

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

MARCELO RIBEIRO LOSSO

**IMPACTO DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À
CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PRÉ-NEGOCIAIS ENTRE O ESTADO E
OS PARTICULARES**

**CURITIBA
2013**

MARCELO RIBEIRO LOSSO

**IMPACTO DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À
CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PRÉ-NEGOCIAIS ENTRE O ESTADO E
OS PARTICULARES**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

**CURITIBA
2013**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

L881i Losso, Marcelo Ribeiro
2013 Impacto da violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré negociais entre o Estado e os particulares /- Marcelo Ribeiro Losso; orientador, Romeu Felipe Bacellar Filho. – 2013.

269 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013
Bibliografia: f. 256-269

1. Administração pública. 2. Interesse público. 3. Estado de direito. 4. Direito administrativo. 5. Confiança.
I. Bacellar Filho, Felipe. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.3

MARCELO RIBEIRO LOSSO

**IMPACTO DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À
CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PRÉ-NEGOCIAIS ENTRE O ESTADO E
OS PARTICULARES**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho
Orientador

Professora Doutora Angela Cássia Costaldello
Membro

Professor Doutor Márcio Cammarosano
Membro

Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet
Membro

Professor Doutor Emerson Gabardo
Membro

Curitiba, 19 de março de 2013

Aos meus pais Rosi e Carlos, exemplos de trabalho e de vida.

Aos meus filhos Giovana e Bernardo, razão de uma vida, por quem tudo vale a pena.

À Karina, mulher forte, companheira de todas as horas, pela persistência, tolerância e dedicação.

AGRADECIMENTOS

A DEUS pelos dons e perseverança que me foram atribuídos.

Ao Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela dedicada orientação nesta tese, apoiando o prosseguimento dos estudos realizados no mestrado, incentivador e destaque do Direito Administrativo brasileiro e paranaense.

Aos professores da Pós-Graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em especial ao Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet, que personifica o prazer e a dedicação pelo magistério.

Às professoras Silvana Maria Carbonera e Angela Cássia Costaldello e à amiga Lílian Izabel Cubas pelo estímulo nas diferentes etapas dessa caminhada e pronto auxílio nos momentos de dificuldade.

Aos meus irmãos Denise Ribeiro Losso Lazof e Maurício Ribeiro Losso pelo constante apoio. Aos meus sobrinhos, pelo renovar da vida.

À amiga Eva de Fátima Curelo que com alegria e profissionalismo junto à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito torna mais leve esta jornada.

**Em suma, mais do que nunca,
essencial a confiança de um povo em si
e nas instituições públicas.**

(Juarez Freitas)

RESUMO

O presente trabalho trata do impacto da violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre o Estado e os particulares. O Estado, por meio de relações contratuais, interage com um número crescente de agentes da iniciativa privada. A fase pré-negocial nessas relações usualmente impõe que a Administração siga procedimentos previstos em lei. Os chamamentos públicos representam para os particulares propostas de negociações sérias. Os particulares interagem com a Administração Pública com a presunção de legitimidade dos atos e da ação estatal conforme a moralidade e a legalidade a que está constitucionalmente obrigada. No entanto, a Administração Pública tem o direito de revogar seus atos por critérios de oportunidade e conveniência, assim como o dever de anular os atos eivados de vícios. Essas ações, bem como as atividades administrativas cotidianas, podem violar expectativas dos particulares. Com isso, efeitos negativos prejudicam atividades econômicas por trazerem desconfiança e instabilidade nas relações dos particulares com o Estado. Faz-se necessária, mesmo em fase pré-negocial, a proteção à confiança dos particulares na Administração. Essa proteção se dá de três formas: proteção procedimental, assegurando a prévia manifestação de quem será atingido negativamente pelos atos da Administração; proteção substancial, como limite às alterações das situações jurídicas embasadas na confiança; proteção compensatória, indenizando aquele que confiou e teve sua confiança violada. O princípio da proteção à confiança é o que resguarda diretamente as expectativas dos particulares. Não constando expressamente na Constituição, questiona-se se o princípio tem caráter constitucional. Faz-se necessário verificar se o atual constitucionalismo confere ao princípio normatividade e aplicabilidade. O princípio da proteção à confiança é indispensável ao resgate da credibilidade na Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Econômico e social. Atividade econômica. Estado. Administração. Relação pré-negocial. Confiança. Violação.

ABSTRACT

This research explore the violation impact of the protection of confidence principle in pre-negotiation relations between the State and particular negotiators The State interacts with a growing number of private negotiators through contractual relationships. Usually the pre-negotiation phase requires the obligation by the Administration to follow procedures predicted by law. The public calls represent for the particular negotiators serious negotiations proposals. The particular negotiators interacts with the Public Administration presuming legitimate acts and state action according to the morality and legality that is constitutionally compelled. However, the Public Administration has the right to revoke their acts by the opportunities and convenience criteria as well as it has the duty to annul acts riddled with addictions. These actions as well as the daily administrative activities can violate expectations of the particular negotiators. Thus, negative effects harm the economic activities by bringing distrust and instability to the relations between the particular and the state. Even in pre-negotiation phase is necessary the protection of confidence principle among the particular negotiators and the Administration. This protection occurs in three forms: procedural protection ensures the previous manifestation of who will be adversely affected by the actions of the Administration; substantial protection is as a limit for changing in legal situations based in the trust; compensatory protection to compensate those who had their confidence violated. The protection of confidence is a principle that advocates the expectations of the individuals directly. As do not appear explicitly in the Constitution, one wonders whether the principle has constitutional status or not. It is necessary to verify whether the current normative constitutionalism confers upon principle and applicability or not. The protection of confidence principle is vital to restore credibility in Public Administration.

Keywords: Economic and social. Economic activity. State. Administration. Pre-negotial relationship. Confidence. Violation.

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el impacto de la violación del principio de la protección de la confianza en las relaciones de pre-negociación entre el Estado y los particulares. El Estado, por medio de relaciones contractuales, actúa recíprocamente con un número creciente de agentes privados. La fase de pre-negociación en estas relaciones por lo general requiere que la Administración siga los procedimientos prescritos por la ley. Los llamados públicos para los particulares constituyen propuestas de negociaciones serias. Los particulares interactúan con la Administración Pública con la presunción de legitimidad de los actos y de la acción del Estado que actúa con la moralidad y la legalidad que se requiere constitucionalmente. Sin embargo, la Administración Pública tiene el derecho de revocar sus actos por criterios de oportunidad y conveniencia, así como la obligación de anular los actos plagados de adicciones. Estas acciones, así como las actividades administrativas cotidianas, pueden violar las expectativas de los particulares. Por lo tanto, los efectos negativos perjudican las actividades económicas por traer desconfianza e inestabilidad en las relaciones de los particulares con el Estado. Es necesario, inclusive en la fase de pre-negociación, la protección de la confianza de los particulares en la Administración. Esta protección se produce en tres formas: protección procesal, garantizando la previa manifestación de quien se vea afectado negativamente por las acciones de la Administración; protección sustancial, como límite a los cambios de las situaciones jurídicas basadas en la confianza; protección compensatoria propiciando indemnización para aquel que haya confiado y haya tenido su confianza violada. El principio de la protección de la confianza que de una forma más específica protege las expectativas de los particulares. Por no figurar explícitamente en la Constitución, cabe preguntarse si el principio tiene carácter constitucional. Es necesario verificar si el constitucionalismo actual garantiza al principio normatividad y aplicabilidad. El principio de la protección de la confianza es esencial para el rescate de la confianza en la Administración Pública.

Palabras-Claves: Económico y socioambiental. Actividad económica. Estado. Administración. Relación pre-negociación. Confianza. Violación.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO	22
2.1 DA IMPERATIVIDADE À CONSENSUALIDADE	23
2.2 INTERESSE PÚBLICO	26
2.3 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO	29
2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado	32
2.3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público	33
2.4 BINÔMIO PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITOS DOS ADMINISTRADOS	35
3 CONFIANÇA	38
3.1 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA PSICOLÓGICA	39
3.2 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA	40
3.3 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA	42
3.4 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA	46
3.5 CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	49
3.5.1 Base da confiança	51
3.5.2 Existência da confiança no plano subjetivo	54
3.5.3 Exercício da confiança por meio de atos concretos	55
3.5.4 Comportamento estatal que frustre a confiança	58
4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E A RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS	61
4.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	61
4.2 RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS	64
4.2.1 Princípio da proteção à confiança e o Estado de Direito	65
4.2.2 Princípio da proteção à confiança e princípio da segurança jurídica	66
4.2.3 Princípio da proteção à confiança e princípio da boa-fé	71
5 PRINCÍPIOS: FORÇA NORMATIVA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	77
5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS PRINCÍPIOS	77
5.2 OS PRINCÍPIOS E A ATUAL INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	81
5.2.1 Considerações sobre o constitucionalismo contemporâneo	82
5.2.2 Força normativa da constituição	84
5.2.3 A nova interpretação constitucional	85
6 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA EM ÂMBITO INTERNACIONAL	87
6.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO	89
6.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ESPANHOL	93

6.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS	95
7 ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	99
7.1 ACOLHIMENTO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	101
7.2 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	104
7.2.1 Precedentes do acolhimento do princípio da proteção à confiança no Supremo Tribunal Federal	104
7.2.2 A consagração do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo pelos julgados do Supremo Tribunal Federal	110
7.3 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ...	117
7.3.1 Precedentes do princípio da proteção à confiança no Superior Tribunal de Justiça	118
7.3.2 Consagração do princípio da proteção à confiança no Superior Tribunal de Justiça	122
7.4 ACOLHIMENTO NA LEGISLAÇÃO	126
8 RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE O ESTADO E OS PARTICULARES E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA	135
8.1 FASE PRÉ-NEGOCIAL E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA	137
8.1.1 Procedimentos licitatórios, dispensas e inexigibilidades de licitação como elementos caracterizadores de relação pré-negocial	139
8.1.1.1 Policitação	141
8.1.1.2 Oblação	143
8.1.1.3 Vinculabilidade dos chamamentos públicos	144
8.2 FASE CONTRATUAL E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA	148
8.3 FASE PÓS-CONTRATUAL E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA	150
9 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES	154
9.1 ÓBICES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	154
9.1.1 Princípio da legalidade	155
9.1.2 Princípio da supremacia do interesse público	158
9.1.3 Princípio da indisponibilidade do interesse público	160
9.1.4 Princípio da autotutela	164
9.1.5 Princípio do controle	165
9.2 FACILITADORES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	166
9.2.1 Princípio da razoabilidade	166
9.2.2 Princípio da proporcionalidade	168
9.2.3 Princípio da presunção de legitimidade e veracidade	170
9.3 LIMITAÇÕES ÀS MUDANÇAS DE COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA CARACTERIZAÇÃO DE FIGURAS TÍPICAS	171
9.3.1 <i>Venire contra factum proprium</i>	173
9.3.2 <i>Tu quoque</i>	176

9.3.3 Exceptio doli	178
9.3.4 Supressio e Surrectio	180
9.3.5 Inalegabilidade de nulidades formais	183
9.3.6 Desequilíbrio no exercício jurídico	186
10 FORMAS DE PROTEÇÃO À CONFIANÇA	188
10.1 ATIVIDADES CARACTERIZADORAS DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PRÉ-NEGOCIAIS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES	189
10.2 PROTEÇÃO PROCEDIMENTAL DA CONFIANÇA	190
10.2.1 Proteção procedimental da confiança nas licitações	197
10.3 PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA	200
10.3.1 Preservação do ato	200
10.3.1.1 Desfazimento dos atos administrativos	200
10.3.1.2 Direito da Administração rever seus atos por critérios de conveniência e oportunidade	201
10.3.1.3 Poder-dever do Estado anular atos eivados de vícios	205
10.3.1.4 Formas de validação dos efeitos de atos viciados	210
10.3.1.4.1 Convalidação	210
10.3.1.4.2 Conversão	213
10.3.1.4.3 Confirmação	213
10.3.2 Regras de transição	214
10.3.3 Proteção substancial da confiança nas licitações	217
10.4 PROTEÇÃO COMPENSATÓRIA DA CONFIANÇA	218
10.4.1 Responsabilidade patrimonial da Administração	222
10.4.2 Aspectos gerais da responsabilidade patrimonial	223
10.4.3 Requisitos ou pressupostos da responsabilidade patrimonial	224
10.4.3.1 Conduta - ação ou omissão	225
10.4.3.2 Imputabilidade	225
10.4.3.3 Dano	226
10.4.3.4 Nexo Causal	227
10.4.4 Pressuposto especial - culpa	227
10.4.5 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva	228
10.4.6 A Constituição Federal e a responsabilidade da Administração	229
10.4.7 Responsabilidade da Administração na fase pré-negocial	230
10.4.7.1 Danos passíveis de ressarcimento pela violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre a Administração Pública e os particulares	235
10.4.7.1.1 Interesse positivo	236
10.4.7.1.2 Interesse negativo ou dano da confiança	238
10.4.7.1.2.1 A perda de uma chance	241
10.4.8 Responsabilidade da Administração na fase contratual	247
10.4.9 Responsabilidade da Administração na fase pós-contratual	248

10.5 NOVA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	249
11 CONCLUSÃO	252
REFERÊNCIAS	256

1 INTRODUÇÃO

Sem confiança a vida em sociedade se torna praticamente impossível. É ela que age no indivíduo de forma a possibilitar que pratique as atividades cotidianas, na esperança de que aquilo em que acredita, será cumprido. As pessoas se comportam perante o próximo, a sociedade, as instituições na expectativa de que os comportamentos usuais serão observados. É isso que permite que as pessoas pratiquem desde atos simples aos mais complexos, como trafegar com um veículo pelas ruas, deixar os filhos confiados a um colégio ou se submeter a uma cirurgia confiando nos profissionais e no hospital.

A confiança, quando rompida, causa notório abalo nos comportamentos.

É estudada em diversos ramos do conhecimento, justamente para se constatar de que forma age sobre o indivíduo, a sociedade, as organizações, a normatização das relações e a economia.

Na economia é considerada elemento básico da Nova Economia Institucional, segundo a qual o desenvolvimento econômico de uma sociedade está diretamente vinculado ao modo de ser das instituições. Essa forma de agir norteia as relações de cooperação posto que reduz a insegurança estratégica. Quanto maior for a confiança menor será a insegurança estratégica e portanto maior será a cooperação entre os indivíduos. Em sentido oposto, quanto menor for a confiança nas condutas reciprocamente consideradas, menor será a integração econômica e, conseqüentemente, menor será a eficiência e desenvolvimento da sociedade.

A violação do princípio da proteção à confiança, ou, em última análise, à confiança depositada pelos particulares na Administração Pública gera uma série de problemas para a Administração e, conseqüentemente, para a sociedade.

A falta de confiança resulta no afastamento dos particulares, inclusive de prestadores de serviços e fornecedores, notadamente dos que atuam estritamente nos limites da lei, fazendo com que a Administração Pública fique carente de bons profissionais e de empresas idôneas para a prestação de serviços ou fornecimento. Isso abre uma brecha para a apresentação, perante a Administração, de profissionais e empresas que se utilizam de subterfúgios para contratar, como por exemplo, o superfaturamento, direcionamento de certames licitatórios e contratações, pagamento de *propinas* a servidores e agentes públicos.

Como resultado a sociedade perde tanto pela falta da prestação ou pela prestação inadequada dos serviços públicos a cargo de particulares, quanto pela má qualidade dos produtos utilizados, muitas vezes em áreas de crucial importância para a sociedade (ex: materiais médicos, produtos alimentícios para merenda escolar, etc.).

O presente estudo visa trazer elementos que propiciem o rompimento desse círculo vicioso e tragam, como consequência, melhorias nos serviços e produtos fornecidos para a Administração Pública, que resultarão em benefícios diretos para a sociedade.

É neste contexto, inserido na Área de Concentração em Direito Econômico e Socioambiental, que abrange o estudo do Direito incidente sobre a atividade econômica, sobre as organizações sociais humanas contemporâneas e seus reflexos econômicos e sociais, e vinculado à linha de pesquisa Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável, que a pesquisa visa abordar o impacto da violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre o Estado e os particulares.

Diante das sugestões e recomendações recebidas dos componentes da Banca de Qualificação, foi alterado parcialmente o enfoque do estudo. Antes voltado especificamente para a responsabilidade patrimonial da Administração (proteção compensatória) pela violação do princípio da proteção à confiança na fase de tratativas pré-negociais entre o Estado e os agentes privados, passou a abordar o impacto dessa violação, o que incluiu a análise da proteção procedimental e da proteção substancial ao estudo.

Pretende-se demonstrar a necessidade de mudança nas relações pré-contratuais entre o Estado e os particulares, fazendo com que, em alguns casos, diante da aplicação do princípio da proteção à confiança, seja dado novo sentido às decisões públicas, na medida em que agrega a necessidade de tutelar a confiança dos particulares nos casos concretos, mesmo em situações em que habitualmente a Administração pode agir de forma discricionária ou em decorrência do dever de anular atos viciados.

Para tanto é necessário demonstrar que, ainda que inexistente de forma expressa no ordenamento jurídico, tal princípio encontra assento constitucional e que o constitucionalismo atual dá a ele normatividade.

Deve-se comprovar que foi recepcionado na jurisprudência dos tribunais superiores, e que vem trilhando no Brasil o mesmo caminho enfrentado em outros países, a exemplo da Alemanha, Espanha e França.

Tratando-se da fase pré-negocial, propõe-se que os procedimentos típicos dessa fase, obrigatórios para a Administração Pública (processos licitatórios, dispensas ou inexigibilidades de licitação), representem comportamentos concludentes na manutenção de negociações sérias, trazendo vinculabilidade à Administração Pública e a possibilidade dos particulares terem seus direitos tutelados em caso de violação.

Para viabilizar a aplicação do princípio da proteção à confiança nas relações entre Administração e particulares é necessário compatibilizar o princípio da proteção à confiança com outros cujo conteúdo a ele se contrapõem.

Pretende-se demonstrar que há outros princípios cuja atuação facilita a aplicabilidade do princípio da proteção à confiança, assim como há outros elementos limitadores da

mudança de comportamento da Administração Pública, pela caracterização de figuras típicas cunhadas na jurisprudência.

Ao analisar as formas de proteção à confiança (procedimental, substancial e compensatória), pretende-se demonstrar que todas são aplicáveis nas relações pré-negociais entre o Estado e os particulares, buscando traçar os contornos da incidência do princípio na fase pré-negocial, em especial no que concerne às licitações e procedimentos que a substituam.

Na proteção procedimental intenciona-se que seja reconhecida sua aplicabilidade além dos limites estabelecidos em dispositivos legais e na jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal.

Na proteção substancial busca-se estabelecer a possibilidade de manutenção dos efeitos dos atos quando impactem negativamente nos interesses dos particulares, ainda que decorram do direito da Administração revogá-los por critérios de oportunidade e conveniência, ou ainda que decorram do poder-dever de anulá-los por vícios. Para tanto é necessário demonstrar quais os atos passíveis dessa tutela e os institutos que concorrem para viabilizar a manutenção desses efeitos.

Propõe-se que a proteção compensatória seja aplicada quando não for viável a tutela procedimental ou substancial, ou quando os efeitos dessas se mostrem inócuos. Para tanto devem ser estabelecidos os limites dessa aplicação, seja pela necessária comprovação dos requisitos para a responsabilização patrimonial da Administração, bem como quais são os danos passíveis de ressarcimento.

No que concerne à proteção substancial merece ser especialmente enfrentada a possibilidade de ressarcimento da perda de uma chance.

Por fim, pretende-se demonstrar necessária uma mudança na atuação da Administração, fundada numa nova ética da atividade administrativa, com observância da boa-fé e da confiança dos administrados.

A pesquisa é relevante academicamente dada a escassez de estudos sobre a matéria na fase pré-negocial.

Por fim, pretende contribuir na reflexão da relação do Estado com os particulares a partir de uma interpretação jurídica que possa dar efetividade à proteção à confiança, sem violação de direitos fundamentais dos administrados, ou, em casos de ocorrência de violação, propiciando-se o ressarcimento dos danos.

O trabalho é estruturado da seguinte forma: neste primeiro capítulo, referente à introdução, procura-se demonstrar os diversos aspectos que serão abordados no estudo e o que se pretende com o mesmo. É dada a delimitação do tema e os principais questionamentos a serem enfrentados.

No segundo capítulo busca-se o embasamento teórico sobre a Administração Pública, seu estágio atual de seu relacionamento com os particulares e algumas características que serão relevantes na pesquisa e que podem impor limites à aplicação do princípio da proteção à confiança.

Para tanto busca-se caracterizar o interesse público, invocado reiteradamente pela Administração, mas de difícil conceituação, e que deve ser perseguido nas atividades estatais. Conceitua-se e caracteriza-se o regime jurídico-administrativo e seus efeitos na relação da Administração com os particulares. Analisa-se os princípios basilares do regime, ambos estreitamente ligados ao interesse público, a saber: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. A compreensão desses princípios é crucial para, em momento oportuno, analisar se representam óbices à aplicação do princípio da proteção à confiança.

Por fim, aborda-se o binômio prerrogativas da Administração Pública – direitos dos administrados.

O terceiro capítulo busca demonstrar a importância da confiança sob diferentes perspectivas e sua ação como fator de pacificação, seja no comportamento individual, nas relações interpessoais ou sociais. Demonstra-se a influência sob o aspecto econômico, o que pode acarretar verdadeiras crises, como a que se abateu na economia mundial a partir de 2008. Sob o enfoque jurídico visa-se demonstrar que a confiança é um valor jurídico a ser protegido.

Ainda nesse capítulo são apontadas as condições de aplicabilidade da proteção à confiança, caracterizando cada um dos requisitos tidos como necessários a justificar a tutela da confiança.

No quarto capítulo busca-se delimitar o princípio da proteção à confiança e seu âmbito de operação. Inicialmente são traçados os contornos de sua atuação nos diversos poderes do Estado, indicando de que forma atua e o que efetivamente tutela.

Analisa-se a relação do princípio da proteção à confiança com outros princípios correlatos. Identifica-se os aspectos que o aproximam e o diferem dos demais. Demonstra-se que pode ser um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com a finalidade comum de resguardar os particulares dos atos estatais e seus efeitos.

