiros. Afirma-se, assim, que a proibição ao comportamento contraditório é um instrumento de tutela da confiança legítima. Nessa linha, destaca-se passagem de autoria de Anderson Schreiber, autor que embora de atribua caráter de princípio autônomo ao *“nemo potest venire contra factum proprium”*, reconhece que seu fundamento não é outro senão a proteção da confiança legítima:

“De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o venire contra factum proprium à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja a coerência com um comportamento anterior. (...).

⁶⁸ MODESTO, Paulo. *Autovinculação da Administração Pública*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>, acesso em 11.07.2011, p. 8.

A tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial.”⁶⁹

A doutrina administrativista incorporou a proibição ao comportamento contraditório através da denominada “teoria das autolimitações (ou autovinculações) da Administração Pública”. Para Alexandre Santos de Aragão, *“a Teoria das Autolimitações Administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais”*⁷⁰. Lucio Facci aponta que a *“teoria das autolimitações administrativas, projeção do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas, impõe que a Administração Pública, no desempenho de suas inúmeras funções, se autovincule aos atos por ela praticados”*⁷¹.

A teoria das autolimitações administrativas engloba duas subteorias, a dos “atos próprios” e a dos “precedentes administrativos”. Enquanto a primeira é voltada para a proteção do próprio particular que figurou como destinatário do ato do Estado, operando-se no âmbito de uma mesma relação jurídico-administrativa (entre a Administração e o administrado destinatário do ato), a segunda é destinada a proteger, como regra, pessoa diversa da que havia sido atingida pelo precedente, dependendo, por isso, da verificação de uma pluralidade de relações (ao menos uma na qual o precedente é firmado, e outra onde um terceiro, não alcançado pelo precedente, o invoca diante da Administração)⁷². A par dessas diferenças, em ambas as hipóteses a proibição ao

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 96 e 101.

⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>, acesso em 13.07.2011, p. 2

⁷¹ FACCI, Lucio Picanço. Op. cit., p. 182 e 183.

⁷² Em relação à “vinculação pelo precedente administrativo”, o objeto da proteção da teoria é a confiança suscitada nos administrados oriunda de um padrão decisório seguido pela Administração. Embora existam situações em que basta uma decisão para fundar um precedente vinculante, o comum é que o padrão decisório da Administração, apto a

comportamento contraditório por parte do Estado tem os mesmos fundamentos principiológicos, o que autoriza o estudo conjunto dessas subteorias dentro do gênero “teoria das autolimitações (autovinculações) administrativas”.

Não obstante a expressão “teoria das autolimitações (autovinculações) administrativas” encontre boa aceitação entre os publicistas, ousamos dirigir-lhe uma crítica: os vocábulos autovinculação e autolimitação passam a impressão de que o elemento vinculativo, que proíbe posterior contradição, é o *factum proprium*, quer dizer, o ato inicial praticado pelo Estado. Tecnicamente, porém, isso não é verdade. O fundamento da proibição ao comportamento contraditório é a confiança legítima que o ato inicial despertou em terceiro, e não o ato em si. Não se busca proteger a coerência, única e exclusivamente. Esta só adquire relevância jurídica quando o ato inicial for capaz de despertar legítimas expectativas em seus destinatários, de modo que a congruência de comportamentos passa a ser exigida para que a confiança legítima seja efetivamente respeitada. Não há, assim, uma “autovinculação”, no sentido literal da expressão, mas, na verdade, uma “vinculação pela confiança que determinado ato despertou em outrem”.

Por esse motivo, evitaremos o uso da nomenclatura “teoria das autolimitações (autovinculações) administrativas”, bem como de suas ramificações, as subteorias dos “atos próprios” e dos “precedentes administrativos”, e adotaremos a máxima “*nemo potest venire contra factum proprium*”, ou simplesmente a “proibição ao comportamento contraditório”, expressões que, a nosso ver, se revelam mais abrangentes e adequadas ao presente estudo.

despertar uma confiança legítima nos administrados, seja extraído a partir de diversos julgados, que adotam, reiteradamente, uma determinada forma de agir, decidir ou interpretar disposições normativas em casos concretos, ao longo do tempo. Além da boa-fé objetiva, da segurança jurídica e da confiança legítima, o princípio da igualdade constitucional adquire grande relevo na aplicação da subteoria dos precedentes administrativos, na medida em que sendo as situações de fato e de direito idênticas, nada justifica que sejam elas tratadas de forma diferente. Observe-se, ainda, que a vinculação pelo precedente não tem aptidão para engessar o entendimento jurisprudencial da Administração, pois esta poderá deixar de segui-lo invocando fundamentação especial, fundada em alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o seu posicionamento anterior em razão do interesse público.

4.1. DOGMÁTICA DO *VENIRE CONTRA PACTUM PROPRIUM* E OS PRESSUPOSTOS DE SUA APLICAÇÃO

Nessa parte do estudo, abordaremos a doutrina da vedação ao *venire contra factum proprium* desenvolvida no campo do direito civil, fracionando-a em partes para que possamos nos aprofundar nas premissas teóricas de seus pressupostos. A estrutura do *venire contra factum proprium* no direito administrativo em nada difere da que ora se verá, ressalvadas algumas peculiaridades inerentes ao direito público que serão evidenciadas no capítulo seguinte.

Os pressupostos de aplicação da proibição ao comportamento contraditório, tal como estudados no direito privado, são: (i) um *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança que a conduta inicial despertou em outrem, de que seu sentido objetivo seria conservado; (iii) o comportamento contraditório que viola essa confiança; e (iv) um dano, efetivo ou potencial, decorrente da quebra da expectativa legítima. Além destes, analisaremos a questão da identidade de sujeitos, por muitos também elencada como pressuposto de aplicação do “*nemo potest venire contra factum proprium*”.

4.1.1. O *FACTUM PROPRIUM*

O primeiro pressuposto de aplicação da proibição ao comportamento contraditório é o *factum proprium*, assim entendido como a conduta inicial com aptidão de despertar legítima confiança em terceiros de que o seu sentido objetivo será mantido.

Trata-se, logicamente, de ação atribuída a uma pessoa, fruto da livre manifestação de vontade. Fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, eventos sem conexão com a ação humana que trazem repercussão para o Direito, como os fatos da natureza, nunca poderão, desse modo, se enquadrar na categoria de *factum proprium*.

Tampouco pode ser considerado *factum proprium* o ato jurídico, seja ele analisado em seu sentido estrito, como aquele em que as partes têm liberdade quanto à iniciativa, mas os efeitos estão previamente regulados pela lei, seja ele analisado sem seu sentido amplo, abrangendo

também os negócios jurídicos, atos nos quais as partes têm liberdade tanto para sua prática quanto para a regulamentação de seus efeitos. Isso porque o *factum proprium* não é, a princípio, uma conduta vinculante, pois não existe disposição legal ou contratual expressa que imponha sua observância. Ele só se torna vinculante a partir do momento em que tiver despertado a confiança legítima de outrem, sendo esta, a confiança, o valor protegido pela ordem jurídica, e não a conduta inicial isoladamente sopesada. O *factum proprium* é, assim, um comportamento que poderia ser livremente contrariado se não fosse a existência de uma confiança legítima.

Se um comportamento é tido como vinculante pelo direito positivo, não é o princípio da proteção da confiança legítima que imporá sua manutenção, mas sim a própria lei ou contrato que o fez compulsório. Na verdade, quando se está diante de um ato vinculante, não faz sentido indagar se o seu destinatário efetivamente lhe depositou confiança, pois mesmo que a resposta seja negativa, o direito estará a lhe proteger. Assim, se, por exemplo, a Administração Pública se nega a conceder determinada licença para o exercício de uma atividade comercial a um particular que preenche os requisitos exigidos pela lei para a sua obtenção, ela estará atuando ilegalmente e frustrando um direito subjetivo do administrado, o qual poderá exigir que a licença lhe seja concedida, independentemente da demonstração de eventual confiança que lhe foi despertada.

O *factum proprium* é, destarte, o ato não vinculante, cuja manutenção não é protegida, *a priori*, pelo Direito, mas que tem a aptidão de repercutir, sob o ponto de vista fático e objetivo, na esfera alheia, gerando confiança legítima. Ele não é jurídico, mas torna-se jurídico na medida em que se verifica a confiança digna de tutela⁷³. A proibição ao comportamento contraditório incide àquelas situações não resolvidas expressamente pela lei, alheias ao formalismo do direito objetivo, mas que vêm a ser agasalhadas pelos princípios da solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança legítima.

⁷³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 134 e 137.

4.1.2. A CONFIANÇA LEGÍTIMA

A proibição ao comportamento contraditório só se verifica quando o *factum proprium* desperta em terceiros legítimas expectativas de que o sentido objetivo da conduta inicial será preservado. O que veda a incongruência de condutas é, de fato, a confiança que os destinatários do ato inicial nele depositaram, e não o ato em si.

Mas o que vem a ser a confiança, necessária à aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, e como aferir sua existência? A confiança é mais do que um mero estado psicológico do indivíduo, devendo se revelar como uma efetiva adesão ao sentido objetivamente extraído da conduta inicial⁷⁴, o que, naturalmente, só pode ser analisado diante dos casos concretos.

Na doutrina e na jurisprudência alemã, onde o princípio da proteção da confiança ocupa lugar de destaque, tem prevalecido o entendimento de que a confiança, para ser digna de tutela, precisa ser posta em exercício, através da prática de determinados comportamentos, sejam eles omissivos ou comissivos⁷⁵. Assim, se o particular não tiver expressado sua confiança de alguma forma, ela não poderá ser protegida.

É verdade que a confiança normalmente é verificada através da prática de atos que impliquem em algum tipo de disposição patrimonial. Nesses casos, a confiança é observada de maneira mais fácil e nítida, sendo a sua proteção dotada de mais força. Todavia, a prática de atos de cunho patrimonial não é uma condição imprescindível à tutela da confiança, pois podem ser apurados, em hipóteses concretas, outros tipos de comportamentos aptos a prová-la, notadamente os de natureza omissiva.

Uma vez constatada a existência da confiança, é necessário investigar se ela é, ou não, legítima. Para isso, deve-se analisar a boa-fé do destinatário do ato inicial, pois só será considerada

⁷⁴ Ibid., p. 141.

⁷⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 95/96.

legítima, e, conseqüentemente, tutelável pela ordem jurídica, a confiança despertada em indivíduos de boa-fé, esta considerada em seu sentido objetivo.

O *factum proprium* deve ser apto a criar legítimas expectativas em um indivíduo comum, que age munido de seu dever geral de cautela. O ato inicial precisa apresentar razoável grau de clareza, precisão e firmeza, pois não se protege o deslumbrado, que acredita em tudo o que lhe é dito. Não haverá que se falar em proteção da confiança através da proibição ao comportamento contraditório quando o indivíduo tiver o dever de saber que o emissor do ato inicial poderá vir a agir de forma incongruente. Ilustrativamente, quando a lei expressamente autorizar a contradição de condutas, como ocorre no caso do testamento, que, por sua essência, é modificável pelo testador, a confiança legítima, em princípio, não existirá.

4.1.3. A CONTRADIÇÃO AO *FACTUM PROPRIUM*

Verificados o *factum proprium* e a confiança legítima dele decorrente, o terceiro pressuposto para a aplicação da proibição ao comportamento contraditório é a contradição à conduta inicial. Exige-se, nesse pressuposto, a prática, ou simples pretensão de praticar, um comportamento incompatível com o sentido objetivo extraído do *factum proprium*.

É desnecessário averiguar eventual intenção de agir de forma contraditória ou de frustrar as expectativas de outrem. A mera contradição, objetivamente considerada, é vedada, em atenção aos princípios da boa-fé objetiva, solidariedade social, segurança jurídica e proteção da confiança legítima.

O comportamento contraditório é o exercício de um direito ou de uma posição jurídica em desconformidade com o ato inicial. Trata-se, assim, de uma espécie de abuso de direito (art. 187 do Código Civil), na medida em que o ato é dotado de aparente licitude, mas apresenta consequências ilícitas, decorrentes da violação da confiança legítima. É dizer que o *venire contra factum proprium* representa uma conduta aparentemente lícita, mas que se revela abusiva, e, portanto, ilícita, a partir do momento em que frustra a confiança legítima de outrem.

Com efeito, não se pode considerar o comportamento contraditório como um ilícito desde a sua origem, pois, caso assim fosse, não seria o princípio da proteção da confiança legítima que lhe imporia sanções, mas a própria lei. Exatamente porque um ato vinculante não pode ser caracterizado como *factum proprium*, uma conduta ilícita não pode ser tida como *venire contra factum proprium*, eis que o que impõe o cumprimento do primeiro e vedação da segunda não é a confiança legítima, mas sim disposições normativas específicas que os disciplinam.

Por questões de lógica, tende-se a afirmar que o comportamento contraditório deve ocorrer posteriormente à conduta inicial. Não importa o lapso temporal entre esses atos, mas se exige que primeiro haja um comportamento inicial para que depois surja outro, em relação a ele contraditório, para que se possa falar em *venire contra factum proprium*.

Acontece, porém, que a proibição ao comportamento contraditório não se destina a tutelar a mera coerência. O fundamento e principal objetivo da teoria é resguardar a confiança legítima dos indivíduos. Por essa razão, não se deve levar em conta para a aplicação do instituto o momento em que os atos (inicial e contraditório) são praticados, mas sim o momento em que eles chegam ao conhecimento de seu destinatário, despertando-lhe confiança e desconfiança.

O comum é que atos praticados simultaneamente cheguem ao conhecimento de seus destinatários de forma concomitante, o que impede o surgimento de uma confiança legítima, já que, nessa situação, não haverá clareza e precisão aptas a despertá-la. No entanto, pode acontecer de atos praticados ao mesmo tempo chegarem ao conhecimento dos que são por ele afetados em momentos distintos. Basta pensarmos na hipótese idealizada por Anderson Schreiber, na qual a Administração Pública instaura um procedimento licitatório para a alienação de um terreno e, de forma simultânea, ajuíza uma ação declaratória de nulidade deste mesmo certame. O particular que participa da licitação, em regra, não tem, desde o início, ciência da demanda judicial tendente a anulá-la. Pode acontecer disto chegar ao seu conhecimento apenas após a efetiva transferência do terreno, ocasião em que já será titular de legítima expectativa de manter sua posição jurídica. Diante da violação aos princípios da boa-fé objetiva, moralidade e eficiência administrativa, e proteção da confiança legítima, não parece ser lícito à Administração Pública, nesse caso, buscar a

anulação do procedimento licitatório, em manifesto *venire contra factum proprium*, muito embora a contradição tenha sido praticada ao mesmo tempo que foi emanado o ato inicial.

4.1.4. DANO EFETIVO OU POTENCIAL

Como visto, a confiança legítima, objeto de proteção através do *nemo potest venire contra factum proprium*, não pode ser considerada como um mero estado psicológico do destinatário do ato, mas, ao contrário, deve se revelar como uma efetiva adesão à conduta inicial. Em outros termos, é necessário que, de alguma forma, a confiança tenha sido colocada em exercício para que ela seja digna de tutela.

Isso se deve ao fato de que a proibição ao comportamento contraditório tem como função evitar que alguém que seja titular de uma confiança legítima venha a sofrer algum prejuízo em decorrência de sua ruptura. É dizer que a confiança legítima só é protegida na medida em que seu rompimento mostra-se capaz de gerar algum dano ao seu titular.

Tal dano não precisa ser efetivo, pois a simples possibilidade de ocorrência de dano – dano potencial – já justifica a aplicação do instituto. Em um primeiro momento, a confiança legítima age de modo preventivo, possibilitando a invocação da vedação de atuar contra os próprios atos para impedir que a contradição e, conseqüentemente, o dano, se consumem. Não sendo isso possível, surgirá, via de regra, um dever de indenizar os prejuízos oriundos da frustração das expectativas legítimas, que podem consistir em danos emergentes, lucros cessantes, e até mesmo danos morais, a depender da situação concreta.

4.1.5. A QUESTÃO DA IDENTIDADE DE SUJEITOS

Discute-se se o ato inicial e a conduta contraditória devem ser praticados por uma mesma pessoa (identidade subjetiva ativa) e em face de um mesmo destinatário (identidade subjetiva passiva) para que seja possível invocar o *nemo potest venire contra factum proprium*.

De plano, podemos descartar a necessidade de identidade entre sujeitos passivos. A exigibilidade de uma mesma pessoa como destinatária tanto da conduta inicial quanto da conduta contraditória acabaria, sem nenhuma razão, por restringir demasiadamente o campo de incidência da proibição ao comportamento contraditório.

Com efeito, ao se estudar o *nemo potest venire contra factum proprium*, a indagação a ser feita não é a respeito de quem seja o destinatário do ato inicial, mas sim sobre a esfera jurídica de quem este ato pôde repercutir, despertando legítimas expectativas. Isso porque a proibição ao comportamento contraditório destina-se a proteger a confiança legítima, e não simples coerência de condutas. Sendo certo que um ato pode repercutir em esferas jurídicas alheias à daquele que é seu destinatário, inafastável é a possibilidade de que todos os que são por ele afetados possam invocar a proibição ao comportamento contraditório.

Como sustenta Anderson Schreiber, o que se parece fazer necessário “*não é tanto a identidade de sujeito passivo, mas tão-somente que sobre aquele que invoca a proibição de incoerência tenha a conduta inicial repercutido de forma apta a trair sua efetiva adesão*”⁷⁶.

Se assim não fosse, a própria subteoria dos precedentes administrativos, mencionada linhas acima, não poderia ser considerada como uma manifestação de proibição ao *venire contra factum proprium*, tendo em vista que, segundo tal doutrina, aquele que invoca o precedente é necessariamente titular de outra relação jurídica daquela na qual o precedente foi firmado.