Aborda-se as semelhanças e diferenças entre o princípio da proteção à confiança e o princípio da boa-fé. Analisa-se a incidência de ambos, conjunta e separadamente nas obrigações em que é parte a Administração Pública, apontando-se que a denominação encontrada tanto na doutrina quanto na jurisprudência nem sempre refletem de forma clara o que se pretende tutelar, de modo que durante todo o trabalho serão utilizadas diversas denominações para se referir à proteção à confiança, mas sempre no sentido de resguardar

a fidúcia. Daí a importância de identificar a atuação de cada um dos princípios correlatos e em que o princípio da proteção à confiança atua de forma autônoma.

O quinto capítulo aborda os princípios e atual interpretação constitucional. Isso porque, no decorrer do estudo serão encontrados conflitos do princípio da proteção à confiança com normas legais, súmulas dos tribunais superiores e com outros princípios. É necessário, portanto, analisar se o constitucionalismo contemporâneo reconhece força normativa da Constituição e qual é a interpretação constitucional adequada quando os conflitos envolvem princípios.

O capítulo sexto está direcionado à pesquisa da origem e evolução do princípio em âmbito internacional, notadamente na Alemanha, Espanha e França. Isto se justifica porque o caminho percorrido nesses países assemelha-se em muito ao percurso enfrentado no desenvolvimento do estudo do princípio da proteção à confiança no Brasil. Além disso, da análise dos julgados e da doutrina nacionais constata-se que estes países servem de fonte para o estudo no Brasil.

O exame desse desenvolvimento nos outros países possibilitará compreender o estágio atual em que se encontra o estudo em nosso país e o percurso ainda a ser percorrido.

No sétimo capítulo cuida-se do acolhimento do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo brasileiro. Demonstra-se que o Direito Administrativo passa a se voltar ao estudo do princípio. Busca-se identificar se o princípio tem assento constitucional.

Seguindo o caminho encontrado em outros países, faz-se o levantamento do acolhimento deste princípio no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Para tanto em cada um desses Tribunais analisa-se os precedentes que resguardam a confiança, ainda que sob denominações e invocando outros institutos.

Ao analisar o acolhimento na legislação, verifica-se diversos institutos que visam resguardar a confiança, ainda que de forma transversa. Busca-se apontar se tais dispositivos podem ser considerados como concreções do princípio da proteção à confiança.

O oitavo capítulo é reservado à análise da relação negocial entre o Estado e os particulares. Para tanto, faz-se a distinção da fase pré-negocial, objeto do presente estudo, e que é abordada com a devida profundidade, da fase contratual e pós-contratual. Para cada uma delas são demonstrados os deveres decorrentes da confiança.

Na fase pré-negocial, dadas as regras aplicáveis à Administração Pública, analisa-se se os procedimentos licitatórios ou procedimentos que os substituem, caracterizam uma relação pré-negocial séria, capaz de gerar legítimas expectativas nos particulares. Lança-se mão de institutos do Direito Privado para traçar uma analogia com as relações existentes nos certames licitatórios, dispensas e inexigibilidades. Busca-se, enfim, reconhecer se há

vinculabilidade dos chamamentos públicos efetuados em licitações ou procedimentos que as substituam.

No capítulo nove analisa-se a influência do princípio da proteção à confiança nas relações entre a Administração Pública e os particulares. Diante dos conflitos existentes entre o princípio sob análise e outros cujo conteúdo a ele se contrapõem, busca-se identificar se representam óbices à aplicação do princípio da proteção à confiança. São analisados os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público (estes dois tidos como sustentáculos do regime jurídico-administrativo), da autotutela e do controle.

De outro lado, aborda-se outros princípios cuja atuação pode ser facilitadora à aplicabilidade do princípio da proteção à confiança. São eles razoabilidade, proporcionalidade e presunção de legitimidade e veracidade.

Apointa-se outros elementos limitadores da mudança de comportamento da Administração Pública, pela caracterização das ações como uma das figuras típicas cunhadas na jurisprudência (*venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *supressio* e *surrectio*, inalegabilidade de nulidades formais e desequilíbrio no exercício jurídico).

No décimo capítulo são tratadas as três formas de tutelar a confiança na fase pré-negocial das relações entre Administração Pública e particulares: proteção procedimental, proteção substancial e proteção compensatória.

Inicialmente são trazidas atividades caracterizadoras da violação à confiança nessa fase de tratativas.

A partir disso busca-se demonstrar que a proteção procedimental é alcançada com a utilização de institutos jurídicos já existentes. Busca-se demonstrar qual o real alcance dessa proteção nas licitações, diante de norma legal expressa limitadora desse alcance.

A proteção substancial da confiança se dá de duas formas: pela preservação do ato ou pela utilização de regras de transição.

Ao analisar a possibilidade de manutenção dos atos cujo desfazimento gera efeitos aos particulares, faz-se necessário compulsar direitos consagrados da Administração (tais como de revogar atos por critérios de oportunidade e conveniência e de anular os atos eivados de vícios) com a aplicação do princípio, no sentido de manter os atos, ainda que viciados. Para tanto estuda-se também as formas de validação dos efeitos de atos viciados (convalidação, conversão e confirmação), buscando identificar a possibilidade de aplicação do princípio por meio desses institutos. Analisa-se a aplicabilidade da proteção substancial da confiança na fase pré-negocial, em especial em licitações, em vista de disposições legais expressas e jurisprudência consolidada por meio de súmulas.

Analisa-se a proteção compensatória, pois quando não observada a proteção procedimental e a proteção substancial, ou quando essas se mostrem inócuas diante do caso concreto, resta a possibilidade de compensação pelo dano sofrido. Nesse tópico aborda-se a responsabilidade patrimonial da Administração, seus aspectos gerais, requisitos ou pressupostos e qual a modalidade de responsabilidade civil aplicável à Administração Pública por previsão constitucional.

Aborda-se se é aplicável a responsabilidade patrimonial da Administração pela violação da confiança na fase pré-negocial e quais os interesses que devem ser ressarcidos, inclusive com abordagem específica sobre a perda de uma chance, considerando a frustração do particular em ser tolhido da participação nos certames licitatórios ou procedimentos que os substituam.

Por fim passa-se à abordagem da necessidade de uma nova atuação da Administração Pública, fundada na ética e na valorização da confiança.

O capítulo décimo primeiro destina-se às conclusões do estudo.

Assim, imagina-se abordar os aspectos relevantes da matéria, pretendendo este estudo colaborar no desenvolvimento e aplicação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre a Administração Pública e os particulares.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

O presente trabalho trata da aplicação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre o Estado e os particulares.

Embora seja o Estado detentor de capacidade e personalidade jurídica e titular de direitos e obrigações, são os atos da Administração Pública que geram efeitos jurídicos perante terceiros. Por gozar a Administração de prerrogativas que podem afetar os interesses dos particulares que com ela mantém relações, é importante conceituar Administração Pública e demonstrar suas principais características. Especial atenção deve ser dada ao regime a ela aplicável e seus princípios basilares, que poderão trazer limitações à proteção à confiança.

Conforme referido em estudo anterior,¹ essa conceituação é complexa, dados os múltiplos aspectos de sua atuação.²

A Administração Pública compreende as atividades de decisão e execução destinadas ao atendimento direto, imediato e concreto das necessidades públicas, sejam estas utilidades, necessidades ou até mesmo urgência.³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta que são dois os sentidos usuais para utilização da expressão Administração Pública. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, “designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa”. No que se refere ao sentido objetivo, material ou funcional, entende que “designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes” sendo esta a “função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo”.⁴

Luiz Alberto Blanchet complementa que sob o enfoque subjetivo, orgânico ou formal, Administração Pública é a estrutura de órgãos que a integram e entidades autônomas, revestidas de personalidade jurídica própria e independente do sistema orgânico. E aponta: “Quando empregada neste sentido, a expressão é grafada com inicial maiúscula: Administração”. Na acepção objetiva, funcional ou material “a expressão administração

¹ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 19.

² Odete Medauar comenta que “Sempre houve dificuldade de fixar com precisão o conceito de Administração Pública. Diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 47.

³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2005, p. 39.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50.

pública designa a própria atividade administrativa. Neste sentido, a expressão é escrita com inicial minúscula: administração".⁵

Hely Lopes Meirelles ao tratar da matéria traz a conceituação de Administração Pública em sentido formal como sendo "o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo"; e em sentido material "é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral" e por fim, no sentido operacional "é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade". Complementa, ainda, dizendo ser, numa visão global "todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas".⁶

Neste trabalho, ao utilizar-se a expressão Administração Pública no sentido subjetivo, compreende-se não só o Poder Executivo, mas toda a estrutura estatal, por meio da qual o Estado busca a realização dos seus fins. Portanto, integram a chamada Administração Pública além do Poder Executivo, também os Poderes Legislativo e Judiciário. O âmbito de atuação também abrange as três esferas de governo: federal, estadual e municipal.

Releva agora demonstrar de que forma a Administração Pública se relaciona com os particulares e a importância desses relacionamentos.

2.1 DA IMPERATIVIDADE À CONSENSUALIDADE

O Estado está se transformando, pressionado pelas mudanças na sociedade.⁷ Daí decorre a necessidade da Administração Pública também se transformar. É necessário conhecer as tendências em curso para a escolha de alternativas que tragam respostas eficientes.

O Estado se transformou do modelo monoclasa, que atendia as classes dominantes, para atender os interesses das massas emergentes (Estado do bem-estar social e Estado socialista). Após a Segunda Guerra esses tipos também passaram a dar sinais de exaustão, com a perda do peso relativo do Estado, que passou a enfrentar queda

⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2005, p. 39.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 60-61.

⁷ Segundo Diogo de Figueiredo Neto, a sociedade mudou principalmente no último quarto do século XX, em função do que o autor chama de polígono de mobilidades, representado pela mobilidade da informação, da produção, financeira e social, esta caracterizada pelo polifacetismo, decorrente da recombinação, multiplicação e diversificação sociais. Como decorrência dessas mudanças resulta a expansão do nível de consciência dos interesses e expansão da participação política. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-38.

do poder no processo produtivo; acúmulo de déficits crescentes; falta de recursos para atender, de forma eficiente, as demandas sociais e a impossibilidade de aumentar indefinidamente a carga tributária. Em decorrência disso surge o Estado puriclasse como organização política dominante.

Nos movimentos de adequação a sociedade recobra o espaço político perdido e torna-se protagonista da política, fazendo despontar certos princípios, a saber: subsidiariedade, coordenação, privatização, publicização e consensualidade.

Norberto Bobbio já havia apontado que “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”.⁸

Tal função de garantia resulta de sua obrigação constitucional de viabilizar uma série de direitos fundamentais. Contudo, o Estado garantidor é diferente do Estado prestador, pois os serviços públicos - assim como as demais atividades que integram a dinâmica da Administração Pública - são compreendidos como meios de efetivar os direitos fundamentais.

No que concerne à consensualidade o Estado tende a evoluir de um critério imperativo para outro consensual, no qual se busca o interesse público e o alcance da eficiência administrativa. O que se pretende não é um Estado grande, mas sim um Estado suficiente, proporcional às suas necessidades.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto relata que no passado o único limite que atuava era o moral. Contudo, com o Estado de Direito, surgiu o limite da legalidade. Com o Estado Democrático de feição pluriclasse afirma-se o limite da legitimidade, dependente do consenso sociopolítico.⁹

Assim distingue-se a democracia clássica, voltada à escolha dos governantes da democracia do final do século XX, voltada à escolha de como se quer ser governado.¹⁰

Nesse contexto ganha força a administração consensual, assim entendido como o “modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da administração pública”.¹¹

⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 26.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41.

¹⁰ Essa segunda forma vai se adensando nos diferentes países, tanto materialmente quanto formalmente, assim considerado pela multiplicação dos instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (associações e parcerias). Tal consensualidade contribui decisivamente nas democracias contemporâneas aumentando a eficiência, diminuindo abusos (legalidade), promovendo a justiça, trazendo legitimidade às decisões, desenvolvendo o civismo e tornando os comandos estatais mais aceitáveis (ordem).

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.

Sobre a expansão do consensualismo, Gustavo Henrique Justino de Oliveira aponta que:

A expansão do consensualismo na Administração Pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada Administração consensual, e a mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade, permanentemente flexionada pela lógica do consenso.¹²

Assim, constata-se que a Administração Pública passa da posição de império para a posição de consenso, onde há possibilidade de maior participação da sociedade.¹³ É o que Fabrício Motta entende existir no contexto do que denomina de Direito Administrativo Participativo, e comenta:

[...] exsurge como tendência inexorável o abandono da vertente autoritária da Administração Pública em favor da adoção da vertente consensual, buscando o aumento da participação popular no processo decisório, como marca da moderna harmonia entre o Estado e a sociedade, dentro do contexto do chamado Direito Administrativo Participativo.¹⁴

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka apontam a concertação administrativa e a contratualização administrativa como formas de expressão da administração consensual. Indicam, ainda, seus principais instrumentos: os acordos administrativos, transação administrativa e conciliação administrativa.¹⁵

Defendem a existência de um módulo consensual da administração pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes, e exemplificam: os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela administração pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.¹⁶

A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008, p. 31-50. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, mai./jul. 2005, p. 27. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2007.

¹³ A Administração Pública pode ser exercida tanto pela via da subordinação (unilateral, hierarquizada e linear) quando pela coordenação (multilateral, equiordinada e radial), cabendo ao legislador optar pela forma que apresente melhores resultados, considerando critérios de eficiência, custo, garantia dos administrados, necessidade de emprego da coerção, entre outros.

¹⁴ MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. In. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa Wagner (Coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 306.

¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008, p. 31-50. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.

Diante das restrições impostas ao Estado, entende-se que a utilização das formas consensuais torna-se um importante instrumento para viabilização das atividades do Estado neste novo contexto.¹⁷

Como decorrência dessa alteração, da imperatividade à consensualidade, ganham importância as relações mantidas pela Administração com os particulares, posto serem indispensáveis à consecução dos objetivos do Estado. Com o gradual afastamento dos poderes de império, entende-se limitada a atuação unilateral, com redução da utilização das prerrogativas da Administração.

Portanto, as relações - sejam contratuais ou extracontratuais - mantidas entre particulares e Administração Pública demandam uma interpretação vinculada às suas finalidades e características, dentre as quais a de proteger a confiança depositada pelos diversos agentes que mantêm tratativas e contratações com a Administração, sem descuidar que a atividade da Administração Pública deve sempre buscar o interesse público, motivo pelo qual está vinculada ao regime jurídico-administrativo.

2.2 INTERESSE PÚBLICO

A ideia de interesse público é de grande relevância no Direito Administrativo uma vez que qualquer ato administrativo dissociado do interesse público será inválido. Contudo, sua conceituação não é simples. Admitindo essa imprecisão conceitual, Odete Medauar comenta: “A expressão interesse público tem presença ampla no Direito Administrativo, em especial como fundamento, fim e limite de atos e medidas. Muitas dificuldades surgem, no entanto, ao se tentar sua explanação conceitual”.¹⁸

Lúcia Valle Figueiredo pondera que interesse público é um conceito tratado por muitos como despido de qualquer conteúdo e passível de receber aquele que se lhe queira dar.¹⁹

A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008, p. 31-50. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 19 set. 2012.

¹⁷ Nesse sentido Diogo de Figueiredo Neto entende que sobejam as justificativas pela utilização da via da coordenação na Administração Pública pelos seguintes critérios: pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração); pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal (cooperação); pela redução de custos para o Estado e sociedade (economicidade); pela simplificação da máquina gestora do Estado (racionalidade); pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização); pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização); pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado do bem-estar social e socialista (eficiência); e pela racionalização da atribuição de competências ao Estado e conseqüente racionalização da distribuição de competências entre entidades e órgãos do Estado (subsidiariedade). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42-43.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 142.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

Marçal Justen Filho comenta que a doutrina reiteradamente invoca o interesse público sem definir a expressão. Reconhece a dificuldade em defini-la por ser conceito jurídico indeterminado, o que afastaria uma exatidão de conteúdo. Recorda que a indeterminação de critérios de validade de atos governamentais dificulta seu controle.²⁰

Dada a dificuldade de definição, é usual utilizar-se de uma conceituação excludente para trazer os contornos do que é interesse público.

Inicialmente cabe demonstrar que a expressão interesse público não tem conteúdo idêntico a outras, como interesse coletivo, interesse difuso e interesse social.²¹

Interesse coletivo normalmente representa o interesse de determinado grupo de indivíduos, tendo abrangência mais restrita do que o interesse público.

Os interesses difusos, segundo Odete Medauar, diferem também dos direitos coletivos, pois se no segundo caso são calcados sobre um vínculo jurídico definido que congrega as pessoas, no primeiro caso inexistente uma relação base bem definida, uma vez que o vínculo decorre de fatores conjunturais e mutáveis.²²

Difere também de interesse social uma vez que este é mais abrangente do que interesse público, no sentido de ser inerente a toda a sociedade, ao passo que interesse público está afeto à Administração ou ao Estado. Odete Medauar entende que expressaria uma distância da atuação do Estado diante das pretensões da sociedade.²³

Por sua vez, Marçal Justen Filho ao buscar a conceituação negativa ou excludente de interesse público, o diferencia do interesse do Estado, entendendo não ser possível definir interesse público a partir da identidade de seu titular. Comenta que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas, sendo instrumento de realização do interesse público. Portanto, o interesse público existe antes do Estado.²⁴

Quanto a esse aspecto Marçal Justen Filho complementa que, como sujeito de direito, o Estado pode ter algumas preferências ou conveniências que, embora representem um benefício para a administração, não representam necessariamente a atuação no sentido de realizar o bem comum e a satisfação geral.²⁵

Cumprido diferenciar, ainda, o interesse público do interesse do agente público. Por certo que são distintos, pois ao segundo são inerentes alguns interesses que,

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 122.

²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 142.

²² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 142.

²³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 142.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 122.

²⁵ O autor traz como exemplo a ausência de pagamento, pelo Estado, de suas dívidas, que embora possa representar um benefício material para os cofres públicos, não representa o interesse público. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 123.

egoisticamente podem lhe trazer benefícios, mas que não representam a realização do bem comum e a satisfação geral.²⁶

Importa diferenciar, ainda, o que é interesse público primário e secundário.

Interesse público primário, segundo Luís Roberto Barroso, “é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade”.²⁷ Por sua vez, os interesses secundários são inerentes à própria pessoa jurídica da Administração Pública, sujeito de direitos e deveres, sendo que tais interesses não são necessariamente coincidentes com os anseios do povo. Luís Roberto Barroso esclarece que são os interesses:

[...] da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.²⁸

Após reiterar a dificuldade de conceituar interesse público, dados seus vários significados, Odete Medauar aponta que: “Se é difícil enunciar um conceito jurídico preciso de interesse público, parece, no entanto, possível associá-lo ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade”.²⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello após discorrer sobre as diversas acepções do conceito jurídico de interesse público conclui ser esse “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.³⁰

O interesse público, no entendimento de Héctor Jorge Escola é o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se atribui a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no querer axiológico de seus indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto a respeito deles, que nele podem reconhecer seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os

²⁶ Como exemplos pode-se citar a realização de atos buscando a continuidade no cargo ou função desempenhada, a não divulgação de dados ou ocorrências referentes às atividades do agente, etc.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XIII.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XIII.

²⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 143.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, os quais afasta ou substitui, sem aniquilá-los.³¹

Insta ressaltar que não se pode reduzir o interesse público ao somatório dos interesses privados, posto que há diferença qualitativa entre eles, de modo que o interesse público não significa necessariamente interesse da maioria.³²

Angela Cássia Costaldello pondera que não obstante haja notória dificuldade em conceituar interesse público, “há um aspecto comum: a satisfação de necessidades da coletividade. Portanto, é possível identificar o destinatário - a coletividade -, e a finalidade - atender aos interesses preponderantes da vida em sociedade”.³³

A importância de entender o significado de interesse público está no fato desse embasar o regime jurídico-administrativo, estando presente nos princípios que o caracterizam.

2.3 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Por regime jurídico-administrativo entende-se o conjunto de princípios e regras aos quais deve se submeter a atividade administrativa para alcançar seus fins. Esses princípios e regras informam o Direito Administrativo e o individualizam como disciplina jurídica autônoma, distinta das demais disciplinas do Direito.

A expressão cunhada por Jean Rivero faz referência a um regime como um sistema, vinculado a um eixo central. Este eixo é representado pelo binômio prerrogativas e sujeições que condicionam o Poder Público em suas atividades.³⁴

Nesse sentido defende Celso Antônio Bandeira de Mello:

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.³⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que:

[...] a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo,

³¹ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 236.

³² Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 119.

³³ COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** - uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 144.

³⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 42.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.³⁶

E explica que a sobreposição do Estado sobre os indivíduos, no Direito Administrativo, encontra justificativa por um dado histórico: o Direito Administrativo surgiu, na França, após a Revolução Francesa, sob a égide do Estado Liberal, que deu origem a duas ordens jurídicas distintas: a ordem jurídica individualista e o regime jurídico-administrativo, este revestido de traços de autoridade, com vistas à consecução, pelo Estado, do interesse geral.³⁷

Diante disso releva diferenciar os regimes de Direito Privado e de Direito Público. No primeiro há autonomia de vontade para eleger os fins a serem alcançados e a forma ou meios necessários de atingi-los. Essa autonomia é representada pelos institutos do contrato e da propriedade.³⁸

No segundo, embora possa existir alguma liberdade para eleger os meios necessários à consecução dos objetivos ou fins, a liberdade quanto à escolha destes fins é praticamente nula.³⁹

Na prestação de serviços públicos, atribuição do Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a Constituição Federal reserva à lei dispor sobre o regime aplicável às concessionárias e permissionárias.⁴⁰

Quando prestado diretamente pelo Poder Público, o regime aplicável é de Direito Público.

Importa esclarecer que há casos de sujeição da Administração Pública ao regime jurídico de Direito Privado. Como exemplos pode-se citar as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que desempenham atividade econômica de produção ou comercialização de serviços e bens. Nesses casos a Constituição Federal prevê que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da entidade, sujeitando-a ao regime jurídico

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

³⁸ Marçal Justen Filho recorda que a autonomia de vontade típica do regime de Direito Privado já foi interpretada de forma muito mais ampla no passado. Demonstra que mesmo nos estados de economias capitalistas há uma necessária intervenção estatal em setores específicos e determinados, notadamente com a finalidade de promover os direitos fundamentais e a tutela à dignidade humana. Tal autonomia de vontade sofre limitações pela vinculação de direitos e deveres relativos à consecução de determinados fins. O autor denomina o fenômeno de “funcionalização” do direito. Exemplifica pela observância, para os particulares, da “função social da propriedade”, “do contrato” ou “da empresa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

³⁹ Marçal Justen Filho afirma que a liberdade para escolha dos fins é tão reduzida a ponto da maior parte da doutrina negar sua existência. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52.

⁴⁰ Constituição Federal de 1988:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

próprio das empresas privadas, igualando-a em obrigações com as demais, sem qualquer privilégio.⁴¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que há outros casos de atuação da Administração Pública sob regime de Direito Privado, em decorrência de opção do legislador, como por exemplo, atividades que envolvem pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Relembra a autora que ainda quando se emprega modelos privatísticos, nunca há submissão total ao Direito Privado, posto que a Administração Pública não se desvencilha de determinados privilégios tais como juízo privativo, prescrição quinquenal, processo especial de execução e impenhorabilidade de bens.⁴²

Embora tenha a Administração Pública os benefícios do regime jurídico-administrativo, isso não significa plena liberdade de atuação, posto ser esse regime caracterizado, como já comentado, pelo binômio prerrogativas da Administração – direitos do administrado.⁴³

Dentre os princípios caracterizadores desse regime,⁴⁴ aponta-se dois como basilares do regime jurídico-administrativo: da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello é taxativo: “Todo sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração”.⁴⁶

Aborda-se doravante tais princípios, dada a importância dos mesmos na caracterização do regime jurídico-administrativo. Embora se reconheça tal importância,

⁴¹ Constituição Federal de 1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

⁴³ Quanto ao uso do vocábulo “administrado” cumpre salientar que se utiliza no sentido de indivíduo, particular, cidadão, sem fazer diferenciação entre a terminologia, embora a mesma seja alvo de diferenciações entre os autores.

⁴⁴ Marçal Justen Filho assevera ser inviável indicar de modo prévio e abstrato todos os princípios que influenciam o regime jurídico-administrativo e entende serem diversos os princípios que são sistematicamente ponderados para disciplinar cada situação. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

⁴⁵ Dentre tais autores destacam-se: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52; e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

entende-se que não se justifica a atribuição, a eles, de valor absoluto que autorize a indiscriminada sobreposição aos demais princípios.

2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é aquele que determina a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse do particular. Conforme já comentado em estudo anterior,⁴⁷ a principal consequência desse princípio é a posição privilegiada da Administração Pública em face dos particulares, uma vez que a essa cumpre gerir o interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho defende que:

[...] não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.⁴⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta duas consequências decorrentes desse princípio: I) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e II) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.⁴⁹

A primeira característica encerra os benefícios concedidos pela ordem jurídica à Administração Pública, responsável por buscar o interesse público, atribuindo-lhe privilégios. São exemplos dessa posição a presunção de legitimidade⁵⁰ e veracidade dos atos administrativos; prazos processuais maiores para a Administração quando atuando em juízo; prazos prescricionais diferenciados quando o Poder Público é parte, etc.

A segunda característica, da posição de supremacia, é caracterizada pela “verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da

⁴⁷ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 25.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 24.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

⁵⁰ Angela Cássia Costaldello ensina que “a presunção de legitimidade dos atos administrativos é qualidade que os mesmos possuem de ser considerados legais e verdadeiros até que seja provado o contrário. Há presunção ‘*juris tantum*’ em relação aos mesmos”. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 133.

horizontalidade, típica das relações entre estes últimos”.⁵¹ Em decorrência dessa posição de autoridade frente aos particulares, a Administração tem a possibilidade de ditar obrigações aos mesmos, por ato unilateral, daí decorrendo também a possibilidade de alteração unilateral das relações já estabelecidas.

Raquel Melo Urbano de Carvalho⁵² entende que somente na medida em que os interesses da sociedade prevaleçam sobre os interesses particulares torna-se possível evitar a desagregação que certamente ocorreria se cada membro ou grupo da coletividade buscasse a concretização dos seus interesses particulares. Portanto, a prevalência do bem comum enquanto objetivo primordial a ser perseguido pelo Estado é um pressuposto da sobrevivência social. Da superioridade do interesse da coletividade decorre a sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição da sobrevivência e asseguramento deste último. É no interesse geral da sociedade e na soberania popular que se encontram os fundamentos da supremacia do interesse público.

Por fim, é oportuno lembrar que a Administração Pública poderá desempenhar atividades sob um regime parcialmente sujeito ao Direito Privado. É o que ocorre quando atua diretamente no campo econômico, por meio de empresas que cria para tal finalidade. Nesses casos tais sujeitos não gozam de privilégios em suas relações com os particulares. Isso não significa elisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, nem exclusão do enquadramento das demais características próprias do regime jurídico-administrativo.⁵³ Essa sujeição estará vinculada à disposição da Constituição Federal ou da Lei.

2.3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração traz que os interesses da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, e isso porque o gestor da coisa pública administra aquilo que é público, ou seja, é de todos. Nesse sentido leciona Diógenes Gasparini que, segundo esse princípio, não se acham os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. E complementa:

Aqueles e este não são senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

⁵² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 60.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.

detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para revelar a prescrição e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública.⁵⁴

Isto significa que a Administração Pública não tem autorização para desfazer-se da coisa pública, bem como, não pode se eximir da sua atribuição de guarda e conservação do bem.

Não é demais recordar que, embora seja um princípio sobre o qual se apoia o regime jurídico-administrativo, a observância da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública tem expressa previsão na lei geral que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784/99.⁵⁵

Portanto deve, nas suas ações, buscar sempre um fim maior, o interesse público, com benefícios para a coletividade. Não lhe cabe a liberdade e voluntariedade próprias de quem é dono.⁵⁶ Ao contrário, está obrigado a observar, na administração dos bens e interesses públicos, a finalidade à qual estão adstritos, tomando as iniciativas necessárias à sua manutenção.

Nesse sentido explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.⁵⁷

Como exemplos de institutos que concretizam o dever de indisponibilidade do interesse público pela Administração pode-se citar a obrigatoriedade de licitação e concurso público.⁵⁸

⁵⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

⁵⁵ Lei nº 9.784/99:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67.

⁵⁸ No caso da obrigatoriedade de licitar, a Administração não pode escolher, a seu alvedrio, com quem vai celebrar contrato. A lei estabelece a realização de processo administrativo que deve ser rigorosamente seguido a fim de selecionar o interessado que apresente a proposta mais vantajosa para a Administração. No que concerne ao concurso público, em caso de vaga na estrutura administrativa, a escolha do ocupante não pode ser decorrente de preferências pessoais (salvo raras exceções, previstas em lei - ex: nomeação para cargo em comissão). Deve ser resultado de um processo próprio de seleção por meio do concurso, no qual seja dada a mesma oportunidade a todos os interessados que preenchem os requisitos estabelecidos em lei.

A compreensão dos princípios ora tratados é relevante pois em momento oportuno esses serão confrontados com o princípio da proteção à confiança para que se conclua se representam óbices à aplicabilidade da tutela da confiança.

2.4 BINÔMIO PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

O regime jurídico-administrativo, como sistema, pode ser considerado um conjunto de elementos que tipificam o Direito Administrativo. Esses elementos podem ser resumidos em prerrogativas da Administração - direitos dos administrados e trazem ideias opostas, como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: de um lado está a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, e de outro a necessidade da satisfação dos interesses coletivos.⁵⁹

Para alcançar a satisfação dos interesses coletivos, atribui-se à Administração Pública prerrogativas e privilégios, inexistentes nas relações privadas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que o Direito Administrativo nasceu “no crepúsculo do *absolutismo* e sob o signo da *imperatividade*”, motivo pelo qual carrega “forte sentido de *assimetria* - substantiva e adjetiva - entre a Administração Pública, de um lado, e os indivíduos e os entes civis de sua criação, de outro”. E complementa:

É essa *assimetria* que justificou a criação das *prerrogativas*, que são os institutos que expressam algum tipo de situação privilegial dos órgãos da Administração em certas relações jurídicas, tais como sobressaem no fisco, na polícia e nos serviços públicos.⁶⁰

Resguarda-se para a Administração uma posição privilegiada na relação, vertical, dando-lhe poderes especiais limitadores dos interesses dos indivíduos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz como exemplos dessas prerrogativas:

[...] a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia.⁶¹

⁵⁹ Explica ainda a autora que a proteção aos direitos individuais frente ao Estado serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito. Por outro lado, a necessidade de satisfação dos interesses coletivos conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, quer para a prestação dos serviços públicos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009, p. 7-18. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62588>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

E como privilégios arrola: “imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos”.⁶²

Em sentido contrário aparecem as sujeições ou restrições impostas ao Poder Público, buscando a proteção aos direitos individuais frente ao Estado.

Como exemplo da necessária observância aos direitos individuais, pode-se apontar a previsão trazida no art. 1º da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O dispositivo é taxativo ao dispor que visa à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.⁶³

Portanto impõe-se a observância dos direitos dos administrados e cumprimento dos fins da Administração quando do desempenho da função administrativa.

O presente estudo pretende demonstrar que a observância dos direitos dos particulares, ainda que em aparente contrariedade a normas do Direito Administrativo podem representar o interesse público.

A Constituição Federal em diversos tópicos, mas em especial no art. 5º, arrolou diversos direitos fundamentais, tanto de caráter individual quanto coletivo, que vinculam de forma inafastável a atuação administrativa.⁶⁴

Isso significa que, a bem da proteção das liberdades individuais, impõe-se à Administração Pública a observância de uma série de restrições à sua liberdade de agir. Tais sujeições condicionam a atividade da Administração à observância de diversos fins e princípios, sob pena de nulidade do ato administrativo e responsabilização do agente público. Pode-se citar que as principais restrições ou sujeições são a observância da finalidade pública, legalidade, moralidade administrativa, motivação, publicidade, razoabilidade, impessoalidade, proporcionalidade e, como consequência desses, a obrigatoriedade de contratação por meio de licitações e realização de concursos públicos

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.

⁶³ Lei nº 9.784/99

Art. 1º: Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

⁶⁴ Nesse sentido defendem Gustavo Justino de Oliveira e Julieta Mendes Lopes Vareschini: O Estado não pode se desincumbir de seu papel de garantidor e promotor dos direitos fundamentais. Mesmo em face da escassez dos recursos públicos, não pode a responsabilidade do Estado ser afastada. Não se pode perder de vista que o §1º do art. 5º da Constituição Federal preconiza que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que induz à conclusão de que todos os órgãos e entidades administrativos estão estritamente subordinados a essas normas, impondo-se sua implementação por meio da ação administrativa. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56600>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

para seleção de pessoal.⁶⁵ Essas sujeições visam resguardar os direitos dos administrados.⁶⁶

Assim, pode-se afirmar que o regime jurídico-administrativo compõe-se da ponderação de prerrogativas da Administração, impostas aos particulares, para obtenção do interesse público, e das restrições ou sujeições impostas à Administração para a proteção dos direitos e liberdades individuais.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63.

⁶⁶ Pode-se citar dentre os mais relevantes a inalterabilidade do objeto do contrato e os interesses patrimoniais do particular, destacando-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o recebimento do preço avençado.

3 CONFIANÇA

O termo confiança deriva do verbo latino *confidere* que significa confiar em, fiar-se.⁶⁷ O emprego da palavra confiança é antigo e sua utilização se dá em diversas áreas, tais como a psicologia, sociologia, organizações, economia, finanças, direito, entre outras.

Como elo comum, pode-se apontar que a confiança age como fator de pacificação, seja no comportamento individual, nas relações interpessoais ou sociais.

Stephen M. R. Covey traduz a importância da confiança nos diferentes âmbitos de influência:

Há algo que é comum a qualquer indivíduo, relacionamento, equipe, família, organização, nação, economia e civilização no mundo todo – algo que, se faltar, destruirá o governo mais poderoso, o negócio mais bem-sucedido, a economia mais próspera, a liderança mais influente, a maior amizade, o caráter mais forte, o amor mais profundo. Por outro lado, se desenvolvido e estimulado, tem o potencial de criar sucesso e prosperidades sem precedentes em todas as dimensões da vida. No entanto, é a coisa menos entendida, mais negligenciada e mais subestimada em nossos tempos. É a confiança.⁶⁸

Ricardo Menna Barreto aponta as diferentes dimensões onde opera a confiança:

Sistemicamente, a confiança é observada não apenas como um mecanismo psicológico, mas igualmente como um elemento responsável pela formação das estruturas do sistema social, uma vez que a comunicação social está impregnada de forte carga de confiança. Para tanto, inicialmente a confiança parte do indivíduo (sistema psíquico), passando, por conseguinte, a operar socialmente (relação alter-ego); só então passa a operar sistemicamente (sistema social).^{69 70}

Dada a abrangência de seus efeitos, é estudada em diversos ramos do conhecimento.

A percepção da existência da confiança bem como sua importância vem de longa data. Faz parte da natureza humana e tem relevante influência no comportamento e relacionamento entre pessoas e grupos sociais.

⁶⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 503.

⁶⁸ COVEY, Stephen M. R. **O poder da confiança**: o elemento que faz toda a diferença. São Paulo: Campus, 2008, p. 5.

⁶⁹ BARRETO, Ricardo Menna. Tempo, Direito e Confiança a partir de uma observação sistêmico-complexa. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 11, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.sociologijuridica.net.br/numero-11/262-barreto-ricardo-menna-tempo-direito-e-confianca-a-partir-de-uma-observacao-sistêmico-complexa>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

⁷⁰ Outros autores propõem diferentes modelos de dimensões onde opera a confiança. Stephen M. R. Covey, que trata da confiança no âmbito das organizações e dos negócios propõe um modelo de confiança, segundo ele “profundo, prático e compreensível” e que denomina de “As Cinco Ondulações da Confiança”, que serve para saber como age em nossas vidas. São elas: 1) a autoconfiança (o princípio da credibilidade ou verossimilidade); 2) a confiança nos relacionamentos (o princípio do comportamento); 3) a confiança organizacional (o princípio do alinhamento); 4) a confiança no mercado (o princípio da reputação); 5) a confiança societária (o princípio da contribuição). COVEY, Stephen M. R. **O poder da confiança**: o elemento que faz toda a diferença. São Paulo: Campus, 2008, p. 32.

Influi decisivamente no comportamento dos agentes econômicos e, conseqüentemente, na economia, com reflexos nas relações jurídicas. A fim de contextualizar a importância da confiança sob as diferentes perspectivas, bem como seus efeitos sobre os indivíduos, a sociedade e as relações sociais e econômicas, será analisada a confiança sob a perspectiva psicológica, sociológica, econômica e jurídica, por serem esses os aspectos mais relevantes para o presente estudo.

Ressalta-se, desde logo, que ainda que se busque retratar a confiança sob as diferentes perspectivas, é comum que os autores extrapolem os limites dessas áreas e adentrem, em suas observações e conclusões, nos demais campos. Isso se justifica pela influência da confiança exercida nas pessoas, nos grupos, nas organizações e na sociedade como um todo, com seus diversos reflexos, sejam estes econômicos, jurídicos, sociais, etc.

3.1 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

Os estudos atuais sobre a confiança trazem uma análise multifatorial, relacionando-a com fatores comportamentais que influem nos aspectos pessoais, organizacionais e sociais. Nesse sentido apontam Leila Gasalla e José Maria Navarro:

A confiança é reconhecida como um fenômeno emocional que predispõe as pessoas a se integrar e se abrir para trocas, o que fomenta a cooperação e a transferência do saber; encoraja-as a dizer o que pensam e experimentar sem medo de ser punidas, o que favorece a inovação; derruba barreiras defensivas e colabora com o fluir da organização.⁷¹

Sob a perspectiva psicológica, David Lewis e Andrew Weigert conceituam confiança como um traço psicológico vinculado aos aspectos cognitivo, emocional e comportamental desenvolvidos pelos indivíduos. Essas dimensões são influenciadas pelas relações sociais, consistindo numa expectativa sobre a possibilidade de confiar em outras pessoas. A partir disso, a confiança é baseada num processo cognitivo que diferencia as pessoas e instituições a partir de uma escala de confiabilidade: 1) as que são dignas de confiança; 2) as que não são dignas de confiança; 3) as que são neutras. Segundo os citados autores:

Neste sentido nós cognitivamente escolhemos em quem nós vamos confiar e sob que circunstâncias, embasados em 'boas razões', constituindo evidência de confiabilidade.⁷²

⁷¹ NAVARRO, Leila; GASALLA, José Maria. **Confiança**: a chave para o sucesso pessoal e empresarial. São Paulo: Integrare, 2007, p. 84.

⁷² LEWIS, J. David; WEIGERT, Andrew. Trust as a social reality. **University of North Carolina Press**, v. 63, n. 4, 1985, p. 970.

A importância da confiança nos relacionamentos é ressaltada por Edela Souza que comenta: “A confiança facilita a aceitação interpessoal e a abertura de expressão. A desconfiança evoca rejeição interpessoal e desperta comportamento defensivo, que dá lugar à distorção de informação e de percepção”.^{73 74}

Confiar é uma atitude que aumenta a vulnerabilidade de um indivíduo em relação a outro, dada a possibilidade de uma das partes adotar uma atitude oportunista, o que poderia levar à quebra da confiança. O comportamento daquele em quem se confia não está sob o controle de quem se dispõe a confiar. Por isso, quem oferece a confiança admite correr riscos, sujeitando-se às consequências de uma atitude oportunista da outra parte.

Na hipótese de ocorrência de ações oportunistas ou omissões, reconhecidas como intencionais daquele em quem se confiou, resultaria no arrependimento do investimento em confiança. A partir deste momento, haveria um comportamento defensivo da parte que se sentiu traída, representado pela imposição de barreiras para uma nova relação.

Portanto, confiar pressupõe uma situação de risco, com a possibilidade de ocorrência de oportunismo e quebra da expectativa em quem se confiou, com a frustração daquele que confiou.

3.2 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

No âmbito da sociologia a confiança fundamenta a convergência social, e atua como fator de redução da complexidade social. Comenta Judith Martins-Costa que a proteção jurídica da confiança é determinante para a orientação de condutas, cabendo ao sistema normativo a garantia das expectativas geradas nas interações sociais.⁷⁵

Embora traga uma abordagem sociológica, Alain Peyrefitte, a exemplo de outros autores,⁷⁶ defende que a relação de confiança é elemento essencial para explicar o desenvolvimento econômico e social das diversas nações.

⁷³ SOUZA, Edela Lanzer Pereira. **Desenvolvimento organizacional**: casos e instrumentos brasileiros. São Paulo: Edgard Blucher, 1975, p. 96.

⁷⁴ Sobre este aspecto, comenta Stephen Covey: “De forma simples, confiança significa ter certeza de que a pessoa não esconde nada e é sincera. O oposto da confiança – a desconfiança – é a suspeita sobre a sua sinceridade. Quando você confia nas pessoas, você confia em sua integridade e em suas competências. Quando desconfia das pessoas você desconfia de suas intenções e atitudes e de sua integridade, sua agenda, suas competências ou seus antecedentes”. COVEY, Stephen M. R. **O poder da confiança**: o elemento que faz toda a diferença. São Paulo: Campus, 2008, p. 5.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 96.

⁷⁶ Dentre os autores que abordam as relações entre confiança e desenvolvimento econômico e social, pode-se citar: COLEMAN, James S. **Foundations of Social Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 1990; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991; FUKUYAMA, Francis. **Confiança**: as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Rio de Janeiro: Rocco, 1996; PEYREFITTE, Alain. **A**

Sobre a confiança e sua importância nas relações sociais, explica:

O elo social mais forte e mais fecundo [de uma sociedade] é aquele que tem por base a confiança recíproca - entre um homem e uma mulher, entre os pais e seus filhos, entre o chefe e os homens que ele conduz, entre cidadãos de uma mesma pátria, entre o doente e seu médico, entre os alunos e o professor, entre um prestamista e um prestatário, entre o indivíduo empreendedor e seus comanditários - enquanto que, inversamente, a desconfiança esteriliza.⁷⁷

Niklas Luhmann utiliza a confiança como elemento sociológico fundamental.⁷⁸ Entende que a confiança resulta de uma necessidade de redução da complexidade da vida moderna, permitindo-nos circular no mundo.⁷⁹ Aponta a confiança como uma garantia para o presente em face de expectativas do futuro, que normalmente serão previsíveis e variáveis. Aquele que confia age como se o futuro fosse certo. Os atos embasados na confiança reduzem as possibilidades futuras e tornam mais estáveis e menos incertas as relações sociais. Assim, a confiança poderia neutralizar ou, pelo menos, minimizar as modificações decorrentes da passagem do tempo. Segundo o autor:

[...] mostrar confiança é antecipar o futuro. É comportar-se como se o futuro fosse certo. Pode-se dizer que, através da confiança, o tempo se invalida ou, pelo menos se invalidam as diferenças do tempo.⁸⁰

Assim, com base na confiança, os sujeitos sociais agem no presente, considerando as experiências passadas para prever, interpretar e planejar expectativas, reduzindo as possibilidades futuras.

Embora a liberdade dos indivíduos possibilite uma grande variedade de condutas, essa liberdade passa a ser limitada pela ordem social, posto que o indivíduo normalmente age de modo a preservar e afirmar a sua personalidade. Desta forma, a confiança representa uma expectativa generalizada de que os indivíduos, em suas relações sociais, direcionarão suas ações buscando manter sua personalidade. Quem age conforme a personalidade externa nos grupos dos quais participa reduz a possibilidade de mudanças futuras de conduta, cria expectativas previsíveis e produz confiança.

sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

⁷⁷ PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança:** ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 23.

⁷⁸ Niklas Luhmann compreende confiança mediante três dimensões: 1) subjetiva, de operação reflexiva, ou seja, de que é preciso ter confiança e confiar nessa confiança; 2) expectativas compartilhadas reciprocamente entre indivíduos; 3) sistêmica, transcendendo aspectos psíquicos e as relações individuais: neste caso a confiança se estrutura em expectativas generalizadas em sistemas e organizações. LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 121.

⁷⁹ FLORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens. **Revista da ABRASD - Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, Porto Alegre, n. 1, out. 2011, p. 252.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Santiago: Anthropos Universidad Iberoamericana, 1996, p. 15.