No que se refere à identidade subjetiva ativa, compreende-se que os atos devem ser emanados por um mesmo “centro de interesses”, expressão mais abrangente do que o termo “sujeitos”, e que permite que a proibição ao comportamento contraditório seja melhor aplicada aos fins a que se destina.

O vocábulo “sujeito” está normalmente associado àqueles que possuem personalidade jurídica, e, por essa limitação, traria dificuldades para a operação da proibição de comportamento contraditório. A uma, porque nem sempre quem pratica o ato (inicial ou contraditório) é uma pessoa, natural ou jurídica. Diversos entes despersonalizados, como o espólio, a sociedade de fato,

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 156/157.

a massa falida e o condomínio, realizam condutas, aptas tanto a despertar quanto a quebrar expectativas legítimas de terceiros. A duas, porque pode acontecer de dois ou mais entes personalizados integrarem um mesmo centro de interesses. Assim, por exemplo, uma sociedade controlada e sua controladora, ou ainda diferentes autarquias de uma mesma esfera administrativa.

Note-se que a questão da identidade subjetiva ganha relevo quando nos referimos à Administração Pública, que, apesar de passar por um processo cada vez maior de descongestionamento e pluricentrismo, zela pelo princípio da unidade. Desse modo, a atuação contraditória entre órgãos (entes despersonalizados) e até mesmo entidades da Administração Indireta (entes personalizados), integrantes de uma mesma esfera administrativa, pode vir a configurar *venire contra factum proprium*.

4.2 FIGURAS AFINS AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Definidos e examinados os pressupostos inerentes à proibição ao *venire contra factum proprium*, cumpre-nos estabelecer um paralelo do instituto com outros a ele relacionados.

O *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*, que, assim como o *venire contra factum proprium*, possuem origem civilística e aplicação difundida no âmbito do direito privado, guardam estreita relação com o estudo da proibição ao comportamento contraditório, o que nos permite até mesmo conceituá-las como espécies do gênero “*nemo potest venire contra factum proprium*”, como demonstraremos a seguir.

4.2.1. *TU QUOQUE*

A expressão “*tu quoque*” revela uma surpresa negativa de quem a invoca diante de determinado comportamento da outra parte. Célebre e ilustrativa é a indagação de Julio César, em 44 a.C, ao descobrir que Marco Júnio Bruto, a quem considerava como um filho, estava entre

aqueles que haviam planejado seu assassinato: “*Tu quoque, Brutus, tu quoque fili mili?*” (“até tu, Brutus, até tu filho meu?”)⁷⁷.

No meio jurídico, o *tu quoque* significa a proibição de aplicação de dois pesos para duas medidas. Em outras palavras, é defeso atribuir critérios valorativos diferentes a situações que sejam substancialmente iguais. Por exemplo, se uma parte deixa de cumprir uma obrigação que lhe é imposta por determinada cláusula contratual, não poderá ela exigir da outra parte uma vantagem que essa mesma cláusula lhe proporciona.

A figura que melhor representa o *tu quoque* no direito positivo é a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), prevista no artigo 476 do Código Civil de 2002⁷⁸. Segundo tal dispositivo de lei, nos contratos bilaterais, é vedado a qualquer dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro. De fato, a pretensão ao cumprimento de uma obrigação só será plenamente válida se lhe for subjacente o desempenho da prestação a ela causalmente vinculada.

Veda-se a interpretação ou a aplicação maliciosa de dispositivos legais ou contratuais, que visa a conferir vantagens exclusivamente a uma das partes. Isso porque, ao seguir determinada linha de entendimento, a parte não apenas auferir o bônus dela decorrente, mas também deve arcar com o seu ônus. Esquivar-se desse ônus através de uma atuação contraditória, buscando valorar uma mesma situação de forma diferente, constitui profunda deslealdade com a contraparte.

O *tu quoque*, assim, possui íntima relação com a boa-fé objetiva, notadamente com a sua função limitadora do exercício de direitos, na medida em que considera abusivo e desleal o exercício de uma posição jurídica que se apresente em desconformidade com o sentido objetivo de uma conduta anteriormente praticada.

Ademais, seu fundamento não é outro senão a proteção da confiança legítima, pois o que se está a proteger através da proibição à contradição de condutas são as legítimas expectativas

⁷⁷ Ibid., p. 182.

⁷⁸ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

criadas por aquele que observou o comportamento inicial da outra parte e acreditou que sua estrutura seria preservada.

Por isso, o *tu quoque* pode ser considerado uma espécie de *venire contra factum proprium*, vez que ambos apresentam os mesmos fundamentos (boa-fé objetiva, solidariedade social, segurança jurídica e proteção da confiança legítima) e pressupostos de aplicação (*factum proprium*; confiança legítima; contradição; e dano efetivo ou potencial).

O *tu quoque* é, desse modo, uma expressão do *nemo potest venire contra factum proprium* com âmbito de incidência restrito às hipóteses em que o *factum proprium* é a utilização de um critério valorativo a uma situação, e a contradição consiste em seu abandono para a disciplina de uma situação análoga.

4.2.2. SUPRESSIO E SURRECTIO

A *supressio*, conhecida no direito alemão como “*Verwirkung*”, representa o abuso no exercício de um direito diante de um retardamento injustificado. O titular de um direito, ao se omitir, de forma prolongada e desleal, em exercê-lo, poderá criar legítimas expectativas na outra parte de que tal direito não mais será posto em prática.

Esse raciocínio se originou na Alemanha, em virtude da superdesvalorização de sua moeda nos anos seguintes à Primeira Guerra Mundial. Naquele período, a diferença de poucos dias na aplicação da correção monetária importava em considerável mudança no valor da dívida, de modo que a jurisprudência exigia que o credor fosse rápido na cobrança de seus direitos, sob pena de ser impossibilitado de exigir o recebimento do valor corrigido.

São requisitos da *supressio* (i) a inércia no exercício de um direito; (ii) o decurso de um período de tempo, que, isoladamente ou com o auxílio de outros indícios, se revele apto a criar a (iii) confiança legítima em outrem no sentido de que essa omissão se perpetuará. Verificado o surgimento da confiança legítima a partir do comportamento inicial omissivo, considerar-se-á

contraditória a pretensão de exercer tal direito, a qual, caso tenha aptidão para causar um dano à parte contrária, será tida como abusiva.

Ao mesmo tempo em que o retardamento prolongado faz com que uma parte perca a possibilidade de exercer seu direito, surge, para a outra parte, uma posição jurídica de vantagem, consistente na garantia de estabilidade do estado de inércia. A esse fenômeno dá-se o nome de *surrectio* (no direito alemão, *Erwirkung*).

Supressio e *surrectio* não passam, na verdade, de duas faces da mesma moeda. Como bem explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenval, “é possível dizer que *supressio* é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade de exercê-lo posteriormente”⁷⁹. Ou seja, são fenômenos inversos que acontecem concomitantemente, um para cada parte. No mesmo momento em que se verifica a *supressio* para o desidioso titular de um direito, contata-se a *surrectio* para o detentor da expectativa de perpetuação do não exercício daquele mesmo direito pela outra parte.

Clássico exemplo prático desses institutos é extraído do art. 330 do Código Civil⁸⁰, que dispõe que o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato. A inércia do credor em exigir que o pagamento seja realizado no local previsto no contrato faz nascer no devedor a legítima confiança de que poderá continuar realizando os pagamentos no local de costume, e, por conseguinte, o credor estará a agir ilicitamente caso pretenda inobservar essa confiança e exercer a posição que lhe foi conferida pelo negócio jurídico na origem.

Note-se que os institutos da *supressio* e da *surrectio* destinam-se a proteger as expectativas legítimas de uma pessoa em face à inércia de outra, razão pela qual podem ser considerados

⁷⁹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris 2008, p. 521.

⁸⁰ Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

espécies de *venire contra factum proprium*, com a especificidade de o *factum proprium* representar um comportamento omissivo.

Interessante e polêmica é a relação entre o tempo de inércia do direito, apto a despertar expectativas legítimas, e os prazos previstos em lei para a prescrição dos direitos subjetivos e decadência dos direitos potestativos.

Ao contrário dos prazos prescricionais e decadenciais, que são fixados de forma precisa na lei, o período de tempo necessário à configuração da *supressio* e da *surrectio* é extremamente variável, oscilando de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Por esse motivo é que se pode dizer que a *supressio* também tem como função temperar os prazos legais, adequando o período de admissibilidade de inércia às situações reais.

A questão que se põe é: alguém que fica inerte durante determinado período de tempo pode vir a perder a faculdade de exercer seu direito em virtude da *supressio*, mesmo que não se tenha esgotado o prazo prescricional ou decadencial previsto em lei para o seu exercício?

Em um primeiro momento, a resposta parece ser negativa, pois enquanto não houvesse escoado inteiramente o prazo legal para o exercício do direito não seria legítima a confiança de outrem em relação à consolidação do estado de inércia. E, inexistindo confiança legítima a ser tutelada, não haveria que se falar em *supressio*.

Sucedem que, como alerta Anderson Schreiber, podem ser verificadas situações onde “ao simples decurso do tempo se somem comportamentos do titular do direito – caso em que o *venire contra factum proprium* deixa, a rigor, de ser omissivo e adquire sua feição mais comum – ou circunstâncias de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem uma tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei, em uma espécie de prescrição de fato”⁸¹.

Assim, conclui-se ser possível a existência de confiança legítima acerca do não exercício de um direito, antes mesmo do término prazo do prescricional ou decadencial fixado em lei, nas

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 192.

hipóteses de omissão somada a atos inspiradores da confiança ou de omissão qualificada por circunstâncias de fato que autorizem presumir que o direito não será exercido⁸².

4.3 DECORRÊNCIAS DA PROIBIÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A expressão *nemo potest venire contra factum proprium* sugere que o instituto, em todas as situações, servirá para impedir a conduta contraditória, mantendo-se, de forma integral, o sentido objetivo do *factum proprium*. Não é bem assim, porém.

De fato, proibir a conduta contraditória é, na maioria das vezes, a forma mais eficaz de se preservar as legítimas expectativas daqueles que confiaram na conduta inicial⁸³. Acontece que isso pode não ser possível diante das circunstâncias específicas do caso concreto, seja porque a contradição já foi praticada e não pode ser revertida, seja porque incidem na espécie outros valores jurídicos que obstem a tutela plena da confiança legítima.

Sobre o tema, precisa é a lição de Anderson Schreiber:

*“Pode-se dizer, portanto, que a sanção primordial à conduta contraditória é a inadmissão ou impedimento do exercício da situação jurídica subjetiva em violação à boa-fé e à legítima confiança. A paralisação da conduta contraditória, todavia, nem sempre é possível. Primeiro, porque a tutela jurisprudencial nem sempre chega a tempo de obstar o exercício da conduta incoerente. Segundo, porque, mesmo chegando a tempo, pode ser que o órgão julgador, em seu exercício de ponderação, opte por admitir a conduta contraditória, ainda que ilegítima, em atenção a outros valores protegidos em maior grau pelo ordenamento civil-constitucional. Terceiro, porque, ainda naqueles casos em que o órgão julgador declare a inadmissibilidade do comportamento contraditório, pode ocorrer, na prática, a violação do comando jurisdicional.”*⁸⁴

⁸² Pense-se em um credor que, mesmo passando por graves dificuldades financeiras, se omite anos e anos em cobrar uma dívida de um devedor que lhe é afeto e que também passa por problemas financeiros. Ainda no curso do prazo prescricional, o credor é sorteado na loteria e torna-se milionário. Agora que está em uma situação financeira bem mais confortável, o credor, surpreendentemente e sem nenhum motivo razoável, decide cobrar o seu crédito do devedor, que permanece em estado de miserabilidade. Ora, se quando mais necessitava de dinheiro o credor não exigiu o seu crédito, pode o devedor ter a expectativa, que no caso será legítima, de que na atual conjuntura o credor permanecerá inerte. Poderá estar configurada, nesse caso hipotético, a *supressio*, que impedira a cobrança do crédito não prescrito.

⁸³ “(...) é mais eficiente, sob o ponto de vista da composição dos conflitos de interesses e da tutela da confiança, impedir, com anterioridade, o *venire contra factum proprium*, que impor o posterior ressarcimento dos prejuízos resultantes da conduta incoerente.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar 2007, p. 163).

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 164.

A proibição ao comportamento contraditório, na realidade, pode se apresentar como mecanismo de tutela da confiança através de duas formas distintas: uma de natureza inibitória, impedindo o comportamento incoerente e prevenindo a ocorrência de danos, e outra de natureza reparatória, que impõe ao responsável pela contradição o dever de desfazê-la, se possível, ou de indenizar os prejuízos sofridos por aquele que teve suas legítimas expectativas frustradas.

Não havendo como impedir ou desfazer o comportamento contraditório, o dano provocado pelo *venire contra facum* deverá ser reparado. A conduta incoerente, que quebra a confiança legítima, configura abuso de direito, hipótese em que o ordenamento jurídico prevê a responsabilidade civil objetiva. Não se analisa eventual culpa ou dolo daquele que se comporta de forma contraditória, bastando que se demonstre que o *venire* originou, de forma direta e imediata, danos àquele que teve a confiança lesada, que estará presente o dever de indenizar. É esse, positivamente, o entendimento consolidado pela doutrina no enunciado nº 37, elaborado na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

5. ESPECIFICIDADES INERENTES À APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* ÀS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Examinada a teoria do *venire contra factum proprium*, passa-se à análise das peculiaridades de sua aplicação à Administração Pública.

Com efeito, alguns atributos da atuação administrativa repercutem na dinâmica da proibição ao comportamento contraditório, ora reforçando sua aplicação, ora lhe criando obstáculos. No primeiro caso, podemos citar a presunção de legalidade dos atos estatais, que faz com que os mesmos mais facilmente despertem confiança em seus destinatários. No segundo, temos que o poder de autotutela administrativa pode ser usado para justificar condutas contraditórias, especialmente quando se estiver diante de atos que deixaram de ser convenientes ou oportunos para a Administração, e que, por isso, poderiam, ao menos em tese, ser livremente revogados⁸⁵.

Além das peculiaridades dos diversos tipos de atos administrativos que influenciam a dinâmica do *venire contra factum proprium* e da proteção da confiança legítima, analisaremos, neste tópico, o estado de incoerência originado pela organização administrativa pluricêntrica, marcada por diversos centros de poder com a incumbência de manifestar a vontade da Administração, e também as consequências da aplicação da proibição ao comportamento contraditório ao Poder Público.

⁸⁵ “Em que pese sua crescente acolhida, a aplicação da teoria dos atos próprios ainda enfrenta certa resistência doutrinária e jurisprudencial no âmbito das relações com a Administração Pública. Argumenta-se que a teoria dos atos próprios seria incompatível com o poder-dever da Administração Pública de controlar a legalidade dos seus atos ou, ainda, de rever a qualquer tempo os atos administrativos discricionários. Conclui-se, neste sentido, que a Administração Pública teria sempre a possibilidade de “vir contra os seus próprios atos”, razão pela qual a proibição de comportamento contraditório não teria, neste campo, qualquer aplicação. Tal conclusão parece derivar, contudo, de uma inexata compreensão do papel desempenhado pela teoria dos atos próprios, que pode conviver, harmonicamente, com o poder-dever da Administração de anular ou rever seus atos anteriores.” (SCHREIBER, Anderson, *Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos administrativos*. Tese submetida ao XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Disponível na internet: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil>>, acesso em 28.08.2011, p.1/2).

5.1. PERFIL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DESPERTADORES DE CONFIANÇA

As condutas e manifestações de vontade externadas pelo Poder Público, qualquer que seja a forma adotada, podem vir a ser consideradas *factum proprium* para fins de aplicação da proibição ao comportamento contraditório, desde que tenham aptidão para despertar confiança nos cidadãos no sentido de que a postura estatal manter-se-á coerente.

Os comportamentos da Administração Pública, sejam eles comissivos ou omissivos, concretos ou abstratos, legais ou ilegais, podem servir de base para a confiança legítima dos administrados.

O mais comum é que o *factum proprium* da Administração seja verificado através de uma atuação comissiva, como a edição de decretos, regulamentos, resoluções, avisos, alvarás, adoção de reiterada de determinadas práticas, o julgamento de casos e formação de precedentes, dentre outras. Entretanto, não é menos hábil a originar confiança legítima o comportamento omissivo da Administração, ocasião em que será aplicável a dinâmica da *supressio* e da *surrectio*, espécies do gênero *venire contra factum proprium*.

É verdade que na maioria das vezes o silêncio administrativo não traduz a prática de um ato administrativo, eis que ausente a manifestação formal de vontade. No entanto, ele inevitavelmente representará um fato jurídico administrativo, igualmente apto a produzir efeitos na ordem jurídica⁸⁶ e influenciar o comportamento de outrem, o que faz dele um potencial *factum proprium*, a depender das circunstâncias de cada caso.

O retardamento prolongado e desleal no exercício de um direito pode despertar legítimas expectativas na manutenção do estado de inércia, e isso não é diferente com relação às omissões efetivadas pela Administração Pública. Para isso, é necessário que haja uma omissão qualificada, assim entendida como aquela à qual são somadas condutas comissivas ou circunstâncias de fato que autorizem o nascimento de legítimas expectativas. Nas palavras de Anderson Schreiber:

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 112.