Por outro lado, a vida moderna, por sua própria complexidade, cria um ambiente favorável à desconfiança. Quando não se alcança um grau de confiança, impera a sociedade da desconfiança, assim retratada por Alain Peyrefitte:

A sociedade de desconfiança é uma sociedade temerosa, ganha-perde: uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo (se tu ganhas eu perco); sociedade propícia à luta de classes, ao mal-viver nacional e internacional, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua. A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, ganha-ganha (se tu ganhas, eu ganho); sociedade de solidariedade, de projeto comum, de abertura, de intercâmbio, de comunicação. Naturalmente, nenhuma sociedade é 100% de confiança ou de desconfiança. Do mesmo modo que uma mulher nunca é 100% feminina, nem um homem 100% masculino: este comporta sempre uma parte de feminilidade, aquela sempre um pouco de virilidade. O que dá o tom é o elemento dominante.⁸¹

A confiança reverte o ambiente para uma aparente segurança, necessária para enfrentar o incerto. É pela confiança que as expectativas de comportamento são generalizadas, reduzindo “a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas”.⁸²

Embora reconheça a dificuldade de alcançar a sociedade de confiança, comenta Alain Peyrefitte:

Em todo caso, que essa sociedade de confiança possa um dia estender-se a todas as sociedades e lhes trazer, na diversidade das suas personificações, na unidade da sua inspiração, os benefícios morais e materiais por ela prodigados aos raríssimos povos que souberam realizar essa revolução cultural, a maior da história! Quanto a estes, possam eles não se mostrarem nem filhos ingratos nem filhos pródigos, e compreender melhor o porquê do seu sucesso, não para reservar para si o privilégio, mas para dele guardar viva a força exemplar [...].⁸³

Para viabilizar isso é necessário tutelar a confiança, seja pelo sistema normativo, pelas instituições e pela resposta do Poder Judiciário, quando instado a se manifestar. Quanto mais próxima da sociedade de confiança, maior o desenvolvimento social, com reflexos diretos no âmbito econômico.

3.3 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA

A relação entre confiança e desenvolvimento é central, onde a atividade econômica representa uma parte crucial da vida social e se entrelaça com uma grande variedade de normas, regras, obrigações morais e outros hábitos que, juntos, moldam a sociedade. Uma

⁸¹ PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 24.

⁸² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 12.

⁸³ PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 25.

das principais conclusões que se pode extrair da observação da vida econômica é aquela que demonstra que o bem-estar de uma nação, assim como a sua capacidade de competir, são condicionados por uma única e sutil característica cultural: o nível de confiança inerente à sociedade.⁸⁴

Marco Zanini e outros apontam a confiança como o fato de aceitar de forma antecipada e voluntária um investimento de risco mediante a abdicação de mecanismos contratuais de segurança e controle, contra os comportamentos tidos como oportunistas, na expectativa de que a outra parte, apesar da abdicação de tais garantias contratuais, não agirá de forma oportunista.⁸⁵

Stephen M. R. Covey apresenta uma equação econômica para demonstrar a importância e o impacto da confiança nos negócios:

A fórmula é baseada nesta constatação crítica: a confiança sempre produz dois resultados – a velocidade e o custo.

Quando a confiança decresce, a velocidade também desce e os custos aumentam.

↓ CONFIANÇA = ↓ VELOCIDADE ↑ CUSTOS.

Quando a confiança cresce, a velocidade também cresce e os custos diminuem.

↑ CONFIANÇA = ↑ VELOCIDADE ↓ CUSTOS.⁸⁶

Portanto, quando há baixa confiança, a velocidade das negociações e tomadas de decisão diminuem e os custos aumentam significativamente. Com o crescimento da confiança, a velocidade das transações aumenta e os custos diminuem.⁸⁷

Ao considerar essa equação ocorrendo simultaneamente nos diversos segmentos econômicos, tais como nas transações comerciais, fechamento de contratos, negociação em geral, fechamento de parcerias, aquisição de empresas, liderança de equipes, nos relacionamentos profissionais ou pessoais, é possível imaginar o impacto trazido na economia, conforme o grau de confiança.

A confiança é considerada elemento básico de um dos ramos mais modernos da doutrina econômica: a Nova Economia Institucional, que traz em sua origem uma crítica a

⁸⁴ FUKUYAMA, Francis. **Confiança**: as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 21.

⁸⁵ ZANINI, Marco T. F.; LUSK, Edward J.; WOLFF, Birgitta. Confiança dentro das organizações da nova economia: uma análise empírica sobre as conseqüências da incerteza institucional. **RAC**, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 72-91, jan./mar. 2009.

⁸⁶ COVEY, Stephen M. R. **O poder da confiança**: o elemento que faz toda a diferença. São Paulo: Campus, 2008, p. 14.

⁸⁷ Nesse sentido, depois de apresentar sua fórmula, Stephen M. R. Covey traz diversos exemplos da aplicação cotidiana dessa equação, que vão desde o tempo despendido para embarque nos voos nos Estados Unidos, depois dos atentados de 11 de setembro (exemplo da primeira equação, onde há baixa confiança), até o fechamento de um negócio entre Warren Buffett e o Wal Mart, realizado em menos de um mês e praticamente sem custos, ao invés de demorar seis meses ou mais e demandar milhões de dólares em auditorias (exemplo da segunda equação, onde há alta confiança). COVEY, Stephen M. R. **O poder da confiança**: o elemento que faz toda a diferença. São Paulo: Campus, 2008, p. 14.

determinados pressupostos da ortodoxia neoclássica, em especial a racionalidade ilimitada dos agentes econômicos e existência de informação completa e acessível igualmente a todos.

Segundo tal doutrina o desenvolvimento econômico de uma sociedade é ditado pelo modo de ser de suas instituições. Estas não podem ser negligenciadas no estudo do ambiente econômico, dada sua influência não apenas sobre os custos de seu funcionamento, mas também sobre a própria tecnologia.

Essas instituições fornecem a estrutura de incentivos de uma economia e como a estrutura evolui. Moldam a direção da mudança no sentido do crescimento econômico, à estagnação ou o declínio.⁸⁸

Evandro Rodrigues de Faria e outros, ao abordarem os “Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico” apontam que, no que concerne às características dos agentes econômicos, estes têm racionalidade limitada e são capazes de comportamentos oportunistas.⁸⁹ Comentam que “Especificidade dos ativos unida à racionalidade limitada, oportunismo e incerteza causam tensão contratual e organizacional”.⁹⁰ Apontam que os “custos de transação” decorrem de dois condicionantes - os "pressupostos comportamentais" e os "atributos das transações". Os pressupostos comportamentais são a racionalidade limitada e o oportunismo.⁹¹ Por sua vez, os principais atributos de uma transação são o grau de especificidade do ativo, a frequência e a

⁸⁸ SCARTON, Luciana Maria; WINCK, César Augustus; Leonardi, Alex. Confiança em redes segundo a teoria da nova economia institucional. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, mai./ago. 2011, p. 68.

⁸⁹ FÁRIA, Evandro Rodrigues de et al. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, dez. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁹⁰ FÁRIA, Evandro Rodrigues de et al. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, dez. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁹¹ Sobre a racionalidade limitada, explicam: “Ao realizar um contrato, os indivíduos tentam se assegurar, prevendo todos os cenários e eventualidades possíveis. No entanto, é impossível saber ao certo tudo o que pode acontecer. Para Júnior e Machado (2003), os agentes econômicos procuram agir racionalmente no momento em que tomam uma determinada decisão. No entanto, possuem uma limitação cognitiva que os impede de antever algo que possa acontecer no futuro. A racionalidade limitada deriva da convicção de que os agentes econômicos, embora tentem pautar suas ações em moldes estritamente racionais, só conseguem fazê-lo de modo parcial, dada a assimetria informacional e a restrita capacidade de processamento das informações (Valle e Filho, 2001)”. Sobre oportunismo, esclarecem que “é o outro pressuposto comportamental, sendo um conceito que resulta da ação dos indivíduos na busca do seu autointeresse. Para Alves e Staduto (1999), dada a oportunidade, o tomador de decisão pode, inescrupulosamente, procurar atender seus próprios interesses, e há a dificuldade de conhecer ‘a priori’ quem é de confiança e quem não é, podendo ser definido como problema de assimetria informacional. Williamson (1985) definiu oportunismo como ‘procurar seus próprios interesses com avidez’, incluindo comportamentos como mentira e trapaça, e também as mais sutis formas de enganar, tal como violação de contrato”. Quanto ao oportunismo nas licitações, exemplificam que os participantes poderão agir com oportunismo quando órgãos públicos não especificarem de forma completa o produto licitado, para cotar produtos de pior qualidade ou que não atendam as necessidades do comprador. FÁRIA, Evandro Rodrigues de et al. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, dez. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2012.

incerteza,⁹² sendo a especificidade o atributo mais relevante na determinação dos custos de transação.

Ao reconhecer a racionalidade limitada do ser humano, a qualidade das informações passa a ser uma variável crucial para a tomada de decisões.

O oportunismo refere-se à noção de que os agentes econômicos buscarão obter o maior ganho possível nas transações, ainda que isso implique perdas aos demais.

Quanto aos atributos de uma transação, quanto maior a frequência nas transações, maior o nível de reputação e conseqüentemente menores os custos de transação envolvidos.

Quanto à incerteza, representa um problema para organizações econômicas, ao impor a constante necessidade de adaptação às alterações de natureza institucional que ocorrem no ambiente dos negócios.

Em caso de alta especificidade do ativo, é natural que a parte mais afetada busque se salvaguardar de uma eventual ruptura contratual pela parte não afetada. Em caso de dependência bilateral, caracterizada por investimentos específicos de todos os envolvidos, naturalmente os esforços serão maiores para que o contrato tenha continuidade.

Portanto, como já comentado em estudo anterior,⁹³ as instituições são essenciais para o desenvolvimento social porque norteiam as relações de cooperação entre os indivíduos, posto que reduzem a chamada insegurança estratégica, essa entendida como a

⁹² No que se refere aos atributos de uma transação, esclarecem: “A frequência é uma medida da recorrência com que uma transação se efetiva. Seu papel é duplo. Primeiro, quanto maior a frequência, menores serão os custos fixos médios associados à coleta de informações e à elaboração de um contrato complexo que imponha restrições ao comportamento oportunista. Segundo, se a frequência for muito elevada, os agentes terão motivos para não impor perdas aos seus parceiros, na medida em que uma atitude oportunista poderia implicar a interrupção da transação e a conseqüente perda dos ganhos futuros derivados da troca (Souza et al., 1998). A teoria aponta que uma maior frequência nas transações entre os mesmos agentes gera o que se chama de ‘reputação’. O detalhe é que a reputação tende a reduzir os custos de transação, tendo em vista não haver a necessidade de se buscar informações acerca do parceiro comercial e da qualidade do produto transacionado”. Quanto à incerteza, “[...] consiste na incapacidade dos agentes de prever e estabelecer cláusulas que assegurem a performance dos agentes quando há ocorrência de eventos não previsíveis. Ou seja, a incerteza não é redutível ao risco. Quanto mais incerto é o ambiente, mais ineficientes serão as adaptações descentralizadas, gerando, portanto, maior instabilidade para as transações. [...] No campo organizacional, a fonte fundamental de incerteza decorre exatamente do suposto de racionalidade limitada dos agentes. Não fosse esse aspecto, as estruturas de governança seriam capazes de se ajustar às alterações havidas no ambiente”. Por fim, quanto à especificidade dos ativos, serve “[...] para designar a perda de valor dos investimentos no caso de quebras oportunísticas dos contratos (Zylbersztajn, 2002). Um ativo é específico quando a sua realocação para outra atividade, no caso de um rompimento no contrato, por exemplo, é praticamente inexistente. A especificidade de ativos coloca em risco o investimento feito, caso a transação não seja realizada pelo fato de o uso alternativo desse investimento ser baixo ou não existir (Júnior e Machado, 2003). Segundo Souza et al. (1998), ativos são específicos se o retorno associado a eles depende da continuidade de uma transação específica. Quanto maior a especificidade dos ativos, maior a perda associada a uma ação oportunista por parte de outro agente. Conseqüentemente, maiores serão os custos de transação. Com a presença de especificidade dos ativos, os agentes envolvidos na transação passam a ter um relacionamento semelhante ao de um monopólio bilateral, no qual ambas as partes possuem um determinado poder de barganha e se utilizam dele a fim de buscar para si maior participação na ‘renda’ gerada por este ativo específico (Pinto Júnior e Pires, 2000)”. FARIA, Evandro Rodrigues de et al. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, dez. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁹³ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 59-60.

“condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas consequências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos”.⁹⁴

Daí resulta que, quanto maior o grau de insegurança estratégica, menor a cooperação entre os indivíduos. Com isso a atividade econômica passa a se ressentir pela falta de confiança, redundando em dificuldades de financiamento, maior custo deste, menor disposição para investir, etc. Em contrapartida, quanto maior o grau de confiança na conduta de outrem, maior o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento da sociedade.⁹⁵ Portanto, cabe às instituições, inclusive os canais reconhecidos de expressão do direito, como a jurisprudência e a doutrina, a função de reduzir a insegurança e promover a confiança, de modo a melhorar a eficiência e desenvolvimento da sociedade.⁹⁶

3.4 CONFIANÇA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA

No âmbito do Direito, embora haja notória dificuldade de delimitar confiança para efeitos jurídicos,⁹⁷ pode-se dizer que a confiança é um valor jurídico como a ordem, o bem

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 96.

⁹⁵ Juarez Freitas comenta o fenômeno e suas consequências para o país: “De fato, uma das tantas lições trazidas por sucessivas crises na área de infra-estrutura reside no papel inestimável da confiabilidade para viabilizar projetos improteláveis. A perversa instabilidade e a sucessão de planos econômicos, culminando no sinistro bloqueio monetário, assemelham-se, no plano do imaginário social, a golpes truculentos do Estado, ainda que em miniatura. A depreciação da confiança acarreta, entre outros efeitos, uma fantástica dificuldade para encontrar fontes de custeio da dívida pública e para reduzir juros e entusiasmar investimentos menos voláteis, que demandam prazos maiores para a devida amortização. Em cenário distinto, havendo fidúcia, dívidas públicas imensas podem ser contornadas ou, ao menos, razoavelmente postergadas, mesmo sem lastro algum, exatamente como sucede no caso exemplar do dólar, sem conversibilidade garantida e, no entanto, com tranqüilo curso internacional”. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

⁹⁶ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 60.

⁹⁷ Nesse sentido é a manifestação de Manuel Frada: “[...] a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação de seu âmbito, já de si problemática. Não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica. É a falta de consciência desta realidade que está na raiz de uma certa evanescência da confiança no discurso jurídico e se apresenta – antecipe-se – responsável pelas dificuldades de que se não logrou ainda hoje desembaraçar-se a reflexão dogmática a seu respeito”. FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

comum, o interesse social e a segurança, dentre outros, que o ordenamento jurídico busca preservar.⁹⁸

E, seja pela importância exercida sob o aspecto psicológico no indivíduo, seja pelo fator de possibilitar a convivência social, diminuindo sua complexidade, deve o direito ocupar-se de sua tutela, sob risco de, não o fazendo, permitir perigoso afrouxamento dos freios sociais, que podem resultar em instabilidade social.⁹⁹

E isso tem reflexos diretos nas relações negociais, seja entre indivíduos, empresas ou organizações, inclusive entidades públicas. As transações em geral têm como fator preponderante a construção da confiança, sem a qual não se pode conceber um relacionamento saudável e duradouro. A confiança afeta a forma como ocorrem as relações e os vínculos, sejam eles afetivos ou não. A existência de confiança aumenta a segurança nas transações, diminuindo a ansiedade e a insegurança.¹⁰⁰

Sobre a importância da confiança nas sociedades, que demonstra a necessidade de tutela, assim se manifestou António Manuel da Rocha Menezes e Cordeiro:

Na sua falta, qualquer sociedade se esboroa. Em termos interpessoais, a confiança instalada aloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles económicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato.¹⁰¹

Portanto, pode-se concluir que a proteção à confiança é mais que uma opção, é uma necessidade, pois sem ela o sistema jurídico estaria descumprindo seu papel. Ao confiar, o indivíduo coloca-se numa situação de fragilidade e vulnerabilidade nas relações jurídicas. Cumpre ao ordenamento jurídico a garantia dessa confiança, o que traz não apenas a segurança e confiabilidade das relações sociais, mas também possibilita o fortalecimento da confiança no ordenamento jurídico. Ao fazer isso, é fortalecido “o papel da auto-

⁹⁸ Conforme defendido em estudo anterior. LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 60-61.

⁹⁹ Imagina-se o que seria dos relacionamentos na sociedade se cada indivíduo passasse a agir de acordo com seu arbítrio, sem depositar confiança nos demais. Ocorrências simples do dia a dia, como por exemplo, confiar que o condutor de outro veículo pare na via preferencial ou no semáforo, quando vermelho, ou que as responsáveis numa creche efetivamente cuidem das crianças a elas confiadas, seriam objeto de profundas reflexões e, em caso de desconfiança, poderiam trazer instabilidade à sociedade. É necessário tutelar a confiança, de modo que as pessoas acreditem que as possíveis sanções ao rompimento da confiança bastam para que cada indivíduo desempenhe suas atividades de acordo com o que a sociedade dele espera.

¹⁰⁰ CUNHA, Cleverson Renan da. **A confiança nas relações interorganizacionais cooperativas**: estudo múltiplo de casos em empresas de biotecnologia no Brasil. Tese (doutorado em administração). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

¹⁰¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. tomo I, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 414.

responsabilização dos sujeitos na relação jurídica e também a segurança jurídica, tanto nessas relações quanto no ordenamento”.¹⁰²

Karl Larenz considera que a consecução da paz jurídica é elemento nuclear do Estado de Direito, motivo pelo qual deve tutelar a confiança:

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.¹⁰³

Seja nas relações contratuais, seja nas relações extracontratuais, a confiança representa importante papel.¹⁰⁴

Nas relações contratuais traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra parte. Sobre a matéria Karl Larenz entende que se impõe em primeiro lugar ao devedor e ao credor, mas abrange igualmente outros participantes da relação jurídica:

[...] tal dever em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada.¹⁰⁵

Nas relações extracontratuais, age rumo à satisfação dos interesses das partes envolvidas, como elemento de vinculabilidade da atuação, inclusive mediante os deveres de não criar ou sustentar indevidamente as expectativas das outras partes, bem como prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas.¹⁰⁶

Portanto esse valor – confiança – deve ser protegido nas relações jurídicas em geral. Essa proteção acontece mediante a convergência de algumas condições que serão tratadas a seguir.

¹⁰² MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 40, jan./mar. 2008, p. 13.

¹⁰³ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 91.

¹⁰⁴ A esse respeito manifesta-se Arnaldo Rizzaro: “A ciência do Direito tem por objetivo regular as relações sociais que se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos”. RIZZARO, Arnaldo. Teoria da Aparência. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, 1982, p. 222.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 148.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 99.

3.5 CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

O princípio da proteção à confiança, assim como os demais princípios, não tem aplicação irrestrita em todos os casos e circunstâncias imagináveis.¹⁰⁷

A confiança é um estado subjetivo e que pode se manifestar de diferentes formas. Diante da multiplicidade de sua aplicação e dos diferentes graus de sua incidência, faz-se necessário estabelecer critérios objetivos para aferir sua existência e aplicabilidade.

Alguns autores estabeleceram condições ou critérios para aplicabilidade do princípio.

Contudo, não há unanimidade sobre os contornos de tal aplicabilidade.

Dentre os autores civilistas portugueses há certa convergência de entendimento quanto às condições, que seriam quatro:

i) a confiança deve fundar-se na conduta de outrem; ii) ela deve ser justificada; iii) o agente deve ter feito o chamado 'investimento de confiança'; e iv) há um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas.¹⁰⁸

Porém, como o presente estudo é voltado às relações com a Administração Pública, faz-se necessário buscar o embasamento no Direito Público, em especial no Direito Administrativo, onde, aliás, também não há unanimidade.

Federico Castillo Blanco após analisar a jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, arrolou várias condições para a aplicação do princípio. São elas: I) A confiança deve ser legítima; II) Deve haver a situação de confiança passível de proteção; III) Necessidade que a situação geradora de confiança seja decorrente de órgão da administração competente pela matéria; IV) A existência de sinais externos produzidos pela administração pública; V) Existência de um comportamento que frustre a confiança, pela ruptura da previsibilidade e da boa-fé; VI) A conduta correta e transparente do indivíduo; VII) Existência de boa-fé do administrado, que não tenha induzido ou provocado fraudulentamente a atuação administrativa geradora de confiança; VIII) Cumprimento, pelo indivíduo, de seus deveres na relação, tais como de informação, diligência e demais obrigações que lhe sejam impostas; IX) O exercício da confiança mediante a prática de atos concretos, ou a “manifestação de confiança”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 82.

¹⁰⁸ Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, n. 28, out./dez. 2006; VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 3. ed. 2005, p. 21; CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. tomo I, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 234.

¹⁰⁹ Embora não retrate o entendimento majoritário entre os autores que estudam a matéria, em especial os autores alemães, merecem ser citados os critérios apontados por Federico Castillo Blanco, seja porque parte deles converge com o estudo que será detalhado, seja porque é trazida uma abrangência mais ampla do que aquela defendida tanto pelos autores portugueses quanto pelos alemães. São estes os critérios arrolados pelo citado autor: I) A confiança deve ser legítima. Portanto, não basta a negligência, ignorância ou a mera tolerância da administração. Não se compreende como expectativa legítima as meras esperanças acumuladas pelos indivíduos sem uma “transcendência jurídica”. E leciona: “[...] es preciso que concurra la necesaria ‘racionalidad

Embora deva ser ressaltada a contribuição do citado autor para estabelecer critérios objetivos de aplicabilidade do princípio, optou-se pelo aprofundamento da matéria com base nos critérios estabelecidos pela doutrina alemã, por ser esse país o com maior tradição nesse estudo.

A propósito disso, já reconheceu o espanhol Javier Garcia Luengo:

Para entrar a analizar las condiciones bajo las cuales la protección de la confianza es admisible, partiremos de un estudio de la situación en Alemania, ya que consideramos que los criterios allí adoptados, como fruto de una larga experiencia jurisprudencial y de un labor doctrinal, que no admite términos de comparación en ningún otro sistema, pueden servir, en buena medida, para la toma en consideración de la existencia de una situación de confianza digna de protección en cualquier sistema y, de hecho, han sido adoptados por otros Ordenamientos destacando, en este sentido, el comunitario y parcialmente, como veremos, el nuestro.¹¹⁰

Portanto, utilizar-se-á como base para este estudo a proposta de Valter Shuenquener de Araújo que, após trazer os diferentes entendimentos existentes dentre os autores alemães,¹¹¹ defende serem quatro as condições:

de los factores en que se apoye ésta' para que la misma tenga base objetiva". II) Deve haver a situação de confiança passível de proteção, e esclarece: "[...] no puede quedar justificada en motivos superiores a los que se protegen". Além da análise da legalidade do ato que se pretende manter, os interesses públicos devem ser valorados, em contraposição com os atos do particular, para se determinar se houve situação de confiança passível de proteção ou não. O autor faz referência à necessidade de ponderação e de razoabilidade na aplicação do princípio. III) Necessidade que a situação geradora de confiança seja decorrente de órgão da administração competente pela matéria. Assim, os atos, condutas e comportamentos estatais devem ter presunção de legitimidade para gerarem uma situação de confiança. IV) A existência de sinais externos produzidos pela administração pública. E defende: "[...] que aun no siendo jurídicamente vinculantes, si sean lo suficientemente concluyentes para generar en el ciudadano un estado de confianza. Es decir, no basta que se produzca cualquier tipo de convicción psicológica o impacto emocional o una mera actitud de tolerancia". É necessária, então, que a crença do cidadão esteja calcada em sinais ou atos externos manifestados pela administração, de modo que leve alguém a agir ou a se omitir de modo que, direta ou indiretamente, impacte seu patrimônio. V) Existência de um comportamento que frustre a confiança, pela ruptura da previsibilidade e da boa-fé. Essa ruptura da confiança deve ser antijurídica, que não é necessariamente ilegal, mas resulta em danos e prejuízos que o sujeito não tem o dever de suportar, causados pela administração pública. VI) A conduta correta e transparente do indivíduo. Não há a necessidade de demonstrar a boa-fé do administrado quando os atos administrativos têm abrangência geral e abstrata, tais como os atos normativos e os precedentes administrativos, que usualmente gozam de presunção de veracidade e validade. VII) Existência de boa-fé do administrado, que não tenha induzido ou provocado fraudulentamente a atuação administrativa geradora de confiança. VIII) Cumprimento, pelo indivíduo, de seus deveres na relação, tais como de informação, diligência e demais obrigações que lhe sejam impostas. Sobre este tópico, traz um exemplo: "[...] no cabe invocar la vulneración de dicha confianza para subsanar el no haber recurrido en el plazo pertinente". IX) O exercício da confiança mediante a prática de atos concretos, ou a "manifestação de confiança". Para o autor, caracterizado por: "[...] una conducta del sujeto ya sea la asunción de una obligación o la realización de gastos o cualquier otra conducta que amerite que el sujeto ha confiado en la misma [...]". Desta forma, a aplicação do princípio exige a demonstração, pela prática de atos, que o indivíduo efetivamente confiou na conduta da administração. CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. *Noticias de la Unión Europea*, Granada, n. 205, fev. 2002, p. 30-32. Disponível em: <<http://www.uimunicipalistas.org/centrodoc/php/verDocumento.php?Parametro=331&Opcion=4>>.

Acesso em: 22 nov. 2012.

¹¹⁰ GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2002, p. 357.

¹¹¹ Segundo o autor, para Arndt Schmehl, as condições seriam: i) a existência de um fundamento da confiança, ii) uma confiança digna de tutela, e iii) um comportamento estatal que frustre essa confiança. Para Anna Leisner-Egensperger as condições para uso do princípio seriam: i) ato estatal que fundamente a confiança, ii) a confiança do cidadão, iii) o exercício efetivo da confiança, isto é, a sua colocação em funcionamento mediante a prática de atos concretos, iv) um comportamento estatal desviante em relação a um anterior e que seja capaz de frustrar a confiança do particular e v) a dignidade de tutela da confiança do cidadão. Aponta, por fim, que Hermann-Josef Blanke tem como elementos estruturais do princípio: i) o fundamento da confiança, ii) a existência da confiança,

i) a base da confiança, ii) a existência subjetiva da confiança, iii) o exercício da confiança através de atos concretos e iv) o comportamento estatal que frustre a confiança.¹¹²

Analisa-se, doravante, as condições propostas por Valter Schuenquener de Araújo.¹¹³ Aponta-se desde logo que dada a proximidade das condições formuladas por diversos autores, é possível aproveitar, nessa análise, vários desses estudos.

3.5.1 Base da confiança

Para propiciar a aplicação do princípio, exige-se um comportamento do Estado que seja gerador de uma expectativa legítima no destinatário.¹¹⁴

Essa conduta justificada de outrem, ou *conduta vinculante* deve representar a posição de quem a pratica frente a determinada situação jurídica.

Deve exteriorizar de maneira inequívoca a intenção do agente de criar, definir, fixar, modificar, reafirmar, extinguir ou esclarecer uma situação jurídica. Pode se caracterizar por uma ação ou omissão.¹¹⁵

No entendimento de Judith Martins-Costa:

Esse “sistema de referência extracontratual” pode consistir em representações ligadas a eventos anteriores, paralelos ou similares; ou a pessoa ou a conduta do contraente; ou a afirmações por ele produzidas ou suscitadas por sua conduta; ou

e iii) a consequência jurídica. ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 82.

¹¹² ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 82.

¹¹³ Embora tomando por base essa proposta, identifica-se uma convergência nas opiniões analisadas, que demonstram a necessidade de reunir, concomitantemente, três condições gerais: I) a existência de confiança gerada no indivíduo; II) que esta seja gerada pela atuação do Poder Público; III) existência de comportamento estatal que frustre a confiança.

¹¹⁴ Sobre a possibilidade de aplicação do princípio da proteção à confiança pelo Estado contra o particular, entende-se pela impossibilidade, acatando-se os argumentos de Misabel Abreu Machado Derzi, que defende: I) que é notória a relação de dependência do cidadão junto ao Estado, dados seus atos de intervenção e regulamentação, o que significa que este dispõe de uma quantidade maior de recursos, e mais abrangentes, para se resguardar de uma decepção. Assim, dada sua posição privilegiada sobre os acontecimentos, o Estado não teria confiança a ser protegida; II) na hipótese de ser considerada a proteção em favor do Estado, poderia restar vulnerado o Estado de Direito, uma vez que o Estado teria o ônus de provar que confiou, além de provar seu prejuízo concreto, o que significaria submissão perante o cidadão, em inversão de valores; III) os atos, ações e omissões do cidadão frente ao Estado, abusivos ou fraudulentos, delituosos ou de má-fé, já constam do ordenamento jurídico como sancionáveis, o que protege o Estado e a ordem jurídica como um todo. Representam abuso de direito do cidadão e não proteção à confiança do Estado. Portanto, entende-se que o princípio volta-se à proteção da confiança do particular, oponível ao Estado (ou órgãos públicos estatais) diante da violação desse à confiança ou da ameaça dessa violação. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 396-397.

¹¹⁵ Sobre a matéria, esclarece Patrícia Ferreira Baptista: “[...] também por inércia, omissão, tolerância ou negligência, a Administração Pública pode induzir à confiança de que um determinado resultado favorável será alcançado ou de que uma determinada situação favorável ao particular será mantida”. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 156.

nas condições efetivas de inteligibilidade plena e adequada. Podem também consistir em “pressuposições ligadas às circunstâncias ambientais do negócio, gerais ou particulares, susceptíveis de interferir com a sua execução”; os usos do local da contratação; certas características subjetivas dos contraentes; a conduta pré-contratual das partes, a função econômico-social do negócio, etc.¹¹⁶

Essa confiança despertada pelo Estado no particular pode também estar calcada em atos normativos estatais, como a Constituição, leis, decretos, portarias, ou ainda em decisões judiciais, práticas da Administração, entre outros. É o que vai incutir nos particulares a confiança.¹¹⁷

Entende-se que a prática de atos pela Administração, ainda que desvinculados de normas legais, também geram esse comportamento capaz de criar a confiança no particular. São exemplos: informações constantes de manuais, instruções, portarias, resoluções, informativos, pareceres (em especial os normativos), certidões, atestados, editais, contratos, entre outros.

Reconhece-se possível, ainda, que a confiança seja gerada nas promessas de autoridade competente a praticar ou abster-se da prática de determinados atos. Isso representaria mais do que uma informação, um verdadeiro compromisso da autoridade.

Também o comportamento reiterado da Administração diante de uma situação,¹¹⁸ como por exemplo, decisões em processos administrativos, sempre num mesmo sentido, ou a resposta a consultas perante ela formuladas.

Para o presente estudo é de grande importância citar o reiterado comportamento da Administração, calcado em editais referentes a processos licitatórios, ou seu reiterado comportamento diante de dispensas e inexigibilidades de licitação.

Ainda como contornos desta condição, deve-se citar que a atuação geradora da confiança deve ser clara, sem margens a dúvidas ou controvérsias. É possível concluir que não haverá violação do princípio quando a intenção do agente não está clara para o entendimento do homem comum ou quando a suposta violação decorrer de uma percepção errônea daquele que confia.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 99.

¹¹⁷ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 83.

¹¹⁸ No âmbito do Direito Tributário os atos normativos assim como a prática reiterada observada pelas autoridades administrativas são considerados normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Lei nº 5.172/66:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

[...]

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

Diante de uma informação incorreta prestada pela Administração ao particular, defende-se a possibilidade de aplicação do princípio, diante da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos.¹¹⁹

Nesse sentido, argumenta Valter Schuenquener de Araújo:

A atuação do particular com base na orientação recebida dá origem a expectativas que podem ser frustradas, caso o Estado decida reverter sua orientação equivocada para adequá-la ao que seria correto.¹²⁰

Importa recordar que cada situação deve ser analisada em concreto, posto que os princípios não têm aplicabilidade incondicional.

É relevante comentar que atos tidos por ilegais ou inconstitucionais podem gerar a confiança legítima. Deve-se recordar que os atos estatais gozam de presunção de veracidade, legalidade e de constitucionalidade. Em especial os textos legislativos, que gozam de presunção de constitucionalidade, o que impõe aos particulares sua observância.¹²¹

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os atos embasados em lei inconstitucional e que sejam insuscetíveis de revisão pela Administração não são atingidos pela declaração de inconstitucionalidade.¹²²

Assim, pode-se concluir que o comportamento do Estado, gerador da confiança, deve ser embasado em situação que demonstre de forma clara sua intenção. Não há que se cogitar em *expectativa legítima* a merecer proteção jurídica a mera suposição do particular, sem ato que embase sua confiança.

¹¹⁹ Sylvia Calmes exemplifica que na Alemanha o erro ou inexatidão em uma informação em matéria de possibilidade recursal em processo administrativo tributário pode provocar a dilação do prazo recursal de um mês a um ano, diante da previsão constante dos parágrafos 58 a 70, alínea II, da Lei dos Tribunais Administrativos Tributários. CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 319.

¹²⁰ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 84.

¹²¹ Comenta Almiro do Couto e Silva: "Contudo, a prática demonstrou que a lei inconstitucional, antes de declarada sua inconciliabilidade com a Constituição, produz efeitos, se não no mundo jurídico, pelo menos no mundo dos fatos, gerando legítimas expectativas nas pessoas, em virtude, sobretudo, da presunção de constitucionalidade de que as leis se revestem". 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, n. 2, abr./jun. 2005, p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

¹²² Nesse sentido: STF. RE 466.546/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 14/02/2006, DJU 17/03/2006.

3.5.2 Existência da confiança no plano subjetivo

Outra condição é a existência da confiança sob o aspecto subjetivo. É a demonstração de que o indivíduo efetivamente confiou racionalmente na situação e na permanência de seus efeitos.

Afasta-se a incidência do princípio se o indivíduo não conhecia o ato estatal de forma a, razoavelmente, embasar sua confiança. O desconhecimento do ato e seus possíveis efeitos, bem como a confiança cega¹²³ afastam a aplicabilidade. Por outro lado, a certeza de imutabilidade da situação jurídica também não se coaduna com a aplicação do princípio, pois para sua incidência é necessário existir confiança, o que não ocorre num cenário de plena certeza sobre uma ocorrência futura.

Portanto, não basta que o indivíduo apenas saiba da existência do ato, sem conhecê-lo quanto aos possíveis efeitos jurídicos.

Quando a frustração do indivíduo resultar de atos retirados do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade ou ilegalidade, a aplicação do princípio está condicionada ao desconhecimento prévio do risco de alteração da situação jurídica por conta do vício do ato.¹²⁴

Quanto à gravidade do vício, segundo Valter Schuenquener de Araújo, não é fator primordial para aferição de como a confiança deve ser tutelada, sendo relevante para tal, se o indivíduo tinha ou não conhecimento do vício.¹²⁵

Nos casos de desconhecimento do vício ou falta de cuidado ou diligência por parte do particular, caberá ao julgador, ao analisar o caso concreto, decidir, dada sua complexidade, por aplicar ou não presunções para reconhecer ou afastar a confiança.

¹²³ No entendimento de Valter Schuenquener de Araújo, a confiança cega é aquela que “[...] desconhece os fatores que justificam um modo de proceder”. E exemplifica: “Quem, por exemplo, nunca soube que poderia construir um prédio de 10 andares em um terreno de sua propriedade não pode fazer uso do princípio para evitar a supressão de uma previsão legal ou administrativa nesse sentido”. ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 90.

¹²⁴ Neste aspecto cumpre apontar a dificuldade prática. Isto porque, mesmo leis inconstitucionais demoram um longo período para ser retiradas do ordenamento jurídico, o que, na maioria das vezes, cria legítimas expectativas nos administrados que, embora possam desconfiar da inconstitucionalidade da norma, nela acreditaram, dada sua longa permanência no sistema gerando efeitos jurídicos. Por isso mesmo, não é incomum a manutenção dos efeitos jurídicos gerados, ainda que em casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Neste sentido, como exemplo, vide: STF. MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 27/05/2004, DJU 04/06/2004.

¹²⁵ “Existem as mais variadas classificações sobre o tema: ato nulo, anulável, inconstitucional, irregular, nulidade absoluta, nulidade relativa, vício sanável, defeito insanável etc. Essa imensa diversidade de critérios acaba dificultando, sobremaneira, a elaboração de uma precisa gradação da proteção que uma expectativa deve receber em razão da gravidade do vício. Portanto, salvo na hipótese de um ato inexistente, ocasião em que não existirá uma expectativa digna de tutela, o tipo de falha não pode afetar a intensidade de proteção da confiança. O que efetivamente importa, como destacam FRANZ BECKER e NIKLAS LUHMANN, é a avaliação acerca do conhecimento do vício”. ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 93.

Entende-se que, ao saber do vício, o indivíduo assumiu o risco de ter ou não reconhecida sua situação, o que afastaria a expectativa legítima.¹²⁶

Outro aspecto relevante refere-se à conduta do particular. Para viabilizar a aplicação do princípio, esta não pode ser caracterizada como de má-fé.

Com fundamento na lição de Federico Castillo Blanco, pode-se apontar que deve existir uma conduta correta e transparente do indivíduo. O administrado deve agir de boa-fé, aqui entendida como não ter induzido ou provocado fraudulentamente a atuação administrativa geradora de confiança. Ademais, o indivíduo deve ter cumprido seus deveres na relação, tais como de informação, diligência e demais obrigações que lhe sejam impostas.¹²⁷

Portanto, ocorrências como fornecimento de informações incorretas ou omissão no fornecimento de informações relevantes para a Administração assim como erros causados pelo próprio particular afastam a aplicação do princípio.

3.5.3 Exercício da confiança por meio de atos concretos

Esta condição, também denominada *investimento de confiança* traz o entendimento que será tutelada quando o particular praticar atos que demonstrem a confiança depositada no Estado.

Refere-se ao aspecto objetivo. Corresponde, portanto, ao ato, comportamento ou conduta que o sujeito pratica, em decorrência da confiança legítima que tem em determinada pessoa ou relação jurídica.¹²⁸ O particular deve demonstrar, de forma

¹²⁶ Luís Roberto Barroso aponta três parâmetros que considera de maior relevância para caracterizar a expectativa legítima merecedora de proteção jurídica: “[...] Em primeiro lugar, será juridicamente legítima, e merecerá proteção, a expectativa que decorra de um comportamento objetivo do poder Público, isto é, que não seja apenas uma esperança inseqüente sem vínculo com os elementos reais e objetivos da atuação estatal. Um discurso do Chefe do Executivo não gera, por si só, uma expectativa legítima, mas um decreto poderá justificá-la. Em segundo lugar, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurou razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e transmitir a idéia de certa estabilidade, levando o particular a praticar atos fiado na conduta estatal. Por fim, em terceiro lugar, será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público. É natural e esperado que uma decisão liminar proferida por juiz de primeiro grau, ou mesmo uma sentença, sejam posteriormente modificadas, o mesmo não se passando com decisões transitadas em julgado, por exemplo. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 2, abr./jun. 2006, p. 278.

¹²⁷ CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. **Noticias de la Unión Europea**, Granada, n. 205, fev. 2002, p. 30-32. Disponível em: <<http://www.uimunicipalistas.org/centrodoc/php/verDocumento.php?Parametro=331&Opcion=4>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

¹²⁸ No dizer de Valter Schuenquener de Araújo, a confiança precisa ser “colocada em funcionamento”. ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 96.

inequívoca, atitudes nas quais transpareçam a existência e a validade da confiança.¹²⁹ Isso significa que o cidadão *colocou em ação* sua confiança subjetiva (agiu de acordo com a regra que acreditava), o que demonstra sua boa-fé e, conseqüentemente, a legitimidade da confiança invocada.¹³⁰

Entende-se que esse *investimento da confiança* pode se dar diante de atos oriundos de diversas autoridades, dos três poderes. Nesse sentido, também a alteração jurisprudencial pode violar a legítima expectativa do indivíduo, que passou a direcionar suas atividades (ex: atividades comerciais), de acordo com jurisprudência firmada pelos Tribunais (em especial os Tribunais Superiores).

Sobre a demonstração da prática de atos concretos, recordando que essa poderá ocorrer tanto em atos comissivos ou omissivos, leciona Patrícia Ferreira Baptista que “o particular deve de algum modo ter posto em prática a sua confiança, traduzindo-a em determinados comportamentos, comissivos ou omissivos, em prova de sua boa-fé [...]”¹³¹

Javier Garcia Luengo comenta que, sob a perspectiva dos que defendem a necessária manifestação, o princípio funciona para proteção dos interesses do particular pela crença depositada num ato. Não serve como proteção do mero bem estar psíquico do indivíduo. Serve para devolver ao cidadão uma condição mais próxima possível daquela existente antes da prática do ato. Comenta:

[...] que el destinatario ubiese hecho uso de las prestaciones reconocidas con el acto administrativo en cuestión, esto es, que se hubiese producido una <<manifestación>> de la confianza depositada en el acto, ya que según estos autores la protección de la confianza no es un fin en si misma, sino un remedio, impuesto por consideraciones de seguridad jurídica para paliar los daños que al interés del particular ocasiona la pretensión administrativa [...]. En tal sentido, el objetivo de la protección de la confianza sería situar al ciudadano en una posición lo más cercana posible a la que tendría de no haberse emitido al acto [...].¹³²

Importa trazer que esta condição não é unânime na doutrina. Embora na doutrina alemã seja corrente majoritária,¹³³ há autores que não arrolam esta condição como indispensável à tutela da confiança.¹³⁴ Há ainda os que defendem, a exemplo de Sylvia

¹²⁹ É o que Sylvia Calmes aponta ser denominado “esperanças fundamentadas” por juízes comunitários europeus. CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 319.

¹³⁰ Valter Schuenquener de Araújo exemplifica e diferencia os atos de confiança passíveis de proteção pelo princípio. No caso de um empresário que faz um investimento construindo uma fábrica, contando com a obtenção de um benefício fiscal. Se soubesse que o benefício seria cancelado, não agiria daquela forma. Contudo, se a construção da fábrica foi anterior à concessão de qualquer benefício fiscal, não poderia ser considerada como ação embasada na confiança. ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 98-99.

¹³¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 159.

¹³² GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2002, p. 386-387.

¹³³ Conforme aponta Valter Schuenquener de Araújo. ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 95.

¹³⁴ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 82.

Calmes, que a concretude de ações, embora traga visível utilidade (principalmente para aferir a boa-fé do indivíduo), não é de crucial necessidade, posto que a confiança em si seria uma disposição interior do indivíduo, enquanto o comportamento de confiança a exterioriza. Entende que é necessário privilegiar uma proteção da confiança em si mesma, e não considerar o comportamento de confiança como uma etapa necessária ao mecanismo de proteção.¹³⁵

Embora se reconheça os méritos dessa argumentação, filia-se à corrente que entende pela necessidade da demonstração do exercício da confiança, até para que se possibilite, na análise do caso concreto, mensurar se houve efetivo prejuízo ao particular, merecedor de tutela.

Sobre a importância dessa demonstração para a tutela, esclarece Patrícia Ferreira Baptista:

[...] se o beneficiário não tiver expressado de algum modo a sua confiança, nada haverá a se proteger, admitindo-se a retirada do ato e o restabelecimento da situação anterior, uma vez que isso não provocará um prejuízo maior para o destinatário.¹³⁶

Sobre o efetivo prejuízo, cabe um questionamento: a prática de atos concretos deve necessariamente ter conotação patrimonial?

Embora a existência de atos com conteúdo patrimonial torne mais visível o *investimento da confiança*, entende-se que não há a obrigatoriedade de atos de disposição patrimonial.¹³⁷ Isto porque o particular pode ter pautado seu comportamento contando com a continuidade do ato estatal. Como observa Valter Schuenquener de Araújo:

Se o Estado frustra a base da confiança com o nítido intuito de favorecer um autêntico interesse da coletividade, será difícil defender que o cidadão deverá ser tutelado, se ele nada tiver realizado de medida patrimonial concreta. Por outro lado, mesmo que o particular não realize atos concretos que envolvam despesas em razão de sua confiança, é possível sustentar a existência de um interesse legítimo do indivíduo, hábil a receber proteção, caso a frustração da expectativa ocorra sem que existam motivos suficientes para a satisfação do interesse público.¹³⁸

¹³⁵ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 391.