“a omissão pode assumir um caráter qualificado, diante de especiais circunstâncias que justifiquem a tutela da boa-fé objetiva independentemente dos prazos fixados em lei, em uma espécie de prescrição de fato. É o que ocorre, por exemplo, se a Administração Pública, especificamente instada, por diversas vezes, a anular certo ato administrativo, deixa de fazê-lo, despertando em todos a impressão de que, em sua interpretação, o ato não padece de ilegalidade. Tem-se aí uma hipótese que não é de simples omissão, mas de omissão que, qualificada por outras circunstâncias, pode ensejar uma expectativa tutelável de não impugnação do ato anterior.”⁸⁷

Em comparação com os atos abstratos (também denominados de “atos normativos”), os atos concretos (ou “atos individuais”) emanados pela Administração Pública são alicerces mais sólidos para o surgimento de confiança legítima. Por se referirem a um destinatário ou um grupo de destinatários específico, os atos concretos tendem despertar maior grau de confiança naqueles por ele afetados, que mais facilmente vão aderir ao seu sentido objetivo. Seguramente, uma lei de efeitos concretos cria expectativas mais fortes em seus destinatários diretos do que uma lei comum, dotada de abstração e generalidade, que regula o comportamento de uma quantidade indeterminada de pessoas.

Isso se deve, principalmente, a duas razões: (i) quanto mais específico e direcionado for o ato, maior será, em regra, a tendência de seu destinatário nele depositar confiança legítima e aderir ao seu sentido objetivo; e (ii) o ato normativo é, por essência, sempre revogável, o que dificulta o surgimento de autênticas expectativas de sua manutenção.

Em certas situações, porém, será possível proteger expectativas dos cidadãos decorrentes de atos normativos, sobretudo diante de mudanças bruscas e inesperadas que lhe causem prejuízos significativos. As hipóteses em que se verificará uma confiança legítima extraída de atos normativos são raras e excepcionais, mas não podem ser excluídas de plano. Tal proteção poderá se concretizar através de diversos meios que não à manutenção do ato normativo – o que acabaria por petrificar o ordenamento jurídico –, como elaboração de normas de transição, o pagamento de indenização ou a exclusão de determinadas pessoas do novo cenário normativo.

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos administrativos*. Tese submetida ao XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Disponível na internet: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil>>, acesso em 28.08.2011, p. 5/6.

A confiança legítima também pode advir tanto de atos legais quanto de atos ilegais. Sabe-se que a lei é presumidamente conhecida por todos, de modo que ninguém pode alegar que não sabia de sua existência se esquivar ao seu cumprimento (art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸⁸). Em virtude disso, a confiança extraída de atos ilegais não poderia, em princípio, ser considerada legítima. Ocorre que diante de um cenário normativo extremamente vasto e confuso, repleto de ordenamentos setoriais, decorrente da estrutura pluricêntrica da Administração, essa presunção de conhecimento da lei apresenta-se falaciosa e insustentável. Nesse contexto, e tendo em vista a presunção de legalidade dos atos emanados pela Administração, torna-se possível que um ato ilegal dê origem a expectativas legítimas, as quais poderão vir a ser protegidas através do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Na realidade, não se pode rejeitar nem mesmo a possibilidade de atos inconstitucionais despertarem legítimas expectativas, eventualmente dignas de tutela. Vigora a presunção de constitucionalidade dos textos normativos, que impõe aos particulares o dever de respeitá-los até que eventualmente sejam declarados inconstitucionais, motivo pelo qual um dispositivo inconstitucional pode dar origem à confiança legítima⁸⁹.

Entretanto, os atos gravados de vícios de extrema gravidade, cuja evidência salta aos olhos – classificados, pela doutrina, como atos inexistentes⁹⁰ ou radicalmente nulos –, não poderão, logicamente, servir de fundamento para uma confiança legítima, eis que seus destinatários têm o dever de saber que o comando não se coaduna com o ordenamento, não devendo, portanto, ser mantido.

Independentemente da forma através da qual a conduta da Administração irá se exteriorizar, a legitimidade da confiança dependerá da clareza e precisão da atuação estatal. A manifestação confusa, duvidosa, e indigna de credibilidade é incapaz de despertar em um homem

⁸⁸ Decreto-Lei 4.657/1942, art. 3º: Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

⁸⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 87.

⁹⁰ Com relação à definição da categoria de atos inexistentes, adotamos o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “a inexistência é a manifestação máxima da invalidade. No entanto, a distinção (entre ato inexistente e ato inválido) é útil e costuma ser adotada porque justifica o tratamento jurídico distinto para os casos de evidente defeito (inexistência) em face daqueles em que existe uma aparência razoável, ainda que defeituosa (invalidade), de cumprimento dos requisitos previstos pelo ordenamento jurídico”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum 2010, p. 359).

médio, munido dos padrões de cautela e de diligência impostos pela boa-fé objetiva, expectativas legítimas.

Para Valter Shuenquener de Aarájo, *“parece correto afirmar que a existência de uma relação de confiança dependerá da qualidade e da quantidade de informação recebida pelo particular. É indispensável que haja uma clareza na informação hábil a viabilizar a identificação da intenção estatal. O nível de instrução recebida será um dos elementos capazes de distinguir a confiança, que se caracteriza como um ato dotado de racionalidade”*⁹¹.

Assim, apesar de ser bem variada a gama de condutas da Administração aptas a despertar nos cidadãos legítimas expectativas, será necessário avaliar casuisticamente o contexto em que foram adotadas, analisando-se a existência efetiva de substratos, entre os quais a clareza, precisão, objetividade, e a aparência de compatibilidade com o ordenamento jurídico, que autorizem o surgimento da confiança legítima, que, como visto, é requisito indispensável e fundamento para a aplicação da proibição ao comportamento contraditório.

5.2. A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ESTATAIS

Um dos principais atributos dos atos administrativos é a presunção de legitimidade, isto é, presunção de que foram editados de acordo com os comandos legais. Tal presunção é da essência dos atos administrativos, na medida em que a Administração Pública tem sua atuação pautada no princípio da legalidade (ou, mais modernamente, juridicidade), devendo agir quando e como definido no ordenamento jurídico.

Trata-se de uma presunção relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário. Não obstante, ela já é suficiente para fundamentar a autoexecutoriedade dos atos administrativos, e ensejar a inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação de sua ilegalidade⁹².

⁹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 89.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 134.

Naturalmente, sendo o ato presumidamente legítimo, maior será seu potencial de despertar expectativas legítimas em seus destinatários, que tendem a supor que inexistem vícios que o maculem. A presunção de legitimidade, portanto, acaba por reforçar a autenticidade da confiança dos cidadãos no sentido de preservação do ato.

Esse atributo do ato administrativo será de extrema valia para a proteção da confiança do administrado diante de pretensão da Administração Pública de anular atos eivados de vício de legalidade que proporcionem benefícios aos seus destinatários de boa-fé. Isso porque não havendo como impor aos administrados o conhecimento integral do ordenamento, a presunção de legitimidade dos atos estatais será suficiente, na maioria dos casos, para fazer com que a conduta da Administração lhes desperte legítimas expectativas, a ponto de estabelecer obstáculos à anulação do ato. Na realidade, apenas quando o vício de juridicidade for flagrante e de extrema gravidade, a ponto do ato ser caracterizado como inexistente ou radicalmente nulo, é que a presunção de legitimidade não será capaz de conferir ao administrado uma confiança passível de proteção.

5.3. A AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

O poder de autotutela representa o dever de a Administração Pública controlar seus próprios atos, podendo anular os que apresentem vícios de legalidade e revogar os que sejam inconvenientes e inoportunos, independentemente da provocação do Poder Judiciário. Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 473 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal: *“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*⁹³.

⁹³ Praticamente reproduzindo o teor do verbete sumular, mas com uma redação mais técnica, o art. 53 da Lei nº 9.784/1999 reza que *“a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”*. Com efeito, a parte do enunciado sumular, que afirma que dos atos nulos não se originam direitos, reflete entendimento superado, como se pode verificar do seguinte julgado que reconhece a servidores de boa-fé irregularmente contratados pela

Como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o poder de autotutela “*é uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade*”⁹⁴. Ora, se a Administração tem sua atuação pautada na lei, nada mais natural que ela zele pela compatibilidade de seus atos com o ordenamento jurídico, anulando os atos ilegais. Em relação aos atos inconvenientes ou inoportunos, o polêmico e já contestado dogma da supremacia do interesse público é que parece fundamentar a possibilidade de a Administração revogá-los.

Estabelecendo diferenças básicas entre a anulação (ou invalidação) e a revogação, podemos afirmar que:

- (i) a anulação recai sobre atos ilegais, isto é, que apresentam vício de legalidade quanto à competência, forma, finalidade, motivo ou objeto, podendo incidir, desse modo, tanto a atos vinculados quanto a atos discricionários⁹⁵, ao passo que a revogação somente pode ser aplicada aos atos discricionários, nos quais a lei não disciplina previamente todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a critério do administrador público a

Administração o direito de serem remunerados pelos serviços prestados: “*DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES. NULIDADE. SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO. EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ. PRESTÍGIO À CONFIANÇA E SEGURANÇA JURÍDICA. EFEITOS PATRIMONIAIS RESTRITOS PODEM ADVIR DO CONTRATO NULO. Ao reconhecer a nulidade de contratação de servidores públicos, não se deve exigir que as partes retornem a sua situação patrimonial anterior, com a devolução de remuneração auferida, desde que o servidor, agindo de boa-fé, tenha efetivamente prestado serviços à Administração Pública. Se a Administração Pública recebe de volta a remuneração que pagou a seus servidores e ainda auferir os benefícios dos serviços que lhe foram prestados, experimenta claro enriquecimento sem causa. A eficácia do contrato nulo fica adstrita à manutenção das consequências patrimoniais do sinalagma que não pode ser desfeito sem violação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança. (...). Voto: Em outras palavras, a realidade impõe a salvaguarda da confiança, da boa-fé e da segurança jurídica, fazendo com que se reconheçam certos efeitos do ato nulo.*” (STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em REsp nº 575.551/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01.04.2009).

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, p. 68.

⁹⁵ Em que pese termos afirmado, no capítulo 2, que atualmente se encontra enfraquecida a dicotomia entre atos vinculados e discricionários, na medida em que todos os atos administrativos estariam vinculados à juridicidade, havendo apenas diferentes graus de vinculação, essa separação ainda se revela útil para o estudo dos elementos dos atos administrativos, de suas características e do seu controle. Atos vinculados são os que contam com todos os elementos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto) vinculados pela lei, não sobrando margem de liberdade para a atuação do administrador público. Atos discricionários, por sua vez, são aqueles em que a lei define apenas os elementos competência, forma e finalidade, deixando à discricção do administrador a conformação do motivo e do objeto do ato administrativo. Verifica-se, assim, que mesmo os atos discricionários têm elementos vinculados pela lei, razão pela qual podem sofrer controle de legalidade.

valoração, diante do caso concreto, do motivo e do objeto do ato a ser praticado, e é justamente a mudança na avaliação destes critérios que enseja a revogação;

- (ii) enquanto a anulação é um ato vinculado, por força do princípio da legalidade, a revogação é discricionária, ficando à mercê de um juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador público acerca da manutenção do ato;
- (iii) a anulação é dotada, em regra, de efeitos retroativos (*ex tunc*), uma vez que o vício de legalidade acompanha o ato desde o seu nascimento, o que não acontece na revogação, que tem efeitos *ex nunc* pelo fato do ato ter sido editado em conformidade com a lei, tendo apenas deixado de ser conveniente ou oportuno para a Administração Pública; e
- (iv) a anulação pode ser feita tanto pela Administração, no exercício da autotutela, quanto pelo Poder Judiciário, diferentemente da revogação, que é privativa da Administração Pública, já que a valoração do motivo e do objeto do ato é reservada à valoração da conveniência e oportunidade do administrador público, sendo defeso ao Judiciário a ele se substituir⁹⁶.

⁹⁶ O entendimento clássico é que, por conta do princípio da separação funcional de Poderes, o Judiciário não poderia apreciar o mérito administrativo que se verifica nos atos discricionários. Esse raciocínio, contudo, vem sendo mitigado pela jurisprudência e pela doutrina, que tem passado a admitir tal tipo de controle, ainda que excepcionalmente, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Como se disse anteriormente, a liberdade do administrador para conformar o mérito administrativo não é plena, pois ele deverá sempre observar os fins impostos pela Constituição, numa autêntica “vinculação à juridicidade”. Por isso, não sendo o ato razoável e proporcional, à luz dos princípios constitucionais, vislumbra-se a possibilidade do Judiciário anulá-lo (e não revogá-lo), conforme se verifica do seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “ADMINISTRATIVO. ENSINO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO DISCIPLINAR EM VIRTUDE DO FURTO DE ANIMAIS NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FATO CONSUMADO. 1. Impetrou-se mandado de segurança com objetivo de afastar sanção disciplinar, em virtude do furto de animais no interior de escola agrotécnica, que culminou com a perda do direito dos impetrantes de frequentarem o curso técnico na instituição de ensino, quando restavam apenas 45 (quarenta e cinco) dias letivos para concluí-lo. 2. Não procede a argumentação de que ao Poder Judiciário é defeso ingressar no campo próprio da discricionariedade do administrador, sob pena de ferir a regra de independência dos poderes do Estado. 3. De fato, na concepção tradicional, o ato administrativo (a expulsão do aluno subsume-se no conceito de ato administrativo) é visto sob dois aspectos - o mérito e a legalidade - para efeito de só permitir o controle judicial sobre a legalidade. Mas mesmo na teoria tradicional é aceito o controle da existência e adequação dos motivos, em relação ao objeto (conteúdo) do ato, matéria que, para esse fim, é transportada para o campo da legalidade. 4. O mérito do ato administrativo está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério de razoabilidade. O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação. 5. O conceito de razoabilidade, pela valoração que envolve, não evita uma zona de penumbra, fenômeno que, ultrapassado o racionalismo, tornou-se típico

O exercício da autotutela pode parecer, em um primeiro momento, uma autorização para a Administração Pública ir contra seus próprios atos, dado à possibilidade de anulá-los ou revogá-los. Porém, em uma análise mais atenta, verifica-se que a autotutela, como qualquer outra atividade administrativa, deve respeitar os princípios constitucionais que colocam o cidadão como foco da atividade administrativa, entre os quais se insere o princípio da proteção da confiança legítima.

Assim, a Administração não é totalmente livre para anular ou revogar seus atos, devendo antes avaliar se sua conduta poderá ferir legítimas expectativas dos cidadãos, ocasião em que o princípio da proteção da confiança legítima poderá impor limitações ao exercício da autotutela, através da proibição ao *venire contra factum proprium*.

Fixadas essas premissas gerais inerentes à autotutela, passa-se ao estudo separado dos casos de anulação de atos ilegais e revogação de atos inconvenientes e inoportunos.

5.3.1. O PODER DE ANULAR OS ATOS ILEGAIS E A PONDERAÇÃO ENTRE A LEGALIDADE E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

das instituições jurídicas. Na dúvida sobre se um ato comporta-se ou não dentro de fronteiras razoáveis, deve o juiz optar pela sua confirmação. 6. Na hipótese dos autos, ainda que a autoridade administrativa repute grave a falta cometida pelos impetrantes/apelados, sua expulsão, faltando apenas 45 (quarenta e cinco) dias letivos para a conclusão do curso, mostra-se inconveniente e desnecessária, acarretando desperdício de recursos. 7. Além disso, com base no princípio da praticidade recomenda-se que seja respeitada a situação consolidada pela concessão da segurança em meados de 2004, sob pena de injustiça maior, a esta altura. 8. Há que se pensar, além da coerência lógica, no resultado prático do julgamento, pois se aos impetrantes só restavam 45 (quarenta e cinco) dias para terminar o curso, já devem tê-lo concluído. 9. Apelação e remessa oficial improvidas.” (TRF1, 5ª Turma, AMS 200341000053830, Relator Des. Federal João Batista Moreira, DJ de 05.10.2005). Em alguns julgados, contudo, o Judiciário vai além, interferindo de forma mais agressiva no mérito administrativo, até mesmo determinando a implantação de políticas públicas, como se administrador público fosse. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 429570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 11.11.2003).

Classicamente, a anulação de atos ilegais é tida como um dever da Administração Pública, que não teria margem de discricionariedade para avaliar a conveniência e oportunidade de invalidar o ato. Apurado um vício de legalidade em um ato administrativo, o princípio da legalidade impõe à Administração que proceda à sua anulação, preservando a harmonia do ordenamento.

Ocorre que o princípio da legalidade não pode mais ser compreendido de forma isolada e absoluta, devendo ser reinterpretado sob as lentes do constitucionalismo contemporâneo. O que há, atualmente, não é uma vinculação pura e simples à lei, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo, naquilo que se denomina de vinculação à juridicidade.

Entre os valores consagrados pela ordem constitucional está a confiança legítima, que impõe à Administração Pública o dever de respeitar as legítimas expectativas que seus atos despertaram nos administrados. Desse modo, para atuar de acordo com os parâmetros estabelecidos pela juridicidade, ao pretender rever um de seus atos, o administrador público deve não apenas observar o princípio da legalidade, mas também o da proteção da confiança legítima. Como sustenta Judith Martins-Costa, *“o princípio da legalidade não é mais ‘incontestável’, devendo ser sopesado e articulado com outros princípios que darão a medida de sua aplicação. Dentre eles, destaca-se, de maneira exponencial, justamente o princípio da confiança”*⁹⁷.