¹³⁶ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 194.

¹³⁷ Nesse sentido a posição de Federico Castillo Blanco: “[...] una conducta del sujeto ya sea la asunción de una obligación o la realización de gastos o cualquier otra conducta que amerite que el sujeto ha confiado en la misma [...]”. Desta forma, a aplicação do princípio exige a demonstração, pela prática de atos, que o indivíduo efetivamente confiou na conduta da administração. CASTILLO BLANCO, Federico A. **El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. Noticias de la Unión Europea**, Granada, n. 205, fev. 2002, p. 30-32. Disponível em: <<http://www.uimunicipalistas.org/centrodoc/php/verDocumento.php?Parametro=331&Opcion=4>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

¹³⁸ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 100-101.

Portanto, o exercício de ato com conteúdo patrimonial não é condição *sine qua non* para que a confiança do indivíduo seja tutelada, assim como não se vislumbra a necessidade de demonstrar prejuízo material ou patrimonial.¹³⁹

Bastaria para a incidência do princípio, que o particular demonstre que agiu concretamente confiando no comportamento da Administração e que por ato desta, teve algum embaraço ou privação.

Na concreta aplicação do princípio será necessário analisar se o particular conseguiu demonstrar a adoção de práticas efetivas, embasado na confiança. Deverá demonstrar, ainda, qual foi o embaraço ou prejuízo sofrido para, na necessária ponderação envolvendo a aplicação dos princípios, ver reconhecida a incidência do princípio.

Relata Sylvia Calmes que no Direito alemão e no Direito comunitário europeu a jurisprudência se consolidou no sentido de que o princípio da proteção à confiança não protege o cidadão de toda e qualquer mudança de conduta da Administração, mas apenas daquelas que influenciem diretamente sua esfera pessoal, trazendo frustração de expectativas.¹⁴⁰

Na ausência de efetiva demonstração de algum prejuízo ou embaraço ao particular, restará difícil a plena aplicação do princípio da proteção à confiança.

3.5.4 Comportamento estatal que frustre a confiança

Reconhece-se como condição de aplicabilidade do princípio a existência de comportamento estatal que frustre a confiança do particular.¹⁴¹

O comportamento contrário à confiança depositada, capaz de frustrá-la, é aquele que se afasta do que a originou. É dessa divergência de comportamentos que surge a frustração das legítimas expectativas.

¹³⁹ Por vezes é possível que se faça referência neste estudo a *dano* ou *prejuízo* no sentido de atrapalho, embaraço, agravo, sem que tenha, necessariamente, conotação patrimonial. Exemplo trazido constantemente nesse sentido é o de candidato a fazer uma prova, que passa a se preparar com base nas normas externadas pela Administração. Uma mudança substancial nessas regras (por exemplo, alteração de ementa a ser abordada), possibilita a invocação do princípio, ainda que não se demonstre conteúdo patrimonial. Bastaria para tanto a comprovação da inscrição no concurso e demonstração do prejuízo (ainda que não patrimonial) a ser causado pela substancial alteração.

¹⁴⁰ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 372.

¹⁴¹ A referência a um comportamento estatal se deve ao enfoque do presente estudo, voltado ao Direito Administrativo. Por certo que o comportamento nas relações entre particulares também enseja em diversas situações a invocação do princípio. Contudo, nesses casos, encontra-se diante de situações reguladas usualmente pelo Direito Civil e pelo Direito Consumerista.

A mudança comportamental deve ser prejudicial ao particular confiante. Isto porque, se a alteração lhe for benéfica, não há justificativa para invocação do princípio e para a manutenção da situação mais onerosa.

Questão importante diz respeito à necessidade ou não desta mudança de comportamento ser brusca.

Para Sylvia Calmes é necessário que o particular confiante no comportamento da Administração seja surpreendido pelo comportamento contraditório de forma imprevisível e repentina.¹⁴²

É forçoso reconhecer, pelo caráter imprevisto da ocorrência, que a alteração brusca no comportamento facilita a caracterização da violação da legítima expectativa. Contudo, entende-se que a alteração brusca no comportamento não é condição indispensável à aplicabilidade do princípio. Tal entendimento é esposado por Valter Schuenquener de Araújo, que traz como exemplo caso de particular que conduziu sua vida de forma irreversível com base na norma antiga. Nesse caso “ainda que a alteração não represente uma ruptura que o ordenamento deve possuir, a confiança deve ser digna de tutela”.¹⁴³

Outra questão a ser enfrentada refere-se à aplicabilidade do princípio quando a autoridade que frustrou a legítima expectativa for diferente daquela que a suscitou.¹⁴⁴

Denota-se, na hipótese, que há dois momentos distintos no que concerne aos atos estatais. O primeiro referente à criação da expectativa e o segundo referente à mudança comportamental que causa a frustração no particular.

Sob o ponto de vista formal não há contradição com o próprio comportamento, uma vez que as autoridades são diferentes. Assim, não haveria contradição no ato próprio, o que desautorizaria a proteção da confiança.

Porém esse entendimento, conforme aponta Sylvia Calmes, aparentemente não corresponde à lógica da proteção da confiança, com o que se deve concordar.

E isso se justifica pela perspectiva do indivíduo que teve a confiança frustrada. Para ele é indiferente a autoridade ou as autoridades que agiram de modo a lhe frustrar as expectativas. O que interessa é que se está diante de uma figura única, *o aparato estatal*, independentemente da autoridade, órgão ou unidade que lhe frustrou a confiança.

Portanto, defende-se a aplicabilidade do princípio, ainda que haja dualidade de órgãos ou autoridades na geração e frustração da confiança do particular.

¹⁴² Segundo a autora, imprevisível equivale a não anunciada por prévio aviso, seja este oficial ou não. Quanto à forma repentina, representa aquilo que ela denomina de *effet couperet destructeur*, ou efeito do machado ou cutelo destrutivo, em tradução livre. CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 376-377 e 386.

¹⁴³ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 104.

¹⁴⁴ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 409-410.

As pessoas de direito privado no exercício de funções públicas podem ser entendidas como parte da administração em sentido material (concessionários ou colaboradores da administração). Podem tanto gerar quanto frustrar legítimas expectativas.

Destarte, entende-se possível a aplicação do princípio contra atos dessas entidades, se violadores da confiança. Pode-se exemplificar com caso envolvendo concessionária. Uma concessionária de rodovia, diante de congestionamento em sua praça de pedágio, abre as cancelas visando possibilitar o normal fluxo de veículos. Contudo, usando de suas câmeras a mesma encaminha para eventual cobrança ou para lavratura de auto de infração pela autoridade pública, as imagens dos veículos que passaram pelas cancelas sem o pagamento do pedágio. O comportamento adotado, liberando as cancelas e nada fazendo no momento para impedir a passagem dos veículos (ao contrário, liberando-os deliberadamente) leva o particular a confiar que sua atitude ao passar na cancela é regular e permitida, além do que, em determinados casos, representa dever da concessionária, por força de estipulações contratuais. Ao adotar, posteriormente, medidas visando a cobrança ou apenação, há violação à confiança depositada pelo particular na concessionária, passível de ser socorrida pela aplicação do princípio.

4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E A RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS

No presente capítulo busca-se identificar o princípio da proteção à confiança e demonstrar sua relação, com semelhanças e distinções, com outros princípios correlatos.

4.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

O estudo do princípio da proteção à confiança no Brasil é recente. Presente inicialmente em outras áreas do Direito, especialmente no Direito Consumerista e no Direito Tributário, vem atualmente merecendo maior atenção dos autores de Direito Administrativo.¹⁴⁵

O presente estudo se restringirá à aplicação do princípio no Direito Administrativo, embora eventualmente aborde outros ramos do direito, seja porque muitos de seus elementos são originados do Direito Privado ou ainda para que seja feita a devida diferenciação.

Juarez Freitas ao comentar sobre o princípio da proteção à confiança na Administração Pública aduz que “parece inequívoco que o princípio da confiança estatui o

¹⁴⁵ Destacam-se no estudo da matéria Almiro do Couto e Silva (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012. COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 163-171, jul./set. 1999. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987. COUTO E SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, abr./jun. 1996); Rafael Maffini (MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. MAFFINI, Rafael. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 3, n.10, p.143-163, jul./set. 2005); Bruno Miragem (MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2011. MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade pré-contratual da administração e proteção da confiança no Direito Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 58, p.131-152, dez. 2003); Valter Shuenquener de Araújo (ARAÚJO. Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009); e Judith Martins-Costa, que após os estudos sobre a boa-fé no Direito Privado (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000), passou também ao estudo envolvendo a Administração Pública (MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002; MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004).

poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fideducía mútua, no plano institucional”.¹⁴⁶

Considerando que tal princípio representa uma face do princípio da segurança jurídica e que esse, por sua vez decorre do Estado de Direito, como adiante se demonstrará, é possível concluir que, em se tratando de estudo no âmbito do Direito Administrativo, tal princípio exerce influência em todas as atividades estatais.¹⁴⁷

Pode-se dizer que influi na atividade legislativa do Estado, como no caso da irretroatividade das leis; obediência, na formulação de leis, aos atos jurídicos perfeitos, à coisa julgada e ao direito adquirido; a necessidade de previsão de regras transitórias em casos de alterações significativas de situações jurídicas; a previsão de preservação parcial ou total de efeitos de normas supervenientes julgadas inconstitucionais. Rafael Maffini aponta ainda, num plano mais moderno, a *proibição de retrocesso*, no sentido de criar obstáculos às alterações legislativas que visem mitigar conquistas sociais já adquiridas pela coletividade ao longo do tempo.¹⁴⁸

Também na atividade jurisdicional repercute o princípio da proteção à confiança. Maior exemplo é a observância da coisa julgada. Pode-se trazer, ainda, os efeitos vinculantes de decisões do STF como demonstração da previsibilidade da atividade jurisdicional do Estado e a mitigação dos efeitos das decisões, quando mudam a orientação jurisprudencial estabelecida.

E por certo que tal princípio influi sobremaneira nas atividades de administração pública. É nesse âmbito que se desenvolverá o estudo, não se pretendendo adentrar nas atividades legislativa e jurisdicional.

Judith Martins-Costa assinala que o princípio da confiança liga-se fundamentalmente com I) a proteção das expectativas; atuando ainda II) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.¹⁴⁹

Como proteção das legítimas expectativas Sylvia Calmes defende que o indivíduo deve ter condições de se desenvolver num meio jurídico estável e previsível, no qual possa dirigir sua confiança.¹⁵⁰

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

¹⁴⁷ Utiliza-se o mesmo critério eleito em trabalho anterior, que tratou do tema. Estes aspectos foram objeto de estudo anterior, mas, pela abordagem do presente trabalho, entende-se necessária tal exposição para a correta compreensão do princípio. Originalmente tratado em: LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2008, p. 65-73.

¹⁴⁸ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 31.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 96-97.

A confiança a ser tutelada é uma *confiança adjetivada*, a confiança *legítima*, também chamada expectativa legítima.

Tal qualificativo, *legítima*, aposto à ideia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas. Explica Judith Martins-Costa:

O termo “legítima” explica AUBRY, aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando “em bom direito”, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao “bom direito” segundo os elementos circunstanciais e contextuais. Assim, por exemplo, declarações pré-contratuais; eventuais peças publicitárias; a destinação do bem; os usos habituais, as informações acaso prestadas; contratos anteriores ou posteriores, ou quaisquer tipos de atos ou de atividades que confirmem o sentido conferido a declarações, pactuações ou a expressões em contextos anteriores ou circundantes, etc.¹⁵¹

É usual encontrar nos trabalhos doutrinários as expressões proteção à confiança, princípio da proteção à confiança legítima, proteção à confiança legítima, princípio da confiança do cidadão, entre outros. Neste trabalho serão utilizadas tais expressões como sinônimas, salvo em casos onde seja feita expressa menção ou distinção quanto ao significado.

O segundo aspecto da confiança, como *fundamento* e como *fonte* representa no dizer de Judith Martins-Costa, a atribuição, às declarações negociais, de um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico. Assim o declaratório pode retirar da declaração seu conteúdo, conforme os usos e as circunstâncias do caso, e segundo padrões de razoabilidade.¹⁵²

¹⁵⁰ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 31.

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97.

¹⁵² Comenta a autora: “Já como ‘fundamento’ e explicação da vinculabilidade os negócios jurídicos (‘confiança como fundamento dos negócios’ ou ‘Teoria da Confiança’) a doutrina civilista prende sintetizar uma espécie de ponto de equilíbrio entre a ‘Teoria da Vontade’ e a ‘Teoria da Declaração’.

Primeiramente, a declaração passou a ser vista de modo autônomo, adquirindo, aí – como observa MOTA PINTO – quase que um valor equivalente ao que tinham as palavras no formalismo arcaico do Direito Romano. À declaração negocial passou a ser imputado, em suma, um sentido objetivo e geral, isto é, abstratizante. Porém, ‘tamanho formalismo não se compactua com as necessidades sociais, que o Direito visa proteger’. Assim é que, expurgando também esses excessos passou a ser conferida à declaração negocial um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor ‘objetivo e geral’, sim aquele que o declaratório podia retirar da declaração, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade. Mesmo então se trata, na verdade, de uma especificação da confiança como proteção das expectativas assinalando MOTA PINTO que, conquanto tenha raízes já nos autores dos finais do séc. XX pela ideia de a responsabilidade do declarante ser ligada à geração de expectativas, constituindo ‘papel fundamental do direito [...] assegurar a proteção de expectativas’”. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97-98.

Quanto à eficácia, vinculada ao primeiro aspecto, a expressão princípio da confiança indica: I) o limite ao exercício de direito e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada e/ou II) a fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta.¹⁵³

4.2 RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS

É inegável a vinculação do princípio da proteção à confiança com uma série de outros princípios gerais de direito e princípios do Direito Público e do Direito Administrativo. Embora a relação do princípio da proteção à confiança com outros seja tratada às vezes de forma direta, às vezes de forma tangencial, far-se-á neste trabalho a análise mais detalhada da relação com aqueles julgados mais relevantes, seja pela proximidade e correlação apresentadas com o princípio sob análise, seja ainda pela influência como limitador ou facilitador da aplicação do princípio da proteção à confiança.

Neste momento será tratada da relação do princípio objeto deste estudo com os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica e da boa-fé. Busca-se o fundamento do princípio, em especial quando atuante nas relações entre particulares e Administração Pública. Oportunamente serão analisadas as relações com outros princípios, por atuarem como limitadores ou facilitadores da aplicabilidade do princípio sob análise.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97. Em trabalho anterior a mesma autora já havia afirmado que: “no plano dogmático, a expressão proteção da confiança tem dupla acepção: a primeira como fonte produtora de deveres jurídicos e a segunda como limite ao exercício de direitos e de poderes formativos, diante das legítimas expectativas criadas nos outros pela conduta”. MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 233.

4.2.1 Princípio da proteção à confiança e o Estado de Direito

Diz Rafael Maffini que não é fácil conceituar o que seja “Estado de Direito – ou suas variantes histórico-filosóficas ‘Estado Liberal de Direito’, ‘Estado Social de Direito’, ‘Estado Democrático de Direito’, ‘Estado de Justiça de Direito’”.^{154 155}

Contudo, por existir estreita ligação entre o princípio da proteção à confiança e o sobreprincípio do Estado de Direito, faz-se necessário seu estudo.

Inicialmente deve-se considerar que o Estado de Direito corresponde a uma norma expressa na Constituição.¹⁵⁶ Embora com previsão expressa, tem carácter principiológico, sendo reconhecido como um sobreprincípio,¹⁵⁷ dada sua abrangência e sua íntima correlação com diversos princípios,¹⁵⁸ com incidências mais específicas.

Quanto ao conteúdo jurídico de Estado de Direito, relata Rafael Maffini que, com base em levantamentos realizados no *site* do Supremo Tribunal Federal, com menção desse sobreprincípio, foram encontradas decisões que apontam para diversos sentidos, assim resumidos: I) o Estado deve observância à ordem jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional, o que determina a estrita observância do princípio da legalidade nas ações estatais; II) em decorrência do entendimento anterior, de vinculação do Estado à ordem jurídica, decidiu-se no sentido de estar o Estado sujeito a controle jurisdicional de suas atividades, no que concerne à responsabilidade estatal das atividades prejudiciais a

¹⁵⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 40.

¹⁵⁵ Sobre a expressão *Estado de Direito*, ensina José Joaquim Gomes Canotilho: “Inicialmente, o Estado de Direito começou por ser caracterizado em termos muito abstractos como ‘Estado da Razão’, ‘Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: O Estado de Direito é um Estado liberal de direito. Contra a idéia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (‘Estado polícia’, ‘Estado gendarme’, ‘Estado guarda-noturno’), remetendo-se os domínios económicos e sociais para mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os direitos fundamentais – liberdade e propriedade (*Freiheit und Eigentum*), só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular (doutrina da lei protectora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei). A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei (*Herrschaft des Gesetzes*) transformando-se em ‘órgão do Estado’. No âmbito da actividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos deviam actuar nos termos da lei (princípio da legalidade da administração) e obedecer a princípios materiais como, por exemplo, o *princípio da proibição do excesso (Übermassverbot)*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 96-97.

¹⁵⁶ Constituição Federal de 1988:

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

¹⁵⁷ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

¹⁵⁸ Diz José Joaquim Gomes Canotilho: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos do Estado de direito”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

terceiros; III) O Estado de Direito fundamenta a divisão de poderes; IV) o Estado de Direito pressupõe a efetivação de direitos e garantias fundamentais; V) o Estado de Direito traz íntima relação com o princípio da segurança jurídica. E aduz o mencionado autor que as decisões do STF que tratam do sobreprincípio Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais:

a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submisso à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias individuais; e) segurança jurídica.¹⁵⁹

Almiro do Couto e Silva defende que o Estado de Direito apoia-se, num aspecto material, nas ideias de “justiça e segurança jurídica”, enquanto no aspecto formal compõe-se de uma série de elementos, dentre os quais se destacam: I) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; II) a divisão de funções do Estado; III) a legalidade da Administração Pública; IV) a proteção da confiança.¹⁶⁰

Como se depreende da análise trazida, sempre que analisado o significado do sobreprincípio Estado de Direito, resulta na menção ao princípio da segurança jurídica e, por vezes, ao princípio da proteção à confiança.

Isso denota a estreita vinculação entre esses princípios, deduzido o princípio da proteção à confiança de forma mediata do princípio do Estado de Direito, tendo ambos a finalidade comum de proteção à confiança.

4.2.2 Princípio da proteção à confiança e princípio da segurança jurídica

Pela estreita relação entre o sobreprincípio Estado de Direito com o princípio da segurança jurídica (e da relação desse com o princípio da proteção à confiança) torna-se de grande relevância o estudo do princípio da segurança jurídica.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. E complementa:

[...] a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus

¹⁵⁹ A autor se reporta a levantamento realizado no Ementário Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2005. MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 45.

¹⁶⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 46.

atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.¹⁶¹

Esse princípio, como já apontado por Judith Martins-Costa, apresenta uma série de significados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que são assim sistematizados: I) pelo viés positivo a segurança jurídica está no fundamento da decadência; da prescrição; da preclusão; da coisa julgada; do direito adquirido; do ato jurídico perfeito; da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo; da razão de adstrição às formas processuais; da irretroatividade de lei, quando gravosa ao *status libertatis* das pessoas ou quando mais gravosa a situações consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei; II) pelo viés negativo o STF decidiu que a segurança jurídica não é afrontada diante do rigor probatório para fins de concessão de benefícios a pessoas ou categorias especiais, ao contrário, seria reforçada por tal atitude; e que a segurança jurídica não impede que ato administrativo ou lei nova dê nova conformação a situações jurídicas, desde que resguardado o princípio da legalidade, pois não limita de modo absoluto o poder de conformação do legislador.¹⁶²

A autora atenta, ainda, que em todos os significados apresentados há algo em comum que é o “valor da permanência ou imutabilidade”. E explica:

E a permanência constitui-se, com efeito, num valor a ser protegido, pois reflete a **confiança** das pessoas na ordem jurídica considerada como regra do jogo de antemão traçada para ser, no presente e no futuro, devidamente respeitada: sinaliza que essa ordem não permitirá modificações suscetíveis de afetar suas decisões importantes de maneira imprevisível (salvo por razões imperiosas). A permanência constitui, nesse sentido, uma das projeções da **confiança legítima**, garantindo o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público.¹⁶³

Complementando a ideia da significação do princípio da segurança jurídica, Rafael Maffini salienta que tal princípio decorre de uma:

[...] confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança, o que necessariamente se dá em face da conjugação de várias normas jurídicas, dentre os quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança dentre outras tantas.¹⁶⁴

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123-124.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 113. A autora se reporta a levantamento realizado no Ementário Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2003.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 113.

¹⁶⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 49.

A estreita relação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança é reconhecida pelos juristas. Ao discorrer sobre o princípio da segurança jurídica, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.¹⁶⁵

A ideia de segurança se traduz num princípio que apresenta duas faces: uma objetiva, que envolve questões de limites à retroatividade dos atos estatais, inclusive os legislativos, já há muito positivados em nosso sistema constitucional,¹⁶⁶ e outra, subjetiva, ligada à proteção da confiança das pessoas nos atos, condutas e procedimentos estatais, que será objeto do estudo.

Têm-se reconhecido nessas duas faces dois princípios, o da segurança jurídica, quando se trata do aspecto objetivo, e o da proteção à confiança quando se trata do aspecto subjetivo.¹⁶⁷

José Joaquim Gomes Canotilho explica de forma didática:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder - legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.¹⁶⁸

A linha diferenciadora do princípio da segurança jurídica e do princípio da confiança é tênue. Contudo, é certo que ambas demandam, dentre outras, as seguintes

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

¹⁶⁶ Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...]

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

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

características: transparência dos atos do poder, racionalidade, clareza de ideias e palavras e fiabilidade. Tais postulados são exigidos em qualquer ato, de qualquer um dos poderes.