Os atos ilegais, como afirmado anteriormente, também podem servir de base para o surgimento de confiança legítima nos administrados, de modo a restringir o poder de autotutela da Administração. O princípio da proteção da confiança poderá criar empecilhos para a invalidação de um ato administrativo ilegal se seu beneficiário nele tiver depositado legítimas expectativas. Ele reforça a ideia de que não existe um cego dever para o Administrador de anular todos os atos que contenham vícios, pois diversos outros fatores podem aconselhar a sua manutenção⁹⁸. A autotela administrativa, assim, não pode ser exercida a qualquer tempo e em quaisquer situações.

A dinâmica do *nemo potest venire contra factum proprium* é perfeitamente aplicável para tutela da confiança legítima dos indivíduos diante de atos que apresentem vícios de legalidade. O ato ilegal - que, naturalmente, não é vinculante, e pode ser anulado pela Administração -

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 5.

⁹⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 129.

caracteriza-se como *factum proprium*, apto a despertar legítimas expectativas em seus destinatários, especialmente quando somado a fatores externos, como o decurso de tempo razoável (ocasião em que se poderá falar em *supressio*) ou comportamentos comissivos do Poder Público. Assim, se a pretensão de anulá-lo puder causar danos aos cidadãos de boa-fé que confiaram e aderiram ao seu sentido objetivo, haverá *venire contra factum proprium*, a princípio defeso pelo Direito.

A proibição ao comportamento contraditório dependerá de um juízo de ponderação entre o interesse público em extirpar o ato ilegal do ordenamento, zelando pela observância do princípio da legalidade, e o interesse, também público, de proteção da confiança legítima do cidadão. Apenas através de uma contraposição entre tais valores é que se poderá chegar a uma solução adequada para o caso concreto.

Dependendo do resultado dessa avaliação, pode-se (i) declarar a nulidade do ato, desconstituindo seus efeitos; (ii) declarar a nulidade, mantendo seus efeitos já produzidos; (iii) declarar a nulidade, modulando seus efeitos para o futuro⁹⁹; ou (iv) inadmitir a declaração de nulidade¹⁰⁰.

Em alguns casos, o próprio legislador realiza esse juízo de ponderação e define previamente como o administrador público deve atuar. No Brasil, o art. 54 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo em âmbito federal¹⁰¹, expressamente estabelece um prazo decadencial de

⁹⁹ Isso porque entendemos ser possível a utilização, por analogia, dos artigos 27 da Lei nº 9.866/99 e 11 da Lei nº 9.882/99, que autorizam o Supremo Tribunal Federal a graduar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei, para o administrador público modular os efeitos da declaração de ilegalidade de seus atos. No Estado do Rio de Janeiro, inclusive, há previsão expressa na Lei 5.427/2009 autorizando essa possibilidade: “Art. 53 (...) §3º: Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.”

¹⁰⁰ Apenas na última hipótese é que teremos uma autêntica manifestação do *nemo potest venire contra factum proprium*, no sentido literal da expressão. Mas é certo que a proibição ao comportamento contraditório nem sempre tem o condão de evitar a incoerência de condutas, havendo outras implicações que podem tutelar a confiança, ainda que de forma menos efetiva, como, por exemplo, a imposição de um dever de reparar os danos oriundos da contradição.

¹⁰¹ A jurisprudência tem aplicado, por analogia, o prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei Federal 9.784/99 a outros entes federativos que não tenham dispositivo similar em suas legislações, como se pode aferir do seguinte julgado do STJ: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE.

cinco anos para que a Administração anule atos ilegais que proporcionem efeitos benéficos aos administrados de boa-fé, *in verbis*:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

O legislador, nesse dispositivo, criou uma regra jurídica, decidindo, ele próprio, que os princípios da confiança e da segurança jurídica devem prevalecer sobre o princípio da legalidade nas situações que se amoldem ao comando legal. A respeito do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, assim se manifesta Almiro do Couto e Silva:

“Como se trata de regra, ainda que inspirada num princípio constitucional, o da segurança jurídica, não há que se fazer qualquer ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, como anteriormente à edição dessa regra era necessário proceder. O legislador ordinário é que efetuou essa ponderação, decidindo-se pela prevalência da segurança jurídica, quando verificadas as circunstâncias perfeitamente descritas no preceito. Atendidos os requisitos estabelecidos na norma, isto é, transcorrido o prazo de cinco anos e inexistindo comprovada má fé dos destinatários, opera-se, de imediato, a decadência do direito da Administração Pública Federal de extirpar do mundo jurídico o ato administrativo por ela exarado, quer pelos seus próprios meios, no exercício da autotutela, quer pela propositura de ação judicial visando a decretação de invalidade daquele ato jurídico.”¹⁰²

Transcorrido o prazo decadencial sem que tenha sido exercido o poder de anulação, a lei presume a confiança legítima do destinatário do ato de boa-fé, tornando desnecessária a investigação acerca do exercício dessa confiança - requisito que normalmente é exigido para sua proteção.

DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA EM FACE DO DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 9.784/99 POR ANALOGIA INTEGRATIVA. 1. Nos termos da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, de modo a adequá-lo aos preceitos legais. 2. Com vistas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus territórios. Colheu-se tal entendimento tendo em consideração que não se mostra razoável e nem proporcional que a Administração deixe transcorrer mais de cinco anos para providenciar a revisão e correção de atos administrativos viciados, com evidente surpresa e prejuízo ao servidor beneficiário. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1251769/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06.09.2011, DJ de 14.09.2011).

¹⁰² COUTO E SILVA, Almiro do. Op. cit., p. 21/22.

A previsão de um prazo legal para a Administração anular seus atos não significa que ela seja livre para invalidá-los enquanto o mesmo não houver se expirado. O que se tem é que, exaurido o prazo previsto em lei, não cabe ao administrador perquirir se, no caso concreto, devem efetivamente a confiança e a segurança jurídica prevalecer sobre a legalidade, pois a questão já foi definida pelo legislador. No entanto, estando em curso o referido prazo, a ponderação entre os princípios conflitantes terá vez, devendo o administrador público realizá-la para buscar a melhor forma de atender à juridicidade no caso concreto. Mais uma vez, destacamos o posicionamento de Almiro do Couto e Silva:

“O que pode ocorrer é que, no curso do prazo de cinco anos, venha a configurar-se situação excepcional que ponha em confronto os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Nessa hipótese, deverá o juiz ou mesmo a autoridade administrativa efetuar a ponderação entre aqueles dois princípios (legalidade e segurança jurídica) para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, mesmo ainda não se tendo configurado a decadência.”¹⁰³

Questão interessante que se põe é a respeito do conhecimento da ilegalidade por parte do cidadão: pode um particular ter dúvidas acerca da legalidade de um ato e mesmo assim ser protegido pelo princípio da confiança legítima e pela proibição ao comportamento contraditório?

A confiança só é legítima, e, portanto, digna de proteção, quando o particular está de boa-fé. Positivamente, considera-se de boa-fé o administrado que não contribuiu para a ilegalidade, tendo agido de forma limpa e fornecido todas as informações necessárias para a Administração praticar o ato. Eventual ação ou omissão, intencional ou descuidada, que contribua para a ilegalidade, pode descaracterizar a legitimidade de sua confiança e, conseqüentemente, impedir sua proteção. A aferição da boa-fé, assim, é feita a partir de eventual participação, dolosa ou culposa, do administrado para a prática do ato ilegal, sendo prescindível o exame do estado psíquico de conhecimento da ilegalidade.

Uma vez praticado o ato ilegal, e não tendo o seu destinatário contribuído para o vício, a presunção de legitimidade dos atos estatais autorizará que o administrado nele deposite confiança legítima. Ainda que um particular desconfie que o ato seja eivado de um vício de legalidade, a presunção de legitimidade dos atos administrativos tornará suas expectativas dignas de tutela.

¹⁰³ Ibid., p. 22.

Acontece que não são todos os atos administrativos que gozam da presunção de legitimidade. Os atos que apresentem vícios grosseiros, que se revelem em nítida desconformidade com o ordenamento, não são aptos a despertar legítimas expectativas nos administrados, na medida em que todos têm o dever conhecer a ilegalidade que os fulminam. Inexistindo confiança legítima a ser protegida, não haverá que se falar em proibição ao comportamento contraditório, devendo a Administração Pública, ou o próprio Judiciário, quando provocado, afastá-lo do ordenamento.

Para ilustrar o papel do *nemo potest venire contra factum proprium* como limitador do poder de autotutela administrativa, no que se refere à anulação de atos ilegais, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*“E M E N T A: Embargos de Declaração. Agravo Inominado previsto no art. 557 do C.P.C. Apelação Provida por R. Decisão Monocrática do Relator. Ação Declaratória. PREVI RIO.I - Pleiteiam os Embargantes que o Recorrente não promova a supressão do pagamento das importâncias relativas à Gratificação por Encargos Especiais, restando julgado improcedente. Benefício com fundamento legal no Decreto Municipal nº 12.812/94. II - Por desídia da Administração ou por equívoco na interpretação quanto à natureza da Gratificação, Embargados tiveram seus proventos de aposentadoria homologados, com a incorporação do benefício anteriormente recebido, desde a Edição do Decreto Municipal nº 12.812/94. **Apurada ilegalidade não decorrente de dolo dos Recorridos. Aplicação dos Princípios da Segurança Jurídica e da Confiança. Teoria dos atos próprios (venire contra factum proprium).** III - **Vedação de comportamentos contraditórios. Aplicável a tese da Supressio. Poder-dever do Ente Municipal em invalidar seus próprios atos encontra limite temporal na legislação em vigor (artigo 54 da Lei federal nº 9.784/1999 e artigo 53 da Lei estadual nº 5.427/2009) e nos Princípios Constitucionais da Segurança Jurídica, da Confiança e da Boa-Fé Objetiva.** IV - **Não podem ficar indefinidamente sujeitas à instabilidade da autotutela situações estabelecidas.**”¹⁰⁴*

5.3.2. O PODER DE REVOGAR ATOS INCONVENIENTES OU INOPORTUNOS

No que se refere aos atos discricionários, a Administração Pública tem a faculdade de revogá-los, quando deixem de lhe ser convenientes e oportunos. A lei impõe apenas que a Administração respeite os direitos adquiridos decorrentes do ato, já incorporados ao patrimônio dos particulares. É o que dispõe a parte final do art. 53 da Lei nº 9.784/1999, *in verbis*: “Art. 53. A

¹⁰⁴ TJRJ, 4ª Câmara Cível, Processo nº 0095345-73.2009.8.19.0001, Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho, julgado em 25.07.2011 – sem grifos no original.

Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Ocorre que a proteção aos direitos adquiridos nem sempre é suficiente para a proteção dos cidadãos diante das iniquidades estatais. O Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade da pessoa humana como ápice do ordenamento jurídico, não pode se limitar a assegurar os direitos adquiridos, devendo também tutelar as expectativas legítimas, muito embora estas ainda não tenham se incorporado ao patrimônio dos administrados.

Os atos que admitem revogação mais dificilmente gerarão confiança legítima em seus destinatários, evidentemente. Sendo o ato precário, o particular não pode contar com a sua manutenção, devendo considerar que sempre haverá a possibilidade da Administração revogá-lo, de acordo com a sua avaliação de conveniência e oportunidade.

Muitas vezes, contudo, as circunstâncias inerentes ao caso concreto, como a natureza do ato, o decurso do tempo ou outros comportamentos administrativos, fazem com que o destinatário do ato adira ao seu sentido objetivo de tal forma que sua revogação possa causar-lhe severos prejuízos, decorrentes da quebra da confiança, criando obstáculos ao poder de revogação da Administração, com fundamento na teoria do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Imagine-se, por exemplo, que um particular obtenha uma licença para construir um prédio em determinada localidade, e, após adquirir todo o material necessário à obra, tal licença venha a ser revogada pela Administração. As licenças, como regra, são atos vinculados, que declaram um direito subjetivo do particular. Doutrina e jurisprudência, no entanto, têm entendimento de que, no caso específico da licença para construir, seria suscetível sua revogação enquanto não iniciada a obra licenciada¹⁰⁵. O STF, há muito, pontifica que *“antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da administração pública, sem que valha o argumento do direito adquirido”*¹⁰⁶. Na hipótese em tela, o particular acreditou na manutenção do ato estatal e, com base nele, realizou significativos gastos com a aquisição de material para a obra, a qual não poderá mais ser iniciada por conta do comportamento contraditório da Administração, que

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 156.

¹⁰⁶ STF, 2ª Turma, REExt 105.634, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 08.11.1985.

revogou a licença. Nessa situação, a confiança legítima do particular não pode ficar desprotegida, devendo o Estado ao menos indenizar os danos decorrentes da ruptura de suas expectativas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apreciou hipótese em que o Município de Niterói, através de sua Secretaria do Meio Ambiente, concedeu licença a um particular para a execução de um aterro em um terreno de sua propriedade, e, pouco após o início da obra, revogou-a, por ter constatado a possibilidade de ocorrência de dano ao meio ambiente. Apesar de na própria licença constar a possibilidade de sua revogação caso fosse posteriormente apurado algum risco à segurança pública, o TJRJ entendeu que a obra só foi iniciada porque o particular confiou em tal ato administrativo, ainda que precário, de modo que a ruptura de suas legítimas expectativas impunha ao Estado o dever de indenizar os danos decorrentes de seu comportamento contraditório. Confira-se:

*“Ementa: LICENÇA PARA ATERRO EM TERRENO – INÍCIO DE EXECUÇÃO DO PROJETO – POSTERIOR REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO – **VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES E O PODER PÚBLICO.** (...). Revogada licença concedida em razão de o laudo de vistoria técnica realizado no imóvel constatar possibilidade de dano ao meio ambiente pela ocorrência do aterro. O autor somente iniciou o processo de construção no bem em razão da licença concedida nos termos do memorial descritivo do projeto aprovado pelo órgão competente municipal. Confiou porque respaldado em ato proferido pela autoridade administrativa competente para tanto. A revogação do ato administrativo violou a confiança legítima do administrado no ato praticado pelo Poder Público, frustrando expectativas e interesses depositados na realização do projeto. (...).*

Voto: A revogação do ato administrativo violou a confiança legítima do administrado no ato praticado pelo Poder Público, frustrando expectativas e interesses depositados na realização do projeto. Perfeitamente aplicável a teoria do venire contra factum proprium no âmbito das relações entre particulares e o Poder Público, que tem como finalidade garantir a observância da segurança jurídica e boa-fé objetiva nas relações travadas entre as partes. (...). Desta forma, o autor deve ser indenizado pelos danos materiais causados pela revogação do ato administrativo, consistentes nos gastos resultantes da realização da obra, acrescidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês a contar da citação e correção monetária a partir do desembolso, de tudo a ser apurado em liquidação de sentença.”¹⁰⁷

A confiança dos administrados não poderá ser ignorada pela Administração, que, da mesma forma como acontece com os atos ilegais, deverá realizar um juízo de ponderação para aferir qual conduta melhor se coaduna com os ideais impostos pela juridicidade. A partir dessa análise, a

¹⁰⁷ TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação cível nº. 2008.001.57879, Rel. Des. Edson Vasconcelos, julgado em 18.03.2009 – sem grifos no original.

Administração decidirá pela revogação do ato, sua manutenção, ou até mesmo a adoção de posturas intermediárias, como a determinação de um prazo que o ato continue produzindo seus efeitos, antes de ser revogado, ou a revogação mediante o pagamento de uma indenização.

Efetivamente, o que justifica a revogação de atos inconvenientes ou inoportunos é o interesse público. Tal conceito, como visto, sofreu profundas alterações em virtude da nova ordem constitucional e da elevação da posição do cidadão ao cerne da atividade administrativa. Ele não traduz o mero interesse da Administração Pública, como pessoa jurídica (interesse público secundário), e tampouco representa, em todos os casos, o interesse da maioria ou das coletividades. É necessário averiguar o interesse público diante de cada caso concreto, analisando e sopesando todos os interesses conflitantes, como a proteção da confiança do administrado e motivos que fundamentam a pretensão da Administração de revogar o ato. A proteção da confiança legítima, apesar de apresentar feições de um interesse individual, também forma o conceito de interesse público, a ser perseguido pelo Estado.

Ademais, sob um ponto de vista genérico, é desejável que o Estado se comporte de forma coerente e previsível, possibilitando que os administrados se pautem em seus atos para planejarem suas atividades. Uma organização estatal que não se importa com a confiança de seus administrados não pode ser considerada legítima, na medida em que estará se desviando de sua finalidade, qual seja, servir de instrumento para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Se é certo que o Estado deve adequar sua atuação às realidades sociais, altamente cambiáveis, também é correto que ele não pode desprezar as legítimas expectativas que os cidadãos depositaram em seus atos, razão pela qual sua atuação inevitavelmente estará subordinada à ponderação dos princípios conflitantes em cada caso concreto.

5.4. A TEORIA DO FATO CONSUMADO

Dinâmica semelhante à tratada no tópico anterior é a aplicação da proibição ao comportamento contraditório diante de decisões judiciais que concedem liminares e acabam se perpetuando no tempo.

As decisões que liminarmente concedem provimentos de urgência são tomadas a partir de uma cognição sumária, sendo, por sua essência, revogáveis a qualquer momento, em virtude de fatos supervenientes, das provas produzidas no curso do processo e até mesmo da simples alteração do juízo valorativo do magistrado acerca da questão jurídica posta à sua apreciação.

Nessas condições, o particular que é beneficiado por uma decisão liminar deve ter ciência da precariedade do ato, não podendo ter expectativas autênticas de sua manutenção. Em outras palavras, eventual confiança do cidadão quanto à preservação do sentido objetivo da decisão liminar não pode ser considerada legítima, e, por conseguinte, não pode ser tutelada pelo ordenamento.

Entretanto, apesar do ato em si ser incapaz de provocar confiança legítima em seus destinatários, esta pode ser verificada quando outros fatores a ele forem somados, sendo o longo decurso de tempo o mais comum deles. É cediço que muitas vezes o Poder Judiciário não consegue atender de forma célere às demandas que lhe são submetidas, sendo até mesmo comum a manutenção de decisões liminares por vários anos, até que a decisão definitiva seja finalmente proferida. No âmbito desses casos é que foi desenvolvida a “teoria do fato consumado”¹⁰⁸, segundo a qual *“as situações jurídicas consolidadas pelo tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais”*¹⁰⁹. A teoria do fato consumado consiste em construção jurisprudencial e implica na convalidação de ato ilegal em decorrência de sua consolidação no tempo por força de decisão judicial precária, devido à lentidão do Poder Judiciário em apreciar a ação¹¹⁰.

Os Tribunais Superiores costumam invocar essa teoria para validar a admissão de alunos que ingressaram na universidade com amparo de decisão judicial liminar, especialmente após

¹⁰⁸ Na realidade, a teoria do fato consumado pode ser empregada para justificar a manutenção de qualquer ato viciado ou revogável que esteja em vigor por considerável período de tempo, quando seu desfazimento puder gerar mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que seus efeitos já se produziram. Na jurisprudência, contudo, o mais é comum é ver a aplicação dessa teoria nos casos em que decisões liminares disciplinam situações jurídicas por diversos anos até serem cassadas.

¹⁰⁹ STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n. 837.580/MG, julgado em 15.05.2007.

¹¹⁰ A definição é do Min. Jorge Mussi, extraída de seu voto-vista no MS 13669/DF, que teve como relator o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado pela 3ª Seção do STJ em 22.09.2010.

terem concluído o curso ou parte substancial dos períodos que o compõem¹¹¹. De outro lado, é pacífico o entendimento de que a teoria do fato consumado não pode justificar a convalidação da aprovação de candidato em concurso público no qual prosseguiu com respaldo em decisão liminar¹¹².

Note-se que a diferença de tratamento entre as situações acima decorre, na realidade, da ponderação entre os interesses conflitantes. Em ambos os casos, ainda que implicitamente, a confiança do particular é ponderada com os motivos que levam o Estado a rever seu ato, alterando o sentido objetivo da decisão liminar, só que apenas no primeiro entende a jurisprudência que ela tem condição de prevalecer. De fato, manter um candidato em um cargo público no qual ingressou de forma inválida é muito mais grave do que aceitar a convalidação da formação universitária de um aluno irregularmente admitido em determinado estabelecimento educacional, principalmente porque o desfazimento da segunda situação não traz nenhuma vantagem para a sociedade, ao contrário do desfazimento da primeira, que ou reduz os custos da Administração ou abre uma vaga no serviço público, a ser preenchida por candidatos submetidos ao regular processo de seleção.

¹¹¹ “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENSINO SUPERIOR. MILITAR REMOVIDO EX OFFICIO . DEPENDENTE. TRANSFERÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR PARA INSTITUIÇÃO DE ENSINO PÚBLICO. LIMINAR DEFERIDA. CONCLUSÃO DO CURSO. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. Acórdão a quo que reconheceu a impossibilidade da transferência de dependente de militar removido ex officio, de instituição particular de ensino superior para instituição de ensino público 2. Hipótese em que a liminar, concedida em 16/5/2001, permitiu à estudante o prosseguimento dos estudos até o julgamento do recurso da apelação, em 4/4/2006. Ocorre que, nesta data, a impetrante já havia concluído todas as disciplinas da grade curricular do Curso de Nutrição da Universidade do Rio de Janeiro, conforme noticiam os autos, sendo, portanto, aplicável ao caso, a teoria do fato consumado. 3. Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, face à morosidade dos trâmites processuais. Precedentes. 4. Recuso especial a que se dá provimento, a fim de se conceder a segurança impetrada, em razão da situação fática consolidada.” (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Resp 1.096.431/RJ, julgado em 25.08.2009). “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALUNO. TRANSFERÊNCIA. CONCLUSÃO DO CURSO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. O Supremo, ao analisar hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie. Agravo regimental a que se dá provimento.” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, AgRg no RExt n. 429906/SC, j. em 19.08.2008).

¹¹² “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E CLÁUSULAS DO EDITAL. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. 1. A análise do recurso extraordinário depende da interpretação do teor do edital do concurso público e do reexame dos fatos e das provas da causa. 2. A participação em curso da Academia de Polícia Militar assegurada por força de antecipação de tutela, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. 3. Esta Corte já rejeitou a chamada “teoria do fato consumado”. Precedentes : RE 120.893-AgR/SP e AI 586.800-ED/DF, dentre outros. 4. Agravo regimental improvido.”(STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Grace, AgRg no Rext 476783/SE, julgado em 28.10.2008).

A teoria do fato consumado, assim, muito se aproxima da proteção da confiança legítima oriunda da proibição ao comportamento contraditório. A decisão proferida liminarmente, somada ao transcurso de tempo, pode despertar confiança nos particulares de que essa situação será mantida, ocasião em que se será possível se cogitar na vedação ao *venire contra factum proprium*, na modalidade *supressio*, inobstante a precariedade do ato inicial. Havendo mais prejuízos no desfazimento do ato do que em sua manutenção, ou, sob um diferente ponto de vista, prevalecendo a confiança legítima aos motivos que embasam a pretensão de alterar o comportamento inicial, deve-se zelar pela estabilidade das relações sociais, tornando definitivas as posições jurídicas asseguradas pela decisão liminar.

5.5. A CONFIANÇA LEGÍTIMA E OS ATOS NORMATIVOS

Seguindo a mesma linha de raciocínio, os atos normativos, embora sejam essencialmente abstratos e revogáveis, podem, em situações excepcionais, gerar confiança legítima nos cidadãos, quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizarem.

É verdade que a generalidade e a precariedade do ato normativo dificultam o surgimento de expectativas legítimas, mas estas características não terão o condão de impedir, em todos os casos, que se vislumbre uma confiança do particular digna de proteção.

Se é certo que os particulares devem contar com a possibilidade de alteração do ordenamento jurídico, não é menos correto que eles devem ter alguma margem de previsibilidade acerca da conduta estatal. Os cidadãos não podem ser colocados à mercê do desenfreado dinamismo do Estado, havendo, para este, um dever de coerência e cautela na imposição de mudanças normativas. Como visto, o Estado Democrático de Direito não pode, frente às inovações legislativas, se limitar a garantir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, devendo também observar as expectativas de direito, quando estas traduzirem confiança legítima dos cidadãos.

Da mesma forma como os atos administrativos discricionários, que podem ser revogados por motivos de conveniência ou oportunidade, e as decisões liminares, passíveis de alteração, substituição ou cassação a qualquer tempo, os atos normativos, apesar da modificabilidade que lhes é inerente, podem despertar confiança legítima nos particulares. Isso ocorrerá quando se verificar (i) a existência de uma expectativa legítima do administrado na permanência de um determinado ato normativo, em decorrência de algum outro comportamento da Administração; (ii) sua surpresa em razão da repentina e brusca alteração promovida no cenário normativo; (iii) a mudança normativa se revele significativa, e prejudique a posição jurídica do indivíduo, causando-lhe prejuízos; e (iv) a verificação de que os inconvenientes impostos a determinados particulares, afetados diretamente pela norma, sejam mais agudos e relevantes do que o interesse público na adoção do novo regime normativo.

Nesses casos, realizando-se uma ponderação entre os motivos que ensejam a mudança normativa e a confiança legítima, o Administrador decidirá como proceder, podendo estabelecer regras de transição, período de *vacatio legis*, outorga de indenização, e até mesmo exclusão de alguns administrados do regime oriundo do novo marco normativo, tudo a depender da avaliação de cada caso concreto.

Ilustrativa é a hipótese apreciada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, na qual um plantador de tabaco contestou em juízo a aplicação de regulamentos editados pela Comissão da União Europeia em julho de 1988, que fixavam preços e quantidades máximas para o plantio e colheita de determinada variedade de tabaco. Quando os regulamentos foram editados, reduzindo os limites outrora vigentes, o indivíduo já havia feito investimentos e realizado a plantação, observando as diretrizes normativas anteriores, de modo que parte da sua produção não poderia ser comercializada dentro do novo contexto normativo, o que o fez questionar a validade de tais atos normativos.

No caso em tela, o plantador de tabaco deveria considerar que os limites para a produção poderiam ser alterados a qualquer momento, motivo pelo qual o que ele tinha era mera expectativa de colher a integralidade daquilo que havia plantado. Essa expectativa, todavia, era legítima, e não seria razoável que o Estado mudasse as regras do jogo subitamente, quando já

realizados todos os gastos com a plantação. Assim, o Tribunal decidiu que tais regulamentos não seriam aplicáveis à colheita que já havia sido plantada, destacando que:

“a regulamentação contestada violou a confiança legítima dos operadores econômicos envolvidos. Com efeito, embora eles devessem considerar como previsíveis medidas que objetivassem limitar qualquer aumento na produção de tabaco na comunidade de modo a desencorajar a produção das variedades que apresentam dificuldades de mercado, eles poderiam esperar porém que eventuais medidas que tivessem repercussão sobre seus investimentos lhes tivesse sido anunciada em tempo útil. Não foi esse, porém, o caso.”¹¹³

Perceba-se que a confiança legítima não impedirá a alteração normativa, o que seria inimaginável do ponto de vista da evolução do direito e de sua adequação às realidades sociais. O que ela garante são outros métodos de proteção ao cidadão, aptos a compatibilizar o interesse e a necessidade do Estado em modificar a ordem jurídica com as legítimas expectativas dos administrados, garantindo-lhes, no mínimo, o direito a um regime de transição justo e democrático.

Portanto, uma vez constatado o surgimento de confiança legítima em razão de um ato normativo – o que, repita-se, não é a regra –, será aplicável a dinâmica do *venire contra factum proprium*, com a ressalva de que a proteção da confiança não se fará através da proibição ao comportamento contraditório, no sentido literal da expressão. Não será possível impedir a prática do ato normativo posterior, contraditório com o *factum proprium*¹¹⁴, eis que a ordem jurídica precisa passar por mudanças rotineiras para se adequar às realidades da sociedade. Na realidade, quando o ato contraditório puder frustrar legítimas expectativas, potencialmente causando danos aos particulares, a confiança legítima será tutelada através de outros meios que assegurem ao particular um regime de transição razoável.

¹¹³ C-368/89, julgado em 11.07.1991, Crispoltoni, Rec. 1991, p I-3695, nº 17, *apud* BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 7.

¹¹⁴ Quando estudados os pressupostos do *nemo potest venire contra factum proprium*, afirmou-se que o *factum proprium* seria um fato “não vinculante”. Essa não vinculação diz respeito à ausência de obrigação de manutenção de seu sentido objetivo. Um ato normativo é vinculante para seus destinatários, mas não para o agente responsável por sua edição, que poderá, a qualquer momento, editar outro ato com aquele contraditório. Por isso é que, adotando-se as concepções ora propostas, um ato normativo pode ser considerado um *factum proprium*, não vinculante, mas com potencial de gerar legítimas expectativas nos cidadãos.

5.6. A CONFIANÇA LEGÍTIMA E OS ATOS COMPLEXOS: A QUESTÃO DAS APOSENTADORIAS TARDIAMENTE APRECIADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Seguindo a doutrina de Diogenes Gasparini¹¹⁵, o ato administrativo, no que se refere à composição da vontade do ente público, pode ser classificado em simples ou complexo. Simples é o ato em que a vontade da Administração Pública é produzida pela atuação de um único órgão (por exemplo, a licença para construir e a permissão de uso de bem público), seja ele singular ou colegiado; complexo é o ato em que a vontade administrativa é produzida pela conjugação da atividade de dois ou mais órgãos da Administração, cuja vontade se funde para formar um único ato (como é o caso da nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, que, consoante art. 101, parágrafo único, da Constituição da República, cabe ao Presidente, após aprovada a escolha pela maioria absoluta dos membros do Senado).

Os atos complexos não se consideram formados até que haja a conjugação de vontades dos diferentes órgãos da Administração. Como eles só se aperfeiçoam com esse acordo de vontades, a jurisprudência entende que o prazo decadencial que a Administração Pública tem para revê-los só se inicia após a manifestação do último órgão incumbido de atuar na prática do ato. Nessa linha de raciocínio, observe-se o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal a respeito da concessão de aposentadoria a servidor público, ato que, por depender da manifestação de vontade do Chefe do Poder Executivo e do exame e registro por parte do Tribunal de Contas (art. 71, III, da Carta Magna), é considerado complexo: *“O ato de aposentadoria consubstancia ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração”*¹¹⁶. É dizer que *“o prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 somente se inicia a partir da publicação do acórdão do Tribunal de Contas da União que aprecia a legalidade do ato inicial de concessão de aposentadoria ou pensão, por se tratar de ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro na Corte de Contas”*¹¹⁷.

¹¹⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª edição, São Paulo: Saraiva 2008, p. 83.

¹¹⁶ STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, MS 25072/DF, DJ de 27.04.2007.

¹¹⁷ STF, Min. Ellen Gracie, MS 28061/DF, DJ de 28.09.2009.

Nos casos de concessão de aposentadoria, a manifestação inicial do Chefe do Executivo, apesar de não poder ser considerada um ato administrativo perfeito e acabado, por lhe faltar o registro pelo Tribunal de Contas, já é apta a produzir efeitos, ensejando a percepção de proventos pelo servidor e sua passagem para a inatividade. Comumente, o Tribunal de Contas só aprecia a legalidade do ato e o registra muitos anos após a manifestação inicial da Administração Pública, fato que pode trazer grave insegurança aos administrados. Afinal, como lidar com a situação de um servidor público que é aposentado por sua chefia, passa anos recebendo proventos, e, posteriormente, vem a ser surpreendido com a tardia rejeição do Tribunal de Contas em registrar sua aposentadoria?

Por entender que o ato administrativo não se completa sem a manifestação final da Administração Pública, a jurisprudência pátria sequer concedia ao cidadão a possibilidade de exercer o contraditório, impedindo-o de se defender da pretensão de negativa de registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, consignou que *“o processo de aposentadoria revela atos complexos, sem o envolvimento de litigantes, ficando afastada a necessidade de observância do contraditório, isto em vista ao ato final, ou seja, a glosa pela Corte de Contas.”*¹¹⁸

Na realidade, esse direito só era reconhecido quando se tratasse de cassação parcial ou total (cancelamento) de aposentadoria, reforma ou pensão já devidamente registrada perante o Tribunal de Contas, isto é, após ter o ato administrativo sido concluído. A súmula vinculante nº 3 é clara nesse aspecto:

“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma e pensão.”

Acontece que esse entendimento, pautado em uma compreensão fria, rigorosa, e quiçá ultrapassada da doutrina dos atos complexos e do princípio da legalidade, é deveras prejudicial ao cidadão, que fica totalmente desprotegido diante de possíveis bruscas alterações em sua posição

¹¹⁸ STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, MS 24754/DF, julgado em 07.10.2004.

jurídica promovidas pelo Poder Público, motivo pelo qual se revela incompatível com a compreensão contemporânea do Estado Democrático de Direito, que tem a segurança jurídica como um de seus princípios estruturantes.

Percebendo isso, o próprio Supremo Tribunal Federal iniciou recentemente um processo de revisão jurisprudencial, começando a mitigar o entendimento antes consolidado e inflexível, para, quem sabe, revê-lo por completo no futuro. O *leading case* apreciado pela Corte Suprema é o Mandado de Segurança nº 25.116/DF, impetrado contra decisão do TCU que, em 2004, denegou registro à aposentadoria de professor concedida pela Administração em 1998, e determinou que o mesmo retornasse às suas atividades, por considerar indevido o cômputo de serviço prestado sem contrato formal e sem o recolhimento de contribuições previdenciárias.

No referida ação constitucional prevaleceu o posicionamento exarado pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de conceder a segurança para anular o acórdão do TCU, sob o fundamento de haver direito líquido e certo do impetrante a exercitar as garantias do contraditório e da ampla defesa no caso concreto. Apesar de a relação jurídica se estabelecer entre a Corte de Contas e a Administração Pública (relação endoadministrativa), fato que tornaria prescindível a intervenção do cidadão, o longo decurso do tempo entre ao início da percepção da aposentadoria e a negativa de seu registro impõe ao poder público a necessidade de observar a situação jurídica do particular, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Fixou-se, então, um prazo referencial de cinco anos¹¹⁹ para que o Tribunal de Contas aprecie a legalidade das aposentadorias concedidas pela Administração Pública sem precisar convocar o particular interessado a se manifestar. A *contrario sensu*, uma vez transcorrido tal prazo haverá direito líquido e certo do cidadão a ser ouvido antes da decisão do TCU acerca do registro de sua aposentadoria, temperando-se a parte final da súmula vinculante nº 3 do STF¹²⁰.

¹¹⁹ Prazo extraído, por analogia, especialmente do art. 21 da Lei 4.717/65 (Ação Popular), do art. 54 da Lei 9.748/99 (Processo administrativo em âmbito federal), dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, e do art. 19 do ADCT.