Com fundamento nos estudos de Sylvia Calmes, Rafael Maffini¹⁶⁹ termina por sistematizar o significado de segurança jurídica em três aspectos: I) o primeiro induz à ideia de *previsibilidade*, no sentido dos destinatários das funções estatais terem condições de conhecer os comportamentos da administração antes de sua concretização. Nesse sentido a segurança jurídica estará conformada pela legalidade. É decorrência desse entendimento a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a existência de regras de transição, a anterioridade da previsão de algumas matérias e a proteção da confiança legítima (*ex ante*) em relação às regras legais; II) o segundo diz respeito à noção de *acessibilidade*, no sentido de conhecer as ações estatais. Nesse ponto a abordagem aproxima-se da noção de transparência, que tem dois aspectos: formal e material. O aspecto formal concerne à acessibilidade no sentido de publicidade efetiva, adequada e suficiente. O aspecto material traz a necessidade de que os atos administrativos sejam motivados, coerentes, claros e precisos, tanto no que se refere às ações em si quanto às razões que os determinaram; III) a terceira acepção traz a noção de previsibilidade *ex post*, no sentido de *estabilidade*, assim entendido continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas, tanto nos atos quanto nos comportamentos estatais. Nesse sentido o princípio da segurança jurídica se conforma e é conformado por institutos como a coisa julgada, preclusão, decadência, usucapião, o direito adquirido e a proteção à confiança.¹⁷⁰

A diferença do significado de proteção à confiança na relação com a segurança jurídica nos aspectos *ex ante* e *ex post* pode - e deve - ser esclarecida da seguinte forma: no aspecto *ex ante* o princípio da proteção à confiança aproxima-se, para fins de concretizar a segurança jurídica, dos aspectos objetivos, relacionados com a ordem jurídica propriamente dita. Daí a resultar as noções de legalidade, irretroatividade de normas, anterioridade de tipificação legal, etc. É essa face mais conhecida e há muito presente no ordenamento jurídico, seja nas previsões legais ou constitucionais inerentes à matéria. Não é nesse sentido que se pretende aprofundar o estudo.

No aspecto *ex post* (estabilidade, assim entendido continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas, tanto nos atos quanto nos comportamentos estatais), a proteção à confiança, em nome da segurança jurídica, cuida dos aspectos subjetivos, no sentido de trazer estabilidade nas relações jurídicas decorrentes da ação estatal, seja pela preservação de atos ou de seus efeitos, ainda quando viciados, e no

¹⁶⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 50-54.

¹⁷⁰ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 52.

sentido de impor comportamentos ao Poder Público. É essa feição subjetiva que será alvo de estudo mais aprofundado.

Pode-se valer da explicação de Pérez Luño para aclarar a ideia de objetividade e subjetividade. O autor sustenta que segurança é uma ideia objetiva, qualidade ou estado de carência de risco, enquanto certeza é forma subjetiva de conhecimento dos direitos individuais. E explica que é fato que as leis nos dão segurança objetiva. Quando contratamos ou transacionamos com base na lei, se o contrato ou o negócio funcionam, a lei cumpriu sua missão; se as partes se desentendem, o contrato não funcionou, e, em consequência, aquela segurança inicial torna-se uma incerteza subjetiva para as partes. Ambas afirmam que têm direitos, que a razão está com cada uma, vão à Justiça, e a coisa julgada, determinando o certo, liquida a questão e restaura a segurança da lei e a certeza dos direitos individuais.¹⁷¹

Almiro do Couto e Silva sintetiza que a incidência do princípio da proteção à confiança no aspecto subjetivo da segurança jurídica se dá de duas principais formas: I) impondo limites ao Estado em relação às prerrogativas de alteração de condutas ou modificação de atos que gerem efeitos favoráveis aos seus destinatários, ainda quando viciados; II) determinando consequências patrimoniais pelas alterações, quando existente crença gerada nos beneficiários de que os atos eram legítimos, e, portanto, seriam mantidos.¹⁷²

A proteção da confiança não é o único princípio-espécie da segurança jurídica. A irretroatividade, a proteção dos direitos adquiridos, a legalidade são exemplos de princípios abrigados na segurança jurídica. Todos eles integram e estão presentes na esfera de incidência da segurança jurídica, a essa vinculando-se de formas diferenciadas.

Rafael Maffini resume a vinculação entre o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança:

[...] tendo por premissa que o princípio da proteção da confiança surge de uma dedução do princípio da segurança jurídica, poder-se-ia, para fins de previsão até mesmo terminológica, tratar da questão do seguinte modo: o gênero “princípio da segurança jurídica” *lato sensu*, tal como compreendido e sistematizado acima, ou seja, como resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade) poderia ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas concepções, em duas principais formas de incidência: a) o sentido objetivo, aqui designada de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica objetivamente considerada; b) o sentido subjetivo, assim considerado a proteção da confiança depositada legitimamente

¹⁷¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 37.

¹⁷² 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação.¹⁷³

No que concerne à vinculação com o sobreprincípio Estado de Direito, explica o mesmo autor:

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.¹⁷⁴

Resta demonstrada, portanto, a estreita relação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, deduzido este de forma imediata daquele, com as necessárias distinções quanto à atuação de um e outro.

4.2.3 Princípio da proteção à confiança e princípio da boa-fé

É ainda comum no Direito Administrativo a referência à *segurança jurídica*, *proteção à confiança* e *boa-fé* como sinônimos. Daí a necessidade de demonstrar a relação e as diferenças existentes entre tais princípios.

Jesús González Pérez, após discorrer sobre os princípios da boa-fé e da confiança legítima, afirma:

Realmente no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y de la buena fe. A veces se considera este una implicación de aquél y, por lo general, se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. En el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a la que ha otorgado fuera de nuestro ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima y sí el de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de este, pero sí el de aquél.¹⁷⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar do princípio da segurança jurídica diz:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança na interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca

¹⁷³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

¹⁷⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2004, p. 68-69.

sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública.¹⁷⁶

E afirma, ao aproximar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé:

A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.¹⁷⁷

Contudo, sobre a crença de que os citados princípios têm mesmo alcance e conteúdo, esclarece Almiro do Couto e Silva:

Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.¹⁷⁸

Por terem estreitas ligações, e portanto por fazerem parte de uma *mesma constelação de valores*, faz-se necessário diferenciar o princípio da proteção à confiança do princípio da boa-fé.

Inicialmente impende trazer a noção de boa-fé, que envolve percepções que podem variar de pessoa para pessoa.

De origem no Direito Privado, presente principalmente nos negócios jurídicos e nas obrigações, o princípio da boa-fé passou a ter notória importância também nas relações envolvendo o Poder Público.

A boa-fé em termos gerais possui dois sentidos, um objetivo e outro subjetivo.

No que concerne à boa-fé subjetiva, também denominada boa-fé crença, encontra-se vinculada ao estado de ânimo, relacionado às intenções. Pode-se definir como um estado psicológico contraposto à má-fé ou em que há ausência de má-fé. Nesse sentido, assim a conceitua Alinne Arquette Leite Novais: “A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

¹⁷⁸ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

¹⁷⁹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22.

A boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, enseja imposições comportamentais, significa o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta a ser seguida pelo contratante, pautada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contratante, visto como um membro do conjunto social.

Judith Martins-Costa resume de forma clara tais significados ao diferenciá-los:

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência”, ou convencimento individual a cobrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* - modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.¹⁸⁰

É no sentido objetivo ou comportamental que a boa-fé se aproxima do princípio da proteção à confiança, sendo, por vezes, utilizados como de idêntico conteúdo.

As principais características que aproximam os princípios são: I) a boa-fé objetiva como imposição de conduta leal, visa estabelecer um estado de tutela jurídica das expectativas legítimas depositadas pelos cidadãos na Administração, no que concerne a condutas, procedimentos, promessas e atos estatais adotados na atividade administrativa; II) a boa-fé visa também propiciar um estado de confiança mútua nas relações.

Os princípios da boa-fé e da proteção à confiança sistematicamente interagem, atuando conjuntamente.

Nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas que a boa-fé traduz verifica-se a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de evitar a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no outro. Judith Martins-Costa comenta que:

[...] isso se verifica principalmente quando entre os sujeitos da relação há uma assimetria de poder (jurídico ou fático) tendo, pois, exponencial importância quando em um dos pólos está a Administração Pública com a presunção de legalidade e de legitimidade a revestir os seus atos administrativos.¹⁸¹

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 411.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida.

Também no que concerne ao Direito Administrativo são constantes as comparações e utilização indiscriminada dos princípios. Sobre tal ocorrência relata Federico Castillo Blanco:

En fin, nuestros tribunales de justicia proclaman con igual celo, según venimos exponiendo, el principio de protección de confianza legítima y el de buena fe. Conjunta o separadamente, ambos son recogidos para, al fin y la postre, proteger situaciones jurídicas legítimas en que la actuación de la Administración no ha respondido a lo que de ella se esperaría, donde ésta se ha contradicho en su relación con los ciudadanos o infringido la confianza que en ella se había depositado. Sin embargo, hay que reiterar que dicha aplicación se ha realizado, en la mayoría de las ocasiones, con sumo desconcierto, con una aplicación simultánea de ambos conceptos a situaciones fácticas idénticas y sin deslindar suficientemente el campo de acción de cada uno de ellos.¹⁸²

Contudo não são em todas as circunstâncias que os princípios encontram-se tão estreitamente vinculados. Embora patente a proximidade existente entre os dois princípios, que apresentam notória confluência para um estado de lealdade tanto da Administração Pública quanto dos destinatários de suas funções, concorda-se com o entendimento de Rafael Maffini que defende a existência de diferença entre os princípios, que pode ser assim resumida: a proteção à confiança, quando da existência de atos administrativos concretos, individuais e pessoais tem a boa-fé do administrado como pressuposto. Contudo, quando o ato administrativo for genérico, que traga aos cidadãos expectativas de benefícios a partir de sua concretização, então não necessitará a demonstração explícita do pressuposto boa-fé dos destinatários do ato, uma vez que acudiria aos interessados a presunção de validade do ato administrativo.¹⁸³

Judith Martins-Costa ao diferenciar os princípios, trata de forma didática:

Distinguem-se, pois os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primeiramente, ao dever geral de cooperação, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civilliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primeiramente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).¹⁸⁴

Ainda no intuito de aclarar tal diferença ressalta-se que, sendo a boa-fé objetiva um princípio que visa comportamentos leais nas relações bilaterais, também no Direito

Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 99.

¹⁸² CASTILLO BLANCO, Federico. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 270-271.

¹⁸³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 62.

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 98.

Administrativo estaria vinculado a uma via de mão dupla, onde tanto a Administração Pública quanto o administrado deveriam estar imbuídos dessa conduta reta e leal.

A proteção da confiança, por sua vez, tem um caráter mais amplo, deduzida de forma imediata da segurança jurídica e de forma mediata do Estado de Direito. Não há o viés obrigatório da bilateralidade.¹⁸⁵ Busca-se a estabilidade, a previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos e comportamentos. Como tal, nem sempre tal proteção estará vinculada à boa-fé do administrado, que depositará confiança nos atos administrativos que gozam de presunção de validade e veracidade.

Isso importa dizer que em atos concretos praticados contra a ordem jurídica, os destinatários somente poderão invocar o princípio da proteção à confiança se demonstrado comportamento objetivo e subjetivo de boa-fé. Contudo, tal demonstração seria despicienda se o ato tiver caráter normativo ou em relação aos precedentes administrativos.¹⁸⁶

Por fim, Federico Castillo Blanco diferencia o âmbito de atuação dos princípios da boa-fé e da proteção à confiança:

La confianza legítima es, por tanto, buena fe de las partes, pero significa también algo más [...] la buena fe, como concepto jurídico, se acuño en el Derecho privado y se há trasladado al campo administrativo, pero no constituye por sí sola el ámbito, la naturaleza y la definición del principio de protección de confianza que amplía su ámbito de acción no solo a la actuación de la Administración pública, sino también al resto de los poderes del Estado.¹⁸⁷

Discernido o campo de atuação específico, autônomo, do princípio da proteção à confiança, que não necessita estar coligado com a boa-fé para ter eficácia jurídica, cumpre comentar sobre a incidência dos princípios da boa-fé e da proteção à confiança nas relações entre particulares e a Administração Pública.

Nessas relações a conjugação entre os princípios é grande, motivada por: I) a assimetria de poderes existente entre os partícipes da relação, muitas vezes caracterizada

¹⁸⁵ Buscando demonstrar a desnecessidade desse caráter bilateral no que concerne ao princípio da proteção à confiança, Judith Martins-Costa comenta: “Um comprador pode ter, por exemplo, nenhuma expectativa acerca dos riscos ou dos vícios envolvidos em certo produto, pode ter, até mesmo, expectativas negativas: mesmo assim, haverá, para o vendedor, o dever de informar e esclarecer como imperativo da boa-fé, inclusive para lograr o consentimento informado. Como esclarece CARNEIRO DA FRADA, em sua exaustiva monografia. ‘Não interessa portanto por si: para a incidência do princípio da confiança, aquilo em que a vítima da violação da regra da boa-fé acreditou. Quando muito, pode ser de averiguar se ela devia poder confiar no comportamento do outro. Mas as expectativas neste sentido ‘razoáveis’ ou ‘legítimas’ de um sujeito não são senão uma projecção de exigências objectivas de comportamento impostas pela ordem jurídica. Por outras palavras: a tutela das expectativas mediante a regra de boa-fé é apenas reflexa. Releva somente no quadro das exigências de probidade e equilíbrio de conduta que aquela veicula’”. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 99.

¹⁸⁶ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 62.

¹⁸⁷ CASTILLO BLANCO, Federico. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 274.

pela verticalidade e, II) a presunção de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos, geradores de confiança e expectativas nos particulares.

É usual, ainda, a utilização indiscriminada no âmbito do Direito Administrativo das expressões *boa-fé* e *confiança*, o que será possível constatar em diversas passagens desse trabalho. O que é relevante é discernir em que sentido é utilizada a expressão. Assim, por diversas vezes nas decisões e/ou nas menções dos autores, utiliza-se a expressão *boa-fé*, no sentido de proteção à confiança,¹⁸⁸ embora se reconheça que ambos são autônomos, com campos de atuação distintos.

¹⁸⁸ Nesse sentido comenta Judith Martins-Costa: “Assim sendo, no direito público se amalgamam (ora sob a denominação ‘boa-fé’, ora sob o nome ‘confiança’ os deveres positivos de lealdade e honestidade e os deveres negativos de não frustrar (ou de não suscitar levianamente) as legítimas expectativas do administrado”. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 102.

5 PRINCÍPIOS: FORÇA NORMATIVA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS PRINCÍPIOS

Por tratar o presente estudo de um princípio e sua aplicabilidade frente às demais normas, faz-se necessário trazer algumas considerações sobre os princípios.¹⁸⁹

Inicialmente cumpre buscar o significado de *princípio*.¹⁹⁰ No âmbito jurídico José Joaquim Gomes Canotilho entende que *princípios*:

[...] são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios.¹⁹¹

Portanto princípios são as "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas.¹⁹²

José Cretella Neto entende que toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturas e desenvolvimentos subsequentes dessa ciência.¹⁹³

Pelas menções nesse estudo, importante ainda compreender o que se entende por princípios jurídicos fundamentais. Para Juarez Freitas são:

[...] os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo

¹⁸⁹ Estes aspectos foram objeto de estudo anterior, mas, pela abordagem do presente trabalho, entende-se necessária tal exposição para a correta compreensão do tema. Originalmente tratado em: LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2008, p. 55-59.

¹⁹⁰ O significado não jurídico traz diversas acepções do vocábulo, restando como elemento comum a ideia de que *princípio* está sempre ligado a ponto de partida. O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa traz o seguinte ao tratar do vocábulo princípio:

Princípio. [Do lat. *Principiu*.] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei; 5. *P. ext.* Base; germe; [...] 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc. Cf. *princípio*, do v. *principiar*.] ~ V. *princípios*.

E ao tratar do vocábulo "princípios" traz:

Princípios. S. m. pl. 1. Rudimentos. 2. Primeira época da vida. 3. Bibliogr. V. *folhas preliminares*. 4. *Filos.* Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado. ~ V. *princípio*. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. ed. rev. e aumentada. 16. imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49.

¹⁹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 299.

¹⁹³ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.¹⁹⁴

O mesmo autor sustenta que tais princípios fundamentais são “os princípios de estatura constitucional, norteadores das relações de administração pública” e complementa:

[...] encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expreso, embora alguns se mostrem desvendáveis somente por inferência ou por desenvolvimento interpretativo. Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como os máximos vetores teleológicos para aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios).¹⁹⁵

A propósito da menção a normas, regras e princípios mostra-se relevante trazer a diferenciação sobre tais conceitos, posto ser recorrente o questionamento se são termos equivalentes.

Como já demonstrado, princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas. Formam a base de normas jurídicas, e podem ou não estar positivados.¹⁹⁶

Suas funções primordiais são orientar o legislador na elaboração de leis justas e possibilitar a correta interpretação da lei pelo julgador na solução dos conflitos de interesse.

Em caso de conflito entre dois ou mais princípios, entende Norberto Bobbio inexistir antinomia em sentido próprio. Nenhum dos princípios é excluído do ordenamento jurídico. Há uma conjugação dos valores, ou, na hipótese de não ser isso possível, deve-se optar pela aplicação de um dos princípios no caso concreto. Nesse caso a justificativa é prioritariamente de ordem política e social, em detrimento da jurídica.¹⁹⁷

Esclarece Almiro do Couto e Silva que:

[...] os princípios meramente indicam caminhos para soluções que só serão tomadas após 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 em outro.¹⁹⁸

Ao tratar de normas, José Afonso da Silva expressa serem preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a possibilidade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem. Por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de

¹⁹⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

¹⁹⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991, p. 91-97.

¹⁹⁸ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 21. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.¹⁹⁹

Juarez Freitas defende que as normas estritas ou regras podem ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Portanto, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento.²⁰⁰

Ao comentar sobre a relação dos princípios com as normas jurídicas, Norberto Bobbio ensina que os princípios gerais são normas como todas as demais, observando, contudo, que podem ser expressos ou não expressos. Os expressos são aqueles mencionados no texto normativo. Os não expressos são:

[...] aqueles que se podem tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.²⁰¹

Almiro do Couto e Silva traduz o entendimento de Alexy, sobre as diferenças entre princípios e regras:

Ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam, tanto quanto possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas, sejam realizadas na maior medida. Princípios são, pois, *comandos de otimização*, os quais se caracterizam por poderem ser atendidos em distintos graus e que a medida do seu preenchimento depende não apenas das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é definido pela combinação de princípios e regras.²⁰²

Segundo Luís Roberto Barroso, pode-se resumir os vários aspectos distintivos entre princípios e regras jurídicas em três:²⁰³ quanto ao conteúdo, estrutura normativa e ao modo de aplicação.²⁰⁴

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 85-86.

²⁰⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991, p. 159.

²⁰² ALEXY, Robert *apud* 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 21. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-LMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁰³ O autor ressalta que "a doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a distinção entre princípios e regras. Por simplificação, é possível reduzir esses critérios a apenas três, que levam em conta: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; e c) o modo de aplicação. O primeiro deles é de natureza material e os outros dois são formais. Essas diferentes categorias não são complementares, nem tampouco são excludentes: elas levam em conta a realidade da utilização do termo 'princípio' no Direito de maneira geral". BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205.

Quanto ao conteúdo, os princípios expressam as decisões políticas fundamentais (ex: República, Estado Democrático de Direito, Federação etc.), valores (ex: dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, estabilidade, moralidade etc.), ou fins públicos a serem seguidos (desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego, eficiência etc.). As regras jurídicas, por sua vez, são comandos objetivos que expressam um preceito, uma proibição, uma permissão. Não conduzem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes.

Quanto à estrutura normativa, os princípios apontam para estados ideais a serem buscados, sem descreverem de maneira objetiva a conduta a ser seguida. É característica dos princípios não determinar comportamentos, posto que há diferentes formas para a sua consecução (ex: há diferentes formas de resguardar o princípio da dignidade humana, alcançar a eficiência administrativa etc.). Ao contrário, as regras descrevem comportamentos, restringem a atividade do intérprete na fixação de seu sentido e hipóteses de aplicação. Portanto, os princípios são normas eminentemente finalísticas, enquanto as regras são normas predominantemente descritivas.

Quanto ao modo de aplicação, enquanto as regras são aplicadas na modalidade *tudo ou nada*, ou seja, na ocorrência do fato descrito, deverá incidir, sob pena de restar violada. Nesse caso não há muita margem para interpretação ou valoração do intérprete. Ocorre a subsunção pelo enquadrando do fato na norma, de maneira a se chegar a uma conclusão objetiva. Os princípios, ao contrário das regras, indicam uma direção, um valor, um fim e não são aplicados na modalidade *tudo ou nada*. Na hipótese de existência de princípios indicando posições diversas (ocorrência comum numa Constituição que expressa vontades e interesses de diferentes classes sociais e econômicas), são os princípios aplicados considerando-se o peso que assumem no caso concreto. Nessa hipótese, cabe ao intérprete definir, nas circunstâncias, qual princípio apresenta maior peso. Procede, portanto, à ponderação dos princípios e fatos relevantes, não ocorrendo a subsunção do fato a uma norma específica.

Importante ressaltar, ainda, a classificação tripartite das normas jurídicas proposta por Humberto Ávila, com a divisão em postulados, regras e princípios. Segundo o autor, postulados seriam “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”.²⁰⁵

Quanto aos princípios, seriam:

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205-208.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120.

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁰⁶

E por fim as regras consistiriam em:

[...] normas imediatamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.²⁰⁷

Dessa feita é possível concluir, com base nos estudos de Humberto Ávila, que as regras quanto ao aspecto de temporalidade, estariam voltadas para disciplinar um momento ocorrido no passado enquanto os princípios fixariam soluções ideais a serem alcançadas no futuro.

Relevante traçar, ainda, a conceituação de sobreprincípio e subprincípio, que, embora não representem categorias autônomas, são mencionadas neste trabalho.

Sobreprincípio consiste numa noção peculiar de alguns princípios, por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos.²⁰⁸ Nessa espécie de princípios há uma “conjugação hermenêutica de diversos outros subprincípios que são conformados e, ao mesmo tempo, dão conformação ao sobreprincípio que se posta sobre eles”.²⁰⁹

Os subprincípios, por sua vez, têm fins mais restritos e são conjugados com os sobreprincípios, que têm fins mais amplos, o que possibilitará uma melhor compreensão dos fins de cada subprincípio.