¹²⁰ A decisão não foi unânime, tendo os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie se manifestado pela denegação da ordem, sob os tradicionais argumentos da natureza complexa do ato de aposentadoria, que só se acabaria com o registro no Tribunal de Contas, e do entendimento consolidado na súmula vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de ter concedido a ordem tão-somente para anular a deliberação do TCU por violação ao contraditório e à ampla defesa, o julgado representa um ponto de partida para uma mudança de rumo na jurisprudência. O interessante é que no âmbito desse julgamento alguns Ministros se inclinaram a conferir uma proteção ainda maior ao cidadão, numa ruptura mais radical com o clássico entendimento da Corte. Com efeito, o Ministro Cezar Peluso manifestou-se pela concessão da ordem em maior extensão, pronunciando a decadência do ato administrativo de aposentadoria, no que foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello. Para isso, destacou que não obstante a precariedade do ato inicial de concessão de aposentadoria, sua presunção de validade, a natureza alimentar dos proventos e sua incorporação ao modo de viver do cidadão faria dele um ato complexo atípico, que, somados ao longo decurso de tempo, atrairia a incidência dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, de modo a estabilizar a relação jurídica subjetiva titularizada pelo particular. Assim, concluiu que mesmo antes de transcorridos cinco anos entre o ato inicial e a decisão a respeito do registro da aposentadoria, deveria ser garantido ao cidadão ao menos o exercício do contraditório (em uma autêntica revisão à parte final da súmula vinculante nº 3), e, passado tal prazo, seria defeso ao Tribunal de Contas deixar de registrá-la, quando o beneficiário do ato estivesse de boa-fé, no que seria uma espécie de decadência administrativa.

A proteção conferida pelo julgado em comento ao cidadão é inovadora, porém insuficiente. Na realidade, acreditamos que esse *leading case* apenas iniciou um processo de virada jurisprudencial, que futuramente adquirirá proporções mais amplas e adequadas aos fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito. Por maioria, o plenário do STF se limitou a reconhecer o direito à ampla defesa ao administrado, quando passados mais de cinco anos entre o ato inicial de concessão de aposentadoria e a análise de sua legalidade, para fins de registro, no Tribunal de Contas. Sucede que, por mais que se trate de uma relação endoadministrativa, em que um órgão aprecia a legalidade do ato emanado por outro órgão, a posição do cidadão, que é o fim da atividade administrativa, deve sempre ser levada em consideração, e isso independentemente do transcurso de um prazo superior a cinco anos. Afinal de contas, é possível que haja confiança legítima do administrado antes do transcurso do referido prazo, a qual será digna de proteção através da teoria do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Nesses casos, o Tribunal de Contas, ao apreciar a validade do ato concessório inicial, não poderá se pautar única e exclusivamente na lei, devendo realizar uma ponderação entre o princípio da legalidade e o da confiança legítima, em busca de uma decisão que melhor atenda à juridicidade e ao interesse público. De fato, é aí que reside a principal missão do contraditório nesse tipo de processo administrativo: mais do que defender a legalidade estrita do ato, o cidadão terá a oportunidade de invocar a juridicidade como fundamento para sua manutenção.

Em que pese o ato complexo ser um ato único, mas composto de vontades emanadas por diferentes órgãos administrativos, o fato é que a conduta inicial da Administração que concede a aposentadoria é dotada de eficácia imediata, ficando sujeita à condição resolutiva consistente no registro pelo Tribunal de Contas. Assim, além de propiciar o recebimento de proventos, tal conduta coloca o servidor na inatividade, alterando significativamente seu padrão de vida. Somando-se esse contexto à presunção de legitimidade do ato e ao transcurso de um razoável período de tempo, poderão ser consideradas legítimas as expectativas do cidadão de que sua posição jurídica será mantida, mesmo que ela se sustente em um ato precário, o que fará com que a pretensão estatal tendente a prejudicá-la configure um *venire contra facum* proprium, abusivo, e, portanto, antijurídico. Note-se que não obstante as condutas administrativas sejam tomadas por órgãos distintos, a identidade de sujeitos não é requisito essencial à aplicação da proibição ao comportamento contraditório, e, ademais, a Administração Pública, em um sentido amplo, é una.

No mais, além da necessidade de se garantir o contraditório sempre que o Tribunal de Contas puder deixar de registrar a aposentadoria do cidadão, independentemente de terem se passado menos de cinco anos entre o ato inicial e a decisão da Corte de Contas, concordamos com os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que propunham uma alteração no marco inicial da contagem do prazo decadencial que a Administração tem para anular seus atos. Entendemos que o prazo deveria se iniciar a partir da manifestação da chefia do servidor que lhe aposenta, e não do registro da aposentadoria feito pelo Tribunal de Contas. Isso porque a juízo feito pela Corte de Contas a respeito da legalidade do ato não tem o condão de configurar uma manifestação de vontade própria, que se soma à conduta inicial da Administração para formar um único ato, considerado complexo. Tratam-se, na essência, de dois atos, o primeiro emanado pela chefia do

servidor, e o segundo realizado pelo Tribunal de Contas, que representa um mero ato de controle, restrito ao juízo de legalidade da despesa decorrente da aposentadoria, inapto a promover qualquer inovação ou alteração no título de aposentação.

Mais do que apresentar uma melhor definição técnica a respeito do ato de aposentadoria, definido-o como um conjunto de atos autônomos, ao invés de um único ato complexo, esse entendimento melhor se coaduna com os fins do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esse posicionamento vem ganhando destaque, como se pode aferir do seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. IRREGULARIDADE APURADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REVISÃO DO ATO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 54 DA LEI N. 9.784/99. TERMO INICIAL.

1. A aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade.

2. O art. 54 da Lei n. 9.784/99 vem a consolidar o princípio da segurança jurídica dentro do processo administrativo, tendo por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade e previsibilidade dos atos.

3. Não é viável a afirmativa de que o termo inicial para a incidência do art. 54 da Lei n. 9.784/99 é a conclusão do ato de aposentadoria, após a manifestação do Tribunal de Contas, pois o período que permeia a primeira concessão pela Administração e a conclusão do controle de legalidade deve observar os princípios constitucionais da Eficiência e da Proteção da Confiança Legítima, bem como a garantia de duração razoável do processo.”¹²¹

De todo modo, estando-se diante de um ato complexo ou de dois atos autônomos (o que repercutirá apenas na definição do marco inicial da contagem do prazo decadencial), o certo é que em ambos os casos poderemos aplicar a dinâmica do *nemo potest venire contra factum proprium* para proteger a confiança legítima do administrado face às inquietudes estatais, que tanto abalam a estabilidade das relações jurídicas.

¹²¹ STJ, 5ª Turma, REsp 1047524/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 03.08.2009;

5.7. A CONTRADIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PLURICÊNTRICA

No decorrer do século XX, o Estado abandonou o ideal liberal e não intervencionista e passou a atuar mais intensamente na vida dos particulares, buscando garantir o bem-estar coletivo. Como consequência, verificou-se um inchaço na máquina estatal, que precisou se estruturar para desempenhar as diversas atividades de natureza prestacional que tomou para si.

Esse modelo de Estado-Social, contudo, entrou em crise face ao dinamismo da sociedade contemporânea e à economia globalizada, na medida em que o Estado não mais conseguia atender às finalidades a que se propunha. Mesmo nesse contexto, o Estado não abdicou de estar fortemente presente na sociedade, tendo, na realidade, passado a atuar de forma diferente. Ao invés de exercer, diretamente (por meio da Administração Pública Direta) ou por entidades por ele controladas (integrantes da denominada Administração Pública Indireta), as mais variadas atividades econômicas e prestar inúmeros serviços, o Estado transferiu muitas de suas atribuições aos particulares e passou a atuar de forma subsidiária, como uma espécie de garantidor dos valores fundamentais do ordenamento, supervisionando e regulando diversos setores econômicos¹²².

Tem-se, aí, o desenvolvimento da função estatal regulatória, responsável pela proliferação de normas jurídicas, especialmente ordenamentos setoriais emanados pelas Agências Reguladoras, autarquias dotadas de um regime especial que constituem nota marcante e fundamental do Estado contemporâneo.

A criação dessas Agências Reguladoras, estruturas administrativas dotadas de maior autonomia, acarreta uma espécie de fragmentação do Estado, principalmente porque a elas é conferido poder normativo, fruto de um processo de deslegalização promovido em atenção à tecnicidade e a especificidade das matérias por elas tratadas, e poder decisório¹²³. E é justamente

¹²² No Brasil, esse processo de mudança pôde ser verificado especialmente a partir das privatizações realizadas na década de 90 do século passado.

¹²³ Além do poder normativo técnico e da competência para julgar administrativamente determinadas matérias, sem que haja possibilidade de revisão pela Administração Pública Direta, o maior grau de autonomia atribuído às agências reguladoras pode ser verificado através da investidura de seus dirigentes a termo, sendo vedada a exoneração *ad*

essa fragmentação que acaba, muitas vezes, por corromper a coesão e integração da Administração Pública.

Independentemente das vantagens e da necessidade de implantação desse modelo administrativo, o fato é que pluralidade de centros de poder propicia a criação de um emaranhado de normas e julgados, onde não raramente haverá contradição de condutas e incertezas. Isso inevitavelmente prejudica o ideal de coerência da atividade estatal, e, por conseguinte, a segurança jurídica e a confiança legítima dos administrados, fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar, portanto, que a atual conjuntura administrativa favorece o estado de incoerência, fazendo com que o estudo da proteção da confiança legítima e do *nemo potest venire contra factum proprium* adquira fundamental importância à proteção do cidadão.

Com efeito, o princípio da unidade da Administração Pública impõe que as diferentes esferas de uma mesma estrutura administrativa se respeitem e ajam de forma coordenada e harmônica, cada qual observando as expectativas legítimas que os atos de outros centros de poder provocaram nos administrados. Esse princípio não se restringe à Administração Pública Direta, sendo também aplicável à Administração Pública Indireta.

Se diferentes órgãos de uma mesma estrutura administrativa adotam posturas antagônicas, haverá evidente *venire contra factum proprium*, uma vez que os órgãos nada mais são do que ramificações do próprio ente federativo, sem personalidade jurídica própria, que representam centros de competência encarregados de manifestar a vontade (única) da Administração.

Mas também poderá estar configurado *venire contra factum proprium* quando se estiver diante de contradições apuradas entre diferentes entidades que integram a Administração Pública Indireta, ou seja, pessoas jurídicas autônomas criadas por iniciativa do Estado, mas que com ele não se confundem, como é o caso das autarquias e agências reguladoras, por exemplo. Apesar de essas entidades terem personalidade jurídica e vontade próprias, elas integram uma mesma

nutum (autonomia administrativa), e a possibilidade de recolherem taxas, referentes ao exercício do poder de polícia ao segmento regulado, que reverterem integralmente para seus cofres (autonomia econômico-financeira).

Administração Pública, em um sentido amplo, devendo, por isso, primar pela coerência e unicidade. Ademais, como demonstrado linhas acima, a identidade entre os sujeitos que praticam o ato inicial e o ato contraditório não é imprescindível para a incidência da proibição ao comportamento contraditório, sendo certo que, havendo confiança legítima por parte do cidadão, o Poder Público deverá observá-la, não importando se quem praticou o ato inicial foi um ente diferente daquele que tem a pretensão de contrariá-lo.

O que proíbe o comportamento contraditório é a confiança legítima despertada em outrem, e não um dever de coerência, por si só. De fato, mostra-se de pouca importância a identidade de sujeitos ativos, sendo suficiente para a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* que um ato, próprio ou de terceiro, tenha originado confiança legítima em uma pessoa. Revelar-se-á abusiva, dessa forma, a pretensão comportamental tendente a violar as autênticas expectativas do particular, ainda que esta pretensão seja de entidade diferente daquela que praticou o ato inicial, por mais autônomas e diferentes que sejam suas vontades.

5.8. CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO DIREITO ADMINISTRATIVO E FORMAS DE SE PROTEGER A CONFIANÇA DO CIDADÃO

A proteção da confiança legítima poderá ocorrer por diversos meios distintos, a depender da ponderação a ser realizada entre os interesses conflitantes, destinada a buscar a solução que melhor atenda à juridicidade e ao interesse público no caso concreto.

A primeira espécie de proteção garantida ao administrado é a “tutela procedimental”, que deverá estar presente sempre que a conduta que a Administração Pública pretenda praticar possa contrariar suas expectativas legítimas decorrentes de um comportamento inicial do Estado. Significa que a Administração Pública, antes de definir sua atuação, deve possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa, dimensão processual dos direitos fundamentais, ao cidadão. Não

se trata do mero direito de ser ouvido, mas do direito de ter seus argumentos efetivamente considerados para a tomada da decisão administrativa¹²⁴.

Através dessa garantia é que o administrado poderá invocar as razões que, segundo seu entendimento, justificam a manutenção de suas expectativas. Mesmo nos casos de anulação de atos ilegais, em que as relações jurídicas são nitidamente endoadministrativas, é possível que haja circunstâncias que autorizem a manutenção do ato, o que atesta a necessidade de oitiva do administrado. O princípio da legalidade, como qualquer outro, não é absoluto, podendo vir a ser relativizado no caso concreto.

A proteção procedimental ainda não é pacificamente garantida pela jurisprudência brasileira, especialmente diante do exercício da autotutela administrativa¹²⁵. Aliás, a própria súmula vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, embora tenha começado a ser temperada e esteja se encaminhando para um processo de revisão hermenêutica, exclui, em sua parte final, o direito ao contraditório nos casos em que o Tribunal de Contas, antes de realizar o registro, aprecia a legalidade de ato inicial de aposentadoria, reforma, e pensão concedida a servidor público¹²⁶. De outro lado, já se podem verificar algumas manifestações legislativas subordinando expressamente o exercício da autotutela administrativa à observância do devido processo legal, como faz a Constituição do Estado do Espírito Santo:

¹²⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 216/217.

¹²⁵ Como bem enfatizou o Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no Mandado de Segurança 23550, “*não há consenso acerca da incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa, quando se cuide do exercício de autotutela administrativa, mediante a anulação pela própria administração de atos viciados de ilegalidade. No Tribunal, a solução afirmativa prevaleceu por maioria na 2ª Turma, no RE 158543, de 30.08.94 (RTJ 157/1042); e por votação unânime no RE 199733 (RTJ 169/1061) e no AgRg 217849 (RTJ 170/702), ambos de 15.12.98, os três casos relatados pelo Min. Marco Aurélio; o entendimento contrário, no entanto, parece ter sido acolhido pela 1ª Turma, no RE 213513, 08.06.99, relator Ministro Galvão (DJ 24.09.99).*” (STF, Plenário, MS 23550/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 04.04.2011). O tema, inclusive, teve repercussão geral reconhecida: “*DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUJA FORMALIZAÇÃO TENHA REPERCUTIDO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SOB O RITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL*” (STF, RE-Rg 594296/MG, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 13.02.2009).

¹²⁶ Como visto, no julgamento do Mandado de Segurança 25.116/DF, o Pleno do STF, por maioria, se limitou a reconhecer a existência de direito líquido e certo ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo administrado quando transcorridos mais de cinco anos entre o ato inicial de concessão e o exame pelo Tribunal de Contas acerca da legalidade do ato.

“Art. 46. A Administração Pública tem o dever de anular seus próprios atos quando contiverem vícios que os tornem ilegais, bem como a faculdade de revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados, neste caso, os direitos adquiridos, além de observado, em qualquer circunstância, o devido processo legal.”

Não é sempre, porém, que a tutela procedimental garantirá ao administrado o exercício do contraditório de forma prévia à adoção da postura contraditória às suas expectativas pelo Estado. Em certos casos, principalmente nos que apresentem extrema urgência ou confidencialidade, o diferimento do contraditório será a única forma de viabilizar e tornar efetiva a providência pretendida pela Administração.

Além da tutela procedimental, o princípio da proteção da confiança legítima proporcionará ao cidadão uma tutela substancial, mediante (i) a preservação do ato inicial; (ii) a imposição de criação de regras de transição; ou ainda (iii) a obrigação de compensar os prejuízos advindos da quebra das expectativas.

Sem dúvida, a manutenção do sentido objetivo da conduta inicial, de onde surgiram as expectativas legítimas do particular, é a forma mais efetiva de se proteger sua confiança. Trata-se de uma autêntica e literal aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, impedindo-se que o Estado aja de forma contraditória.

Como exemplo, podemos citar julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), no qual se entendeu que a Administração Pública, ao conceder prazo para que uma candidata cumprisse certas exigências previstas no edital do concurso público ao qual concorria, deveria respeitar tal prazo, ainda que expirada a validade do concurso. Na espécie, uma das fases do concurso consistia na realização de exames médicos, os quais apontaram uma patologia em uma das candidatas, curável através de tratamento próprio. Assim, a Administração concedeu à administrada o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que realizasse o tratamento e, então, se submetesse à nova perícia. Dentro do referido prazo, a candidata cumpriu as determinações da Administração e foi considerada apta ao exercício das funções. No entanto, a Administração Pública se negou a nomeá-la e empossá-la no cargo pelo fato de ter expirado o prazo de validade do certame, tendo desconsiderado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias que ela mesma havia concedido à candidata. O TJRJ entendeu que a negativa de admissão por parte da Administração

configurou *venire contra factum proprium*, eis que o ato inicial (concessão de prazo para a realização de tratamento) despertou a legítima expectativa na candidata de que se atendesse ao comando seria admitida no serviço público, e, por essa razão, garantiu-lhe o direito à nomeação e à posse, preservando o sentido objetivo do ato inicial. Confira-se a ementa do julgado:

*“MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSOR DOCENTE I - EXIGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DE EXAME MÉDICO. CONCESSÃO DO PRAZO DE 180 DIAS PARA O CUMPRIMENTO. SATISFEITA A EXIGÊNCIA DENTRO DAQUELE PRAZO. NEGATIVA DE ADMISSÃO E POSSE EM RAZÃO DO TÉRMINO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO EM DATA ANTERIOR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA MORALIDADE ÍNSITOS NO ART. 37, CAPUT, DA CARTA POLÍTICA E LEI ESTADUAL Nº 5.427/2009 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, TRANSPARÊNCIA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO AO CONCEDER O PRAZO SUPRA REFERIDO QUE CONFIGURA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME EM FAVOR DA IMPETRANTE. **A Administração Pública é regida, dentre outros, pelos princípios da moralidade e legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República) e não pode surpreender o administrado com medidas arbitrárias e contraditórias. Efetivamente, ao negar a nomeação e posse, a conduta adotada pela Administração feriu a boa fé que deve permear as relações entre a Administração e Administrado, consistindo na figura do venire contra factum proprium, aplicável às relações com a Administração Pública e, além dos princípios supra referidos, os da transparência, finalidade, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e, especialmente, o da proteção da confiança legítima, dentre outros. É patente o direito líquido e certo da Impetrante a que a Administração reconheça que até o final do prazo de 180 dias, que lhe fora concedido, estava mantida a possibilidade de ingresso no serviço público, uma vez cumprida a exigência naquele prazo, o que indubitavelmente ocorreu. SEGURANÇA CONCEDIDA.**”¹²⁷*

Existem situações, contudo, em que o resultado da ponderação entre os interesses envolvidos não autorizam a manutenção integral do ato inicial e a preservação integral das expectativas do cidadão, permitindo somente a criação de uma regra de transição, com o fito de tornar a mudança menos traumática. É o que se verifica, na maior parte das vezes, em relação aos atos normativos, na medida em que não se pode impedir alteração no cenário normativo, que sempre deve procurar se adequar às realidades sociais.