O estudo sobre as normas e os princípios visa auxiliar na compreensão dos diversos princípios que se relacionam com o princípio da proteção à confiança, assim como na compreensão da normatividade e a aplicabilidade dos princípios.

5.2 OS PRINCÍPIOS E A ATUAL INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A atual interpretação constitucional merece análise neste estudo, dada sua importância para a consagração da força normativa dos princípios, o que permite constatar a

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

²⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

²⁰⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 39.

aplicabilidade do princípio da proteção à confiança nas relações entre particulares e a Administração Pública.

5.2.1 Considerações sobre o constitucionalismo contemporâneo

Inicialmente há de se destacar que a expressão neoconstitucionalismo tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo.²¹⁰ O prefixo “neo” presume algo novo, ainda em desenvolvimento, que apresenta certo avanço em relação ao estado anterior. Ressalta Ana Paula de Barcellos que “o prefixo neo parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu”.²¹¹

Embora seja possível vislumbrar elementos que justificam a visão de parte dos doutrinadores de que há algo que autorizaria falar de um novo período ou momento no direito constitucional, ressalta-se que, como fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável à sua própria história.²¹² Humberto Ávila lista as mudanças fundamentais segundo ele ocorridas ou meramente desejadas, desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional:

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).²¹³

Aponta, ainda, que as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo não são independentes, nem paralelas. Mantêm uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. E complementa:

[...] O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação

²¹⁰ São utilizadas como sinônimas as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” e “constitucionalismo de direitos”.

²¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, Salvador, jan/mar 2007, p. 1. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2013.

²¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, Salvador, jan/mar 2007, p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2013.

²¹³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17, jan./mar. 2009, p. 2. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.²¹⁴

Por sua vez Luís Roberto Barroso resume que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, dentre as quais assinala:

[...] (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²¹⁵

No Brasil a doutrina aponta ser um fenômeno que se desenvolveu mais vigorosamente a partir da Constituição de 1988.^{216 217}

Na Europa continental o marco histórico é bem anterior, o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Constituição alemã de 1949, e, ainda, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951.

Aponta Luís Roberto Barroso que foi a partir daí que teve início “uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica”.²¹⁸ Outras referências de importância são a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Além disso, na década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

²¹⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17, jan./mar. 2009, p. 2. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 8.

²¹⁶ Diz Luís Roberto Barroso que “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 3.

²¹⁷ Humberto Ávila comenta: “[...] Embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil”. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17, jan./mar. 2009, p. 1. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 3.

5.2.2 Força normativa da constituição

Ao longo do século XX experimentou-se uma relevante alteração de paradigma, atribuindo à norma constitucional o *status* de norma jurídica. Com isso restou superado o modelo que tinha a Constituição como um documento político, voltado a nortear a atuação dos Poderes Públicos. Suas propostas ficavam condicionadas à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Não se reconhecia no Judiciário um ator relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Até 1945 vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo. No pós-guerra sobrevieram novas constituições, e também um novo modelo, o da supremacia da Constituição.²¹⁹ Nesse modelo os direitos fundamentais passam a ser constitucionalizados, ficando imunes em relação ao processo político majoritário. Desloca-se parte do Poder antes restrito ao Legislativo para o Judiciário, que passa ter a função de proteger os direitos fundamentais.

Atualmente reconhece-se a força normativa da Constituição, bem como o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Segundo Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade,²²⁰ atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.²²¹ Como inerente ao neoconstitucionalismo, tal debate sobre a força normativa da Constituição apenas ganhou corpo no Brasil ao longo da década de 80.

Luís Roberto Barroso afirma que:

[...] Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.²²²

É essa nova perspectiva normativa da Constituição que permite a aplicabilidade do princípio da proteção à confiança, ainda que o mesmo não seja expresso.

²¹⁹ Este inspirado na experiência americana. Louis Favoreu afirma que "a maioria dos países atualmente dotada de um Tribunal Constitucional ficaram, em um certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente". FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004, p. 18.

²²⁰ A imperatividade da norma jurídica representa a capacidade de impor pela força a realização dos efeitos pretendidos pela norma, se necessário, ou de impor algum tipo de consequência ao seu descumprimento, capaz de provocar, ainda que de forma substitutiva, a realização do efeito normativo previsto ou seu equivalente.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 3.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 5.

5.2.3 A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Reconhecendo a força normativa da Constituição, ou seja, que as normas constitucionais são normas jurídicas, a essa interpretação são aplicáveis os elementos tradicionais de interpretação do Direito (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), bem como os critérios de solução de eventuais conflitos normativos (hierárquico - lei superior prevalece sobre a inferior; temporal - lei posterior prevalece sobre a anterior; e especial - lei especial prevalece sobre a geral). Contudo, as especificidades das normas constitucionais, há muito levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.²²³ Mais do que isso, reconheceu-se nos últimos tempos que as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são totalmente aplicáveis aos problemas vinculados à realização da vontade constitucional. Isso resultou num processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um conjunto teórico diversificado.

Diferentemente da interpretação jurídica tradicional que percebe as normas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*, a nova interpretação constitucional reconhece que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo (papel da norma). Por vezes só é encontrada a resposta constitucionalmente adequada no caso concreto. Quanto ao julgador, não lhe caberá uma mera função de conhecimento técnico, para dizer o direito. Passa a ser coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao valorar o sentido das cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis.

A nova interpretação lança mão das cláusulas gerais, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação. Não representa uma ruptura, sendo resultado de uma evolução seletiva, que ainda conserva diversos elementos tradicionais, aos quais são somadas novas ideias que possibilitam uma resposta às novas demandas.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção frente às regras é outra característica relevante.

²²³ Dentre esses princípios pode-se citar: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 6.

A existência de colisões de normas constitucionais passou a ser percebida como algo natural e inevitável. As constituições consagram bens jurídicos que se contrapõem. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é necessária a atuação do intérprete que criará o direito aplicável ao caso concreto.

Ainda no caso de colisões de normas constitucionais, surge a figura da ponderação, que é a técnica utilizada pelo intérprete para fazer concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, em último caso, escolher o direito que irá prevalecer, no caso concreto, para cumprir da melhor forma a vontade constitucional.

A argumentação apresenta-se relevante nos casos que comportam mais de uma solução possível e razoável. Tais decisões que demandam a criatividade do juiz potencializam o dever de fundamentação por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes. Visa dar legitimidade e racionalidade à sua interpretação. Segundo Luis Roberto Barroso nessas situações, o intérprete deverá:

[...] (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.²²⁴

Esse conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, a que convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, foi de grande importância no desenvolvimento do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo em âmbito internacional e no Brasil.

Pela atual interpretação constitucional é possível a ponderação entre os direitos em conflito, com a utilização de métodos e princípios que viabilizem a aplicabilidade do princípio da proteção à confiança nas relações entre os particulares e a Administração Pública.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 11.

6 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA EM ÂMBITO INTERNACIONAL

É importante demonstrar, ainda que de forma abreviada, a origem e evolução do princípio em determinados países nos quais o estudo e aplicação estão mais avançados. Isto porque seu desenvolvimento no Brasil encontra-se ainda em fase inicial no Direito Administrativo. Pela verificação do percurso trilhado até sua definitiva incorporação ao Direito Administrativo dos países estudados, é possível ter uma noção do estágio atual de desenvolvimento no Brasil.²²⁵

Não tem o presente trabalho a pretensão de exaurir o tema no estudo de Direito comparado tendo por objeto o princípio da proteção à confiança, ao contrário, pretende-se que tais informações tenham caráter instrumental, servindo como subsídios para a compreensão de dados relevantes a serem contextualizados no estudo do tema no Direito Administrativo brasileiro.

Quando do levantamento bibliográfico para o presente trabalho foi possível constatar que, tal qual no Brasil, em diversos países da América Latina o tema é trazido à discussão. Contudo, o embasamento recai, quase que invariavelmente, sobre os estudos existentes na Alemanha, Espanha e França.²²⁶ Assim, opta-se pela análise do desenvolvimento do princípio nesses três países, dadas as referências quanto ao desenvolvimento nos mesmos, e pelo fato de estar o estudo, no Brasil, num itinerário semelhante aos encontrados em tais países.

Almiro do Couto e Silva ao tratar do princípio da proteção à confiança comenta que os atos do Poder Público gozam de aparência e presunção de legitimidade, o que há muito tempo tem justificado sua manutenção, mesmo quando eivados de vícios.²²⁷ Traz como precedente histórico:

[...] o exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Digesto, sob o título <<de ordo praetorum>> (D.1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. Indaga Ulpiano: <<que diremos do escravo que, conquanto ocultando esta condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade

²²⁵ Por essas razões, aborda-se a matéria originalmente tratada em: LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 80.

²²⁶ São encontrados estudos também na Itália e Portugal, além do Direito Comunitário Europeu, mas que têm embasamento no Direito germânico.

²²⁷ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?>> E responde pela afirmativa.²²⁸

Ao comentar as condições sob as quais surgiu o princípio da proteção à confiança, relata Almiro do Couto e Silva:

O Estado Social ou o Estado-Providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff.²²⁹

E ao discorrer especificamente sobre a gênese e o desenvolvimento do princípio, relata que nas últimas décadas do século XX ganhou mais nitidez, tendo se destacado do princípio da segurança jurídica e tendo alcançado grande expansão e repercussão na Europa.²³⁰

Reforça essa ideia o comentário de Javier Garcia Luengo quando diz que abordado principalmente pela doutrina alemã do pós-guerra, com resultados consideravelmente positivos, ganhou corpo na Europa, não só dentre os países do âmbito jurídico de influência alemã, mas também nos demais grandes sistemas europeus, tendo sido admitido como princípio geral próprio dos estados membros no Direito Comunitário. Relata, ainda, que sua influência é sentida na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no desenvolvimento de ordenamentos anglo-saxões que relacionam a ideia de proteção à confiança com a coisa julgada e as expectativas legítimas. E adiante comenta:

[...] lo más destacable de la evolución de la protección de la confianza en la posguerra es, sin duda, la reinterpretación del principio desde la perspectiva constitucional y un desarrollo sin precedentes en la doctrina y la jurisprudencia, que supera, casi por completo, los reparos que inicialmente suscito en la doctrina, hasta el punto de que dicho desarrollo ha sido calificado como <<la marcha triunfal de la protección de la confianza>>.²³¹

Importante a lição de Almiro do Couto e Silva sobre o desenvolvimento do princípio na União Européia, posto ser possível traçar um paralelo com o estudo do desenvolvimento

²²⁸ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²²⁹ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²³⁰ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 6-7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²³¹ GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 30.

do princípio no Direito alemão . Aponta o autor que, no mesmo momento que tal princípio se firmava no Direito alemão e no Direito Suíço de expressão alemã, o princípio ingressava na União Européia sob a denominação de *princípio da proteção da confiança legítima*. Percorreu entre os anos de 1957 a 1978 o caminho de sua afirmação tanto no domínio da regulamentação econômica quanto no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida. Ao final, consagrou-se em decisões da Corte Européia como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário”.²³² Tal noção é relevante, ainda, para compreensão do ingresso de tal princípio em outros sistemas jurídicos europeus, como adiante se verá.

6.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

O princípio da proteção à confiança originou-se no Direito alemão . De origem jurisprudencial, teve como marco de seu surgimento uma série de decisões prolatadas que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos destinatários.²³³

O caso narrado como ponto de partida²³⁴ para a utilização do princípio da proteção à confiança (*vertrauensschutz*)²³⁵ foi analisado e teve decisão do Superior Tribunal

²³² 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²³³ Nesse sentido: 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012; MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 81.

²³⁴ Embora esta decisão seja trazida como ponto de partida para utilização do princípio da proteção à confiança e seu desenvolvimento ter sido mais notório no pós-guerra, Javier Garcia Luengo comenta que, segundo Püttner havia apontado, o termo já havia sido detectado na jurisprudência do Tribunal Administrativo da Prússia muito tempo antes da guerra. Dentre os casos citados encontra-se uma decisão de 19 de fevereiro de 1892 versando sobre a pretensão da Administração de ordenar a destruição de edificações autorizadas por órgão incompetente. A pretensão da Administração foi rejeitada pelo Tribunal. Na época da República de Weimar a discussão girou em torno da aceitação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, alcançando a jurisprudência um notável desenvolvimento. Neste sentido chama a atenção decisão datada de 26 de junho de 1930, que versa sobre o caso de uma cidadão que, após receber a informação de uma autoridade municipal de que um terreno era isento de uma determinada contribuição, o adquire. Posteriormente a Municipalidade exige a cobrança da contribuição. O Tribunal Administrativo da Prússia decide que a cobrança não é possível, posto que contrária ao princípio da boa-fé, aplicável também aos entes públicos. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 29-30.

²³⁵ Segundo Javier Garcia Luengo tal vocábulo corresponde exatamente à tradução de “proteção à confiança”. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 29.

Administrativo de Berlin, em 14 de novembro de 1956. Tratava-se do processo da viúva de um funcionário público que obteve, mediante ato administrativo, promessa de que, caso se transferisse de Berlin Oriental (República Democrática Alemã) para Berlin Ocidental, teria sua pensão normalmente paga. Após se mudar e passar a receber a pensão, as autoridades constataram ilegalidade por vício de competência. Com base nisso revisaram o ato e retiraram o benefício, além de determinar a devolução dos valores pagos com base no ato tido por ilegal. Levado à apreciação do judiciário, o Tribunal entendeu que, ainda que houvesse ilegalidade, no caso apresentado o princípio da proteção à confiança confrontado com o da legalidade, tinha mais peso, determinando que o ato não fosse desconstituído.

A essa se seguiram várias outras decisões. A produção científica e jurisprudencial foi intensa no meio jurídico alemão. Almiro do Couto e Silva comenta que:

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.²³⁶

Em 1972 Ossenbühl declarava que a quantidade de decisões e trabalhos científicos sobre a proteção à confiança frente à revisão de atos de ofício foi tão grande que tornaram “tan previsibles las resoluciones de los Tribunales como si estuviésemos ante Derecho de origen parlamentario”.²³⁷

Na década de 70 o Tribunal Federal Constitucional reconheceu o princípio da proteção à confiança como princípio constitucional.²³⁸

Em 25 de maio de 1978 foi editada a Lei de Processo Administrativo alemã que dispôs sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, em seus §§ 48 e 49.

O § 48 dispunha sobre a extinção de atos administrativos inválidos, enquanto o § 49 relacionava-se com a extinção de atos administrativos válidos. Segundo Almiro do Couto e Silva, se a edição desta Lei “não arrefeceu significativamente o entusiasmo da doutrina sobre a matéria [...] eliminou muitas das controvérsias existentes, embora tenha dado lugar a muitas outras, em face da complexidade do seu texto”.²³⁹

²³⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 55.

²³⁷ Ossenbühl *apud* GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 30.

²³⁸ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²³⁹ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do**

Rafael Maffini trata desses dispositivos,²⁴⁰ o que embasa as seguintes observações: o § 48, que trata sobre a extinção de atos administrativos inválidos tem três vertentes.

O § 48.1 dispõe sobre a anulação de atos administrativos que resultem em efeitos desfavoráveis aos destinatários. Nesta hipótese a regra geral é pela possibilidade da anulação dos atos, sem maiores limitações, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, podendo ser sua invalidação total ou parcial.

O § 48.2 dispõe sobre a anulação de atos administrativos que resultem em benefícios aos destinatários. Nesta hipótese a regra geral é pela impossibilidade da anulação dos atos benéficos aos destinatários, concessivos de vantagens pecuniárias ou outras prestações divisíveis (bônus de refeições, roupas, etc.). As hipóteses de anulação são restritas, com diversos limites. Ressalva-se desta proteção: I) os casos nos quais o beneficiário obteve a vantagem a partir de fraude, ameaça ou coação; II) quando o beneficiário obteve a vantagem mediante apresentação de dados incompletos ou inexatos sobre elementos essenciais à obtenção do benefício; III) casos nos quais o beneficiário sabia de antemão da origem inválida do ato, ou dela deveria ter conhecimento, não sabendo por conta de grave negligência.

Por fim, ainda referente a atos administrativos inválidos, que representam benefícios aos destinatários, mas que não são passíveis de manutenção, como por exemplo, licenças e autorizações possuidoras de caráter geral ou de concessão de nacionalidade, prevê o § 48.3 instrumentos de proteção com caráter reparatório. Assim, pelo fato do destinatário ter acreditado no ato administrativo que lhe trazia vantagens, e por não ser tal ato preservável, tem o beneficiário direito a uma indenização. Pelo disposto no § 48.4, a Administração, a partir do momento que tem conhecimento da irregularidade, nos casos dos §§ 48.2 e 48.3, poderá extingui-lo no prazo de um ano, findo o qual não poderá mais fazê-lo, salvo nas hipóteses em que o beneficiário agiu de má-fé ou conhecia a irregularidade do ato.

O § 49, que trata sobre a revogação de atos administrativos válidos, também apresenta três vertentes.

O § 49.1 dispõe sobre a revogação de atos administrativos válidos que resultem em efeitos desfavoráveis aos destinatários. Nesta hipótese a regra geral é pela possibilidade da anulação dos atos, salvo se ocorrer alguma hipótese excepcional que inviabilize tal anulação, como por exemplo, quando foi dada garantia a um terceiro de que o ato não seria revogado.

O § 49.2 dispõe sobre a revogação de atos administrativos válidos que resultem em benefícios aos destinatários. Nessa hipótese a regra geral é pela impossibilidade da

Estado, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁴⁰ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 84-88.

revogação dos atos benéficos aos destinatários, com exceções trazidas no texto, a saber: I) quando a revogabilidade já era prevista em lei, no próprio ato ou em qualquer outra norma jurídica, sendo o ato, desde logo, instável; II) quando o beneficiário não cumpriu as condições necessárias para obtenção do benefício, ou, as cumpriu tardiamente; III) em casos de superveniência de fatos determinantes de maior prejuízo na sua manutenção do que na sua revogação; IV) quando da superveniência de situações normativas, em face das quais atos que nem mesmo poderiam ser praticados concedem vantagens não utilizadas pelos destinatários e cuja manutenção pode ocasionar perigo ao interesse público; V) quando a revogação visa eliminar graves prejuízos ao bem comum, o que deve ser restritivamente interpretado.

Em caráter excepcional, prevê o § 49.3 a possibilidade de revogação de atos administrativos válidos, com efeitos retroativos, quando tenha havido, em casos especiais, o descumprimento de condições atribuíveis ao beneficiário do ato.²⁴¹

Apresenta-se, em suma, o quadro das previsões legais sobre o princípio da proteção à confiança no Direito alemão: I) proteção plena da confiança, onde se impossibilita a extinção dos atos irregulares concessórios de prestações pecuniárias ou prestações divisíveis, bem como no caso de atos válidos cuja extinção, salvo casos especiais (§ 49.3), não é possível; II) proteção compensatória da confiança, nos casos onde a extinção é possível, mas a violação da confiança do destinatário deve ser indenizada; III) proteção aberta da confiança, relacionada com atos que sejam prejudiciais aos destinatários, o que se justifica pela proteção à confiança ser princípio que tende à manutenção de efeitos favoráveis aos administrados.²⁴²

Assim, com origem jurisprudencial, o princípio da proteção à confiança mereceu posituação no Direito alemão, onde passou a ser ponderado com o princípio da legalidade.

²⁴¹ Relata Rafael Maffini que tal dispositivo foi acrescentado em 1996. Traz o autor que “Em tradução livre, tal regra assim dispõe: ‘§ 49.3. Um ato administrativo legal que reconhece uma prestação pecuniária ou em espécie e divisível para o cumprimento de uma determinada finalidade, seja esta única ou periódica, ou condição para o seu reconhecimento, pode ser total ou parcialmente revogado, inclusive quando se tornada definitiva, e também com efeitos retroativos: 1. Se a prestação não houver sido implementada, ou não o foi prontamente à obtenção, ou não mais será na finalidade para a qual o ato foi praticado; 2. Se o ato se submetia a uma condição e o destinatário não a cumpre ou não a cumpre no prazo fixado’”. MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 87.

²⁴² MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 87.

6.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ESPANHOL

Outro país no qual houve grande desenvolvimento do princípio da proteção à confiança é a Espanha, motivo pelo qual está a merecer análise.

Inicialmente é importante ressaltar que o Direito espanhol recepcionou os princípios gerais do Direito Comunitário Europeu, o que ensejou a aplicabilidade de tal princípio no país. Outro ponto que convergiu para a aplicação de tal princípio foi a larga utilização do princípio da boa-fé, que resultava em consequências assemelhadas àquelas decorrentes da proteção à confiança.

Tal qual no Direito Alemão, na Espanha o princípio também foi inicialmente recepcionado pela jurisprudência, principalmente a partir do final da década de 80 do século passado. A decisão apontada como precursora da aplicação de tal princípio no Direito espanhol é a exarada pelo Tribunal Supremo, em 28 de fevereiro de 1989, que versou sobre a negativa de concessão de subvenção pública a um centro particular de formação profissional para o curso realizado nos anos de 1983 e 1984, uma vez que tal entidade tinha cumprido para tal período letivo as mesmas condições que permitiram o recebimento da subvenção pública no período letivo anterior, de 1982 e 1983. A decisão foi no sentido de reconhecer o direito à subvenção em favor da entidade uma vez que o ato de concessão do benefício no ano letivo anterior teria gerado uma *razoável esperanza* de que, uma vez cumpridas as mesmas condições, seria concedida a subvenção também no ano letivo seguinte. Embora se reconheça que a fundamentação não tenha sido sólida no sentido de fixar a utilização do princípio da proteção à confiança,²⁴³ foi a primeira decisão que fez referência à confiança depositada pelo administrado, motivo pelo qual é considerada a primeira a ter recepcionado o princípio.²⁴⁴ A importância da mesma é que, a partir desse momento iniciaram estudos mais aprofundados sobre a matéria e surgiram diversas discussões judiciais envolvendo tal princípio.²⁴⁵

²⁴³ Javier Garcia Luengo aponta como primeira decisão que trouxe expresso o termo *protección de la confianza legítima* a STS de 25 de abril de 1989 (Ar. 3476, ponente: Martínez Sanjuán, B. S.), que tratava de um arquiteto que realizou alguns projetos para o Ministério da Educação e Ciência e pleiteou seus honorários conforme a prática administrativa daquele país, descumprida pela unidade contratante. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 46

²⁴⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 88-89.

²⁴