Diante do estado ainda embrionário do princípio da proteção da confiança no direito brasileiro, a adoção de regras de transição depende da boa vontade do legislador. Na Alemanha, onde o referido princípio ocupa lugar de destaque na doutrina e na jurisprudência já há algum

¹²⁷ TJRJ, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. José C. Figueiredo, Processo nº 0036428-30.2010.8.19.0000, julgado em 17.11.2010 – sem grifos no original.

tempo, constata-se que o Tribunal Constitucional Federal alemão, por diversas vezes, reconheceu um dever de proporcionalidade, que exige do legislador a estipulação de regras de transição. Ilustrativamente, veja-se um trecho do precedente nº 43.242:

*“O Tribunal Federal Constitucional já se pronunciou repetidamente no sentido de que no caso de cancelamento ou modificação de posições jurídicas tuteláveis, e se a alteração for constitucionalmente admissível, o legislador precisa, por conta do que exige o instituto da proporcionalidade oriundo do Estado de Direito, prever uma adequada regra de transição.”*¹²⁸

Como exemplo de regra de transição no direito brasileiro podemos apontar o art. 29, § 3º, do ADCT¹²⁹, que permite aos membros do Ministério Público admitidos antes do advento na Constituição da República de 1988, a opção pelo regime anterior, observando-se apenas as vedações da nova ordem constitucional.

Ademais, mesmo que impropriamente, ou em um sentido amplo, também podem ser consideradas regras de transição as que permitem a declaração de inconstitucionalidade com modulação temporal dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal (ocasião em que sua atuação se assemelha à de um “legislador negativo”), com respaldo nos artigos 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99¹³⁰ – analogicamente aplicáveis, a nosso sentir, à declaração de ilegalidade de atos administrativos.

Por último, a confiança legítima ainda pode ser protegida através da recomposição dos prejuízos suportados pelo particular em virtude do rompimento de suas expectativas pela contradição promovida pelo Estado.

¹²⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 227.

¹²⁹ Art. 29, § 3º - Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

¹³⁰ Lei nº 9.868/99, art. 27: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Lei nº 9.882/99, art. 11: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como se teve oportunidade de demonstrar, o *venire contra factum proprium* se insere na categoria do abuso de direito, pois consiste em uma conduta lícita em sua aparência, mas ilícita em sua consequência, qual seja, a quebra da confiança legítima. O abuso de direito, pelo Código Civil, é uma espécie de ato ilícito, cuja responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de eventual intenção do agente em exercer uma posição jurídica para lesar as expectativas de terceiros. Tal dinâmica é perfeitamente compatível com o *venire contra factum proprium* da Administração Pública.

Sabe-se que o Estado responde objetivamente, por força da teoria do risco administrativo, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (art. 37, § 6º, da CRFB/88¹³¹). Isso não é diferente nos casos em que um ato estatal viola a confiança legítima de um cidadão, causando-lhe prejuízos. A partir do momento em que o comportamento contraditório por parte da Administração fere as legítimas expectativas do cidadão, estar-se-á diante de um ilícito em sentido amplo, cujos danos porventura causados merecem reparação.

A partir desses conceitos, o exercício da autotutela destinado a anular um ato ilegal pode ser considerado ilícito em uma acepção ampla, por mais antagônico que isso possa parecer. Se o ato nulo cuja invalidação pretende realizar a Administração tiver suscitado em seus destinatários confiança legítima, sua retirada do ordenamento jurídico, embora recomendada pelo princípio da legalidade, mostrar-se-á ilícita, por ofensa à juridicidade. Não importa a natureza da conduta inicial praticada pela Administração, se legal, ilegal, comissiva, omissiva, etc.. Tendo ela despertado no administrado expectativas autênticas de que seu sentido objetivo seria mantido, a violação dessas esperanças poderá ensejar o dever de indenização pela Administração.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o direito à indenização a um cidadão que foi exonerado do cargo público que ocupava em virtude de não ter sido aprovado em concurso público. O caso envolvia um oficial do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, que, após mais de quinze anos no cargo, pediu exoneração e aceitou convite feito pelo Governo do

¹³¹ Art. 37, § 6º, da CRFB/88: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Estado do Maranhão para assumir o comando do Corpo de Bombeiros deste ente federativo. Dois anos após assumir o novo cargo junto à Administração maranhense, a chefia do Executivo local decidiu exonerar-lhe, sob o argumento de que não havia se submetido à seleção por meio de concurso público. Apesar de entender inconstitucional a nomeação em questão, o STF considerou, diante das circunstâncias do caso concreto, legítima a confiança depositada pelo cidadão no sentido de manter sua posição jurídica, tendo tutelado suas expectativas não através de sua manutenção no cargo, mas mediante a condenação do Estado do Maranhão ao pagamento de indenização por danos materiais e morais:

“ESTADO DO MARANHÃO. OFICIAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. EXONERAÇÃO POR HAVER SIDO ADMITIDO SEM CONCURSO. REPARAÇÃO DAS PERDAS E DANOS SOFRIDOS, COM BASE NO ART. 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Legitimidade da pretensão, tendo em vista que a nomeação do recorrente para a corporação maranhense se deu por iniciativa do Governo Estadual, conforme admitido pelo acórdão recorrido, havendo importado o encerramento de sua carreira militar no Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual, com a exoneração, ficou sem os meios com que contava para o sustento próprio e de sua família. Recurso provido para o fim de reforma do acórdão, condenado o Estado à reparação de danos morais e materiais, a serem apurados em liquidação, respectivamente, por arbitramento e por artigos.”¹³²

Registre-se que, por fim, que a tutela compensatória da confiança induz despesas que podem comprometer as finanças estatais. Sendo assim, ela deve ser aplicada somente quando a preservação do ato inicial não puder ser suportada pelo Estado ou pela sociedade, tendo, dessa forma, um caráter subsidiário. A solução será necessariamente casuística: sendo a confiança do cidadão digna de tutela, cumpre ao Estado perquirir qual a melhor forma de proteger o indivíduo e, ao mesmo tempo, causar menos impactos à coletividade, ao erário e à ordem jurídica.

¹³² STF, 1ª Turma, REExt 330.834/MA, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 03.09.2002.

6. MANIFESTAÇÕES CONCRETAS DA TUTELA DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DO CIDADÃO FACE À CONTRADIÇÃO DO COMPORTAMENTO ESTATAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Os tribunais brasileiros nem sempre invocam o *nemo potest venire contra factum proprium* de forma correta. Vez ou outra eles fundamentam suas decisões em outros motivos que não propriamente a confiança legítima e a proibição de comportamento contraditório, quando estes seriam os argumentos mais técnicos, ou então invocam tais institutos quando eles não seriam, de fato, aplicáveis.

A começar pelos casos em que a proibição ao comportamento contraditório foi atecnicamente aplicada, citamos julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que anulou ato administrativo do Município de São Gonçalo que indeferia, sob o argumento de inexistência de direito adquirido, o cadastramento para a prestação do serviço público de transporte alternativo de passageiros a um particular que atendia a todos os requisitos previstos em Decreto Municipal:

*“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. CADASTRAMENTO DE PARTICULAR PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPORTE ALTERNATIVO. Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Secretário Municipal de Transportes e Serviços Públicos de São Gonçalo, ao argumento de que teria sido ilegal o ato administrativo que indeferiu o cadastramento do impetrante para o exercício da atividade de transporte alternativo de passageiros. Sentença que concedeu a ordem de segurança. Alegação do apelante de que o enquadramento do apelado nas regras para o cadastramento não lhe confere direito adquirido à outorga da permissão para transporte alternativo de passageiros, que não se sustenta. Princípio da proteção substancial da confiança. Impossibilidade de a Administração Pública adotar comportamentos contraditórios, criando direitos aos administrados e restringindo seu exercício sob frágeis argumentos. Aplicabilidade do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* no direito administrativo. Conduta do apelante que afronta diametralmente a segurança jurídica.*

*Ora, não há dúvidas de que um dos fundamentos mais importantes do sistema jurídico moderno é o princípio da segurança jurídica, o qual se desdobra, essencialmente, na subserviência do administrador à lei e na legítima confiança: “a vinculação do Poder Público à juridicidade importa não apenas a rígida observância das leis, mas também a proteção da segurança jurídica, entendida como a tutela da legítima confiança depositada pelos administrados nas condutas da Administração” (Binenbojm, 2006: 190). É exatamente a batalha pela garantia da segurança jurídica que fundamenta o princípio da proteção substancial da segurança, servindo de alicerce, outrossim, para alguns doutrinadores contemporâneos aplicarem o **princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* no direito administrativo**, vale dizer, a Administração Pública estaria proibida de adotar comportamentos contraditórios, de um lado criando direitos aos administrados e de outro restringindo o exercício destes direitos sob frágeis argumentos. Daí porque **a alegação aventada***

pelo Município apelante afronta diametralmente o princípio da proteção substancial da confiança; não pode o administrador criar regras para o cadastramento de particulares para a prestação do serviço de transporte alternativo de passageiros, conseqüentemente criando uma expectativa ao administrado e, uma vez atendidas as exigências para o cadastramento pelo particular, negar-lhe seu pleito sob o singelo argumento de discricionariedade administrativa. Tal situação, evidentemente, abala o princípio da segurança jurídica, não devendo, de forma alguma, ser cancelada pelo Poder Judiciário.¹³³

Apesar de haver uma flagrante contradição da Administração no caso em comento, não se trata, em essência, de *venire contra factum proprium*, tal como entendeu o órgão julgador. A fundamentação invocada merece aplausos no que se refere à teoria da proibição de comportamento contraditório, princípio da confiança e sua aplicabilidade à Administração Pública, mas tais institutos não se subsumem ao caso em tela. Isso porque a conduta inicial da Administração, representada pelo Decreto Municipal que prevê os requisitos para o cadastramento do particular, é, por sua natureza, compulsório, e confere ao particular que atenda às suas condições o direito subjetivo ao cadastramento, sendo este um ato estritamente vinculado¹³⁴. Consequentemente, a conduta posterior e contraditória da Administração, consistente no indeferimento do cadastramento do particular que preenchia os requisitos legais, apresenta-se como um ato ilícito em sentido estrito, e não um abuso de direito, gênero do qual o *venire contra factum proprium* é uma espécie. Não há um direito da Administração de negar o cadastro àquele que preencha os requisitos previstos em lei, o que impede que se cogite em seu exercício de forma abusiva. Assim, antes de violar a confiança, o indeferimento do cadastramento viola a própria lei, de modo que as sanções a tal comportamento independem concreta existência de expectativas legítimas por parte do administrado.

Passando-se aos casos em que seria aplicável o *nemo potest venire contra factum proprium*, mas o órgão julgador coibiu a contradição e a ruptura da confiança sem fazer uso da teoria, destacamos interessante acórdão da 3ª Turma do STJ, que anulou decisão judicial que havia reconhecido a revelia de parte que não foi informada através da página eletrônica de acompanhamento processual mantida pelo Tribunal acerca da juntada aos autos de seu mandado

¹³³ TJRJ, 14ª Câmara Cível, Ap. Cível 2009.227.01365, Rel. Des. Ismenio Pereira de Castro, julgado em 03.06.2009 – sem grifos no original.

¹³⁴ “(...) diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 201).

de citação, termo inicial do prazo para a contagem do prazo para apresentação de defesa (art. 241, I, do Código de Processo Civil). Confira-se a ementa:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE. JUSTA CAUSA. ART. 183, § 2º, DO CPC. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA DO ADVOGADO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. INFORMAÇÃO CONSIDERADA OFICIAL, APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 11.419/06. 1. O equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura justa causa, nos termos do art. 183, § 2º, do CPC, a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte. 2. A confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem como à observância dos princípios da eficiência da Administração e da celeridade processual. 3. Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais. Precedente específico desta Corte (REsp n.º 1.186.276/RS). 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”¹³⁵

Em uma expressiva virada jurisprudencial, o Tribunal atribuiu caráter vinculante às informações processuais divulgadas nas páginas eletrônicas mantidas pelos Tribunais - muito embora, na maioria das vezes, haja menção expressa nos *sites* de que as informações ali veiculadas não são oficiais e não produzem qualquer efeito legal -, sob os argumentos de que tais informações precisam de credibilidade para não desvirtuar a finalidade a que se propõe, qual seja, permitir que os advogados e as partes acompanhem a movimentação dos processos sem a necessidade de se dirigir pessoalmente ao cartório.

A fundamentação jurídica desse novo posicionamento da 3ª Turma do STJ, além da confiança despertada nos administrados, consiste na aplicação, por analogia, da Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização dos processos judiciais, a qual atribuiria caráter oficial às informações divulgadas pela internet. Não seria necessário, a nosso ver, recorrer a essa analogia, na medida em que a confiança que tais informações despertam nos administrados é fator suficiente para torná-las vinculantes para a Administração, que fica impedida de *venire contra factum proprium*. Em outras palavras, as informações processuais divulgadas via internet (*factum proprium*), apesar de não serem, em princípio, vinculantes, tornam-se de observância obrigatória a partir do momento em que os administrados nela confiam e pautam suas condutas - o que é cada vez mais comum na atual conjuntura de massificação e virtualização de processos.

¹³⁵ STJ, 3ª Turma, REsp nº 960.280/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07.06.2011.

Ressalvadas as situações acima referidas, não é difícil encontrar julgados dos tribunais brasileiros aplicando devidamente a proibição de comportamento contraditório à Administração Pública, como forma de proteger a confiança legítima dos administrados.

Um dos primeiros casos de aplicação da proibição ao *venire contra factum proprium* pelo STJ foi a decisão proferida, na década de 90, no Recurso Especial nº 47.015/SP, no qual se discutia a possibilidade de a Administração Pública declarar a nulidade de certos títulos aquisitivos de propriedade, expedidos por ocasião da venda de imóvel da Administração realizada por funcionário de alto escalão. O tribunal entendeu que o grande lapso de tempo transcorrido entre a data da celebração do negócio jurídico, somado à boa-fé dos adquirentes, acabaria por impedir o exercício da pretensão de invalidação da Administração, a qual configuraria manifesto *venire contra factum proprium*:

"Administrativo e processual civil. Título de propriedade outorgado pelo poder público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria administração, objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. (...). I- Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que "nemo potest venire contra factum proprium" e de que "nemo creditur turpitudinem suam allegans". (...).

*Realmente, não pode a Fazenda Pública, décadas após a venda do imóvel realizada por funcionário de alto escalão em nome da Administração, vir a juízo pleitear a nulidade dos títulos. Ora, se há mácula no título, essa foi causada pelo próprio poder público, o qual não pode invocar o suposto equívoco do seu secretário de Estado para prejudicar aquele que legitimamente adquiriu a propriedade, pagando para tanto"*¹³⁶

Três pontos merecem realce no referido *decisum*. O primeiro é a averiguação da boa-fé do particular, que foi feita somente através da análise de sua não participação para a prática do ato ilegal, sem perquirir seu estado psíquico de conhecimento da ilegalidade. O segundo, é que a presunção de legitimidade da atividade administrativa, ainda que não tenha sido expressamente invocada pelo órgão julgador, afasta a falaciosa ideia de que todos tem o dever de conhecer a lei, o que permite que um ato ilegal sirva de base para o surgimento de legítimas expectativas. E o terceiro consiste no fato de que a omissão estatal, verificada por um prolongado período de tempo, foi o principal fator a justificar a proibição ao comportamento contraditório, de modo que a hipótese dos autos traduzia um caso de *supressio*, espécie do *venire contra factum proprium*.

¹³⁶ STJ, 2ª Turma, REsp 47015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 16.10.1997, DJ de 09.12.1997.

Ainda em relação à omissão prolongada no tempo como fator apto a despertar confiança legítima e estabilizar relações jurídicas ilegais, recente liminar concedida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro invocou a *supressio* para impedir o bloqueio de parte dos vencimentos de uma funcionária pública que, irregularmente, mas de boa-fé, exercia dois cargos na Administração Estadual:

*“Cuida-se de Mandado de Segurança se insurgindo contra a retenção dos vencimentos da Autora, decorrente do reconhecimento administrativo da ilicitude de cumulação de cargos públicos. Com efeito, a concessão de provimento jurisdicional liminar, nas hipóteses de Mandado de Segurança, se justifica quando se afigura imperioso suspender a eficácia do ato administrativo impugnado para afastar lesão ao direito líquido e certo ameaçado. Desse modo, cumpre observar que a Impetrante foi admitida no cargo público de Professor Assistente Administrativo em 20/09/1982 e no de Agente Administrativo Biblioteca - CIEP desde 07/03/1994, consoante se infere do Parecer de fl. 34 e dos documentos de fls. 21, 22 e 45. No início de 2004, a Superintendência de Recursos Humanos do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a ilicitude da cumulação dos cargos públicos ocupados pela Servidora em questão (fls. 34 a 36). O Recurso Administrativo interposto pela Autora foi julgado em maio de 2005 (fls. 59/65), a notificação da Interessada para opção por um dos cargos só foi enviada em outubro de 2009 (fl. 107), tendo sido realizada a suspensão do pagamento dos vencimentos referentes ao mês de novembro de 2010 (fls. 21/22). **Dessa forma, forçoso perceber que, por desídia da Administração Pública Estadual, a Impetrante cumulou cargo de professor com outro sem conteúdo técnico ou científico por mais de 16 (dezesesseis anos) anos. Note-se que, na situação, a ilegalidade apurada não decorreu de dolo da Autora, aprovada nos dois concursos públicos realizados para preenchimento dos cargos em questão, não houve dano ao erário, vez que as funções públicas foram devidamente exercidas com compatibilidade de horários (fls. 41 e 42), e a manutenção nos cargos não viola direito ou interesse de terceiros. Assim, embora os Tribunais Superiores venham afastando a aplicação da Teoria do Fato Consumado a situações de revogação de atos ilícitos pela Administração Pública, imperioso notar que Princípios da Segurança Jurídica e da Confiança impedem, na hipótese, a determinação para exoneração de um dos cargos públicos e a retenção dos vencimentos. Além disso, a aplicação da teoria dos atos próprios (venire contra factum proprium), que também deve ser respeitada pela Administração Pública, veda a adoção de comportamentos contraditórios, rechaçando a situação ora avençada. Registre-se, por fim, que pela tese da Supressio, aceita na Doutrina e na Jurisprudência Pátrias, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencional ou do ordenamento jurídico, implica em extinção de uma faculdade, com vista à estabilidade das relações sociais.**”¹³⁷*

Protegendo a confiança do administrado em situação tipicamente não acobertada pela teoria do fato consumado, o STJ julgou o Recurso em Mandado de Segurança nº 20.572/DF, tendo anulado os atos da Administração Pública que invalidavam a formação e a promoção de um policial militar. No caso, o administrado havia realizado sua matrícula no curso de formação da Polícia Militar com base em uma decisão liminar, mas esta, à data de sua formação, não mais subsistia.

¹³⁷ TJRJ, Órgão Especial, MS nº 0064703-86.2010.8.19.0000, Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, liminar concedida em 09.10.2010 – sem grifos no original.

Apesar disso, a Polícia Militar conferiu o diploma ao administrado, que ingressou nos quadros da corporação, vindo a ser, inclusive, promovido. Anos depois, contudo, a Administração Pública, alegando que os requisitos previstos no edital não haviam sido cumpridos pelo administrado no momento de sua inscrição, anulou a matrícula e todos os demais atos que lhe foram favoráveis. Instado a se manifestar, o STJ decidiu tutelar a confiança legítima do administrado com base no princípio da segurança jurídica, na proibição ao *venire contra factum proprium*, na boa-fé objetiva e na moralidade administrativa. Veja-se:

*“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. MATRÍCULA POR FORÇA DE LIMINAR. MÉRITO JULGADO IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO NA ACADEMIA, INGRESSO E PROMOÇÃO NA CARREIRA POR ATOS DA ADMINISTRAÇÃO POSTERIORES À CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. ANULAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ OBJETIVA VULNERADOS. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTATAÇÃO DE QUE O CANDIDATO PREENCHIA O REQUISITO CUJA SUPOSTA AUSÊNCIA IMPEDIRA SUA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA INGRESSO E EXERCÍCIO DO CARGO DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR. 1. **Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.** 2. À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que o Recorrente, em sentido material, preenchia os requisitos editalícios para admissão no Curso de Formação, inclusive aquele cuja ausência formal constituía obstáculo inicial à sua matrícula e que ensejou o ajuizamento da ação judicial em cujo bojo obteve a liminar. 3. Hipótese em que, **embora a liminar que autorizara a matrícula do Recorrente no Curso de Formação tivesse sido cassada, expressamente, em 18 de fevereiro de 1997 e não houvesse nenhum outro título judicial que determinasse sua permanência na carreira militar, não tomou a Administração nenhuma atitude no sentido de afastá-lo. Pelo contrário, além de permanecer matriculado até a conclusão do Curso de Formação, findada em 05 de dezembro de 1997, ingressou na carreira e, ainda, foi promovido, em 05 de outubro de 1998, à patente de 2º Tenente, vindo a ser anulados esses atos tão-somente em 21 de maio de 2002.** 4. A ausência de atos administrativos tendentes a excluir o Recorrente das fileiras militares após a cassação da liminar, corroborada pela existência de atos em sentido contrário (manutenção no Curso, promoção), além da instauração de processo administrativo, pela Academia de Polícia Militar, de ofício, para tornar definitiva a matrícula que fora efetivada, inicialmente, em razão de liminar, fez criar uma certeza de que a questão do seu ingresso na carreira militar estava resolvida. 5. **Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam, dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula venire contra factum proprium ou da vedação ao comportamento contraditório.** 6. Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir,*

juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. 7. Recurso ordinário provido para conceder a segurança e anular o ato que cassou a promoção do Recorrente à patente de 1º Tenente, bem como o ato que determinou sua exclusão dos quadros da Polícia Militar, determinando seu imediato retorno à função ocupada, com todos os consectários jurídico-financeiros dele decorrentes (...).¹³⁸

Com efeito, em que pese ter o particular conhecimento de que a decisão judicial que assegurava sua participação no curso de formação da Polícia havia sido cassada, o longo período de inércia da Administração em afastá-lo, acrescido de sua admissão e promoção na carreira, revela uma conjuntura apta a despertar no administrado confiança legítima de que sua situação se consolidara, o que impede que a Administração aja de maneira contraditória com suas expectativas.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a seu turno, tem decisão impondo ao Estado o dever de arcar com os honorários de advogado dativo por ele nomeado, aplicando, para tanto, a proibição ao comportamento contraditório:

“ADVOGADO DATIVO - ART. 272 DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA - LEI ESTADUAL 13.166/99 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PAGAMENTO PELO ESTADO - BOA-FÉ DO ADMINISTRADO - OBRIGAÇÃO DE PAGAR - HONORÁRIOS DEVIDOS. O direito à percepção dos honorários pelo serviço prestado é garantido pela Constituição Estadual que claramente procura albergar o defensor nomeado, garantindo-lhe remuneração pelo trabalho exercido, como meio de justiça e de dignificar o labor prestado. A boa-fé e a Teoria dos Atos Próprios impede a Administração de alegar a ilegalidade de seus próprios atos como meio de frustrar o direito de terceiro de receber contraprestação por um serviço já prestado, o qual aproveitou à Administração.”¹³⁹

Nada mais correto. Afinal, foi o Estado quem delegou a função de defensor dativo ao particular, sabendo do direito deste aos honorários, de modo que ao se recusar a pagá-los, sob o singelo argumento de ocorrência de irregularidades formais na nomeação, a ele mesmo imputáveis, o que o Estado pretende não é nada mais do que se beneficiar da sua própria torpeza. Há, assim, flagrante violação ao princípio da boa-fé e da confiança, tornando ilícito o *venire contra factum proprium*, como bem destacou a desembargadora relatora em seu voto:

“Do grande arcabouço axiológico que rege a atividade administrativa, posso destacar a boa-fé objetiva. Nessa linha de raciocínio, sabendo que o Estado foi quem nomeou a apelada como

¹³⁸ STJ, 5ª Turma, RMS 20572/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 01.12.2009, DJ de 15.12.2009 – sem grifos no original.

¹³⁹ TJMG, 1ª Câmara Cível, Proc. nº 1.0182.06.001207-3/001(1), Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgado em 05/08/2008 – sem grifos no original.

advogada dativa, e assim se beneficiou de seus serviços, não vislumbro boa-fé no argumento de que a nomeação se deu à revelia da lei específica e, portanto, a autora não faria jus ao recebimento dos honorários devidos pelo serviço prestado. Se prevalecesse o argumento da Administração, instaurar-se-ia um sentimento, fundado, diga-se, de que os administrados que acreditarem na legalidade da atuação do Poder Público poderiam ser surpreendidos com a negativa de uma contraprestação tão esperada. Seria premiar a desídia Administrativa, e assim, corroborar com a insegurança jurídica. Em suma, foi a Administração quem nomeou a autora como defensora dativa, e esta, cumpriu com suas obrigações, de boa-fé, sem contestar a legitimidade do ato de sua nomeação. Feito isso, não é justo que o Estado, causador da nomeação, venha alegar a ilegalidade de um ato que já gerou efeitos, e que ele próprio, Estado, já aproveitou, para frustrar o pagamento dos honorários, diga-se, motivo mais robusto pelo qual a defensora aceitou a nomeação. O entendimento acima esposado é explicado na doutrina pela Teoria do Ato Administrativo Próprio, que com base na proteção do administrado que, de boa-fé cumpre a ordem do Estado, veda a Administração de alegar a ilegalidade de seus atos para frustrar o cumprimento da contraprestação devida pelo serviço já prestado, para citar o presente caso como exemplo”.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 396.489/PR, o STJ apreciou caso que envolvia a contradição de condutas entre diferentes órgãos de uma mesma esfera administrativa, decidindo-o através da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*. Na espécie, uma empresa encontrava-se registrada junto ao Ministério da Agricultura como “produtora de sementes”, e, nessa condição, a lei lhe garantia um benefício tributário consistente na redução de alíquotas. A Fazenda Nacional, entretanto, buscou tributá-la sem observar o benefício em questão, por considerar que a empresa não se encaixava no conceito de “produtora de sementes”, incorrendo, desse modo, em incoerência de condutas. Veja-se a ementa do *decisum*:

“TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PRODUTORA DE SEMENTES - ALÍQUOTA REDUZIDA - ART. 278 DO RIR - ART. 30 DO DECRETO N. 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI N. 6.507/77. 1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como “produtora de sementes.” É o próprio art. 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como “toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor”. Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80). 2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 396.489/PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 11.03.2008 – sem grifos no original.

Por fim, hipótese de *venire contra factum proprium* foi apreciada pelo STJ no clássico julgamento do Recurso Especial nº 141879/SP, em que o tribunal invocou a doutrina dos atos próprios para impedir que o Município de Limeira anulasse contratos de compra e venda de partes integrantes de uma gleba de sua propriedade, celebrados com particulares, sob o fundamento de que havia irregularidade no loteamento:

“Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. - tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo esta promovendo. Art. 40 da lei 6.766/79. - a teoria dos atos próprios impede que a administração publique retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. Recurso não conhecido.”¹⁴¹

No referido acórdão, entendeu-se que a regularização do loteamento era dever do Município, de modo que ele não poderia anular os negócios jurídicos se o vício neles presente decorria do descumprimento de um dever do próprio ente federativo. A pretensão do Município de Limeira seria contrária à boa-fé:

“Ora, se incumbe ao Município tratar de regularizar loteamentos irregulares promovidos por terceiros, para o fim de ‘defender os direitos dos adquirentes dos lotes’, com muito mais razão deve tratar de tomar essas providências quando a promessa foi feita por ele mesmo. (...). Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.”

¹⁴¹ STJ, 4ª Turma, REsp 141879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 17.03.1998, DJ de 22.06.1998.

7. CONCLUSÃO

O presente estudo procurou ressaltar o dever do Estado, realidade instrumental voltada para o desenvolvimento da personalidade humana dos seus cidadãos, de observar as expectativas legítimas que suas condutas despertaram nos administrados, ponderando-as com os motivos que embasam sua pretensão de agir de forma incoerente. Com efeito, a constitucionalização do direito administrativo, especialmente marcada pela redefinição dos conceitos de legalidade e interesse público, bem como pela elevação do cidadão ao foco da atividade administrativa, exige que a Administração Pública avalie casuisticamente qual a melhor solução a ser adotada, impedindo que se estabeleça, de forma *a priori* e absoluta, a supremacia de um interesse do Estado ou da coletividade sobre o interesse que aparenta ser meramente individual, mas que possui um viés público, consistente na preservação das legítimas expectativas dos particulares.

O excessivo dinamismo da sociedade contemporânea e a influência que atos do Estado têm nas decisões e no planejamento da vida dos administrados, fazem com que a confiança seja um valor fundamental à estabilização das relações jurídicas, devendo ser assegurada pela Administração não apenas para permitir o desenvolvimento econômico e social, mas também para legitimar sua atuação e adequá-la aos fins impostos pela Constituição da República, que tem como ápice a dignidade da pessoa humana.

A proteção da confiança legítima tem como fundamentos principais a segurança jurídica e a boa-fé, princípios de observância obrigatória pelo Estado Democrático de Direito, e sua função jurídica é fornecer algum tipo de tutela à posição dos particulares contra mudanças radicais e injustas promovidas pelo Estado que violem suas expectativas¹⁴², sem que isso represente, evidentemente, um engessamento da atividade estatal.

¹⁴² O princípio da confiança vem justamente se situar entre a dicotomia direito adquirido, cuja proteção é expressamente garantida na Constituição, e expectativa de direito, que tradicionalmente não é resguardada, concedendo algum tipo de proteção ao cidadão que apesar de não ter direito adquirido, contava com legítimas esperanças de manter sua posição jurídica.

Um dos principais e mais amplos mecanismos jurídicos de tutela da confiança é a proibição de comportamento contraditório, consagrada pela máxima “*nemo potest venire contra factum proprium*”. A partir da análise do instituto, de origem no Direito Privado, demonstramos suas características, pressupostos e a compatibilidade de sua incidência às relações jurídico-administrativas. Neste campo, a proibição de comportamento contraditório será temperada por algumas prerrogativas da Administração Pública, que ora reforçam sua aplicação, ora a enfraquecem, como é o caso, respectivamente, da presunção de legitimidade de atos administrativos e o poder de autotutela.

Apesar do sentido literal da expressão indicar uma proibição de atuar contra os próprios atos, explicamos que são diversas as formas de se tutelar a confiança, a depender da situação concreta. Em primeiro lugar, sempre haverá que se garantir a chamada tutela procedimental, conferindo a possibilidade de exercício do contraditório àquele que pode ter sua confiança frustrada pela conduta que a Administração pretende adotar. Depois, a análise dos princípios conflitantes poderá recomendar o emprego da tutela substancial, através da efetiva proibição ao comportamento contraditório; da adoção de posturas intermediárias, como a previsão de regras transitórias e a modulação dos efeitos do ato praticado; ou até mesmo do pagamento de uma indenização, com caráter compensatório dos danos decorrentes da ruptura da confiança.

Assim, ao final de toda essa exposição, esperamos ter evidenciado a importância da proteção da confiança na sociedade contemporânea, especialmente através da proibição ao comportamento contraditório, como forma de asseverar a dignidade da pessoa humana e impor à Administração Pública o abandono de antigos e já ultrapassados paradigmas que impregnaram sua atividade por anos e anos, justificando uma hoje inconcebível, a luz dos princípios constitucionais, preterição da posição do cidadão frente ao arbítrio estatal.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>, acesso em 13.07.2011.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, 270 p.

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 04, outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em 11.09.2011.

_____. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 06.09.2011.

_____. *Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 16.08.2011.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil – Introdução e Teoria Geral*. Editora Lumen Juris, 2011, 548 p .

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

BAPTISTA, Patrícia. *A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 12.09.2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, 543 p.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 06.08.2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. São Paulo: Renovar, 2006, 337 p.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 1369 p.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos*

Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em 12.06.2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, 314 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª edição, São Paulo: Atlas, 2008, 824 p.

FACCI, Lucio Picanço. *A proibição ao comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. In Revista Forense, vol. 411, p. 157/188.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª edição, São Paulo: Saraiva 2008, 1057 p.

HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 288 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, 1295 p.

LEVY, José Luiz. *O Supremo Tribunal Federal e o Registro das Aposentadorias pelo Tribunal de Contas*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-JOSE-LUIZ-LEVY.pdf>, acesso em 09.10.2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos: a segurança como crédito de confiança*. Disponível em internet: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo14.pdf>>, acesso em 16.08.2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, 464 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

MODESTO, Paulo. *Autovinculação da Administração Pública*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>, acesso em 11.07.2011.

_____. *Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 11.07.2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro*. Disponível na internet: <<http://www.professorrafaeloliveira.com.br>>, acesso em 14.09.2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 780 p.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil – vol. III*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Forense 2007, 604 p.

PHILBOIS, Daniela Pereira. *Administração pluricêntrica: uma análise da incoerência sob a ótica do administrado*. 2010. 114 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

PONTES FILHO, Valmir. *Direito Adquirido ao Regime de Aposentadoria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de direito)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 7, setembro/outubro/novembro, 2006. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br>, acesso em 09.10.2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio de 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>, acesso em 05.09.2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 400 p.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 308 p.

_____. *Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos administrativos*, Tese submetida ao XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Disponível na internet: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil>>, acesso em 28.08.2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, 923 p.

TEPEDINO, Gustavo et. al.. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – vol. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 909 p.

VALIM, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, 150 p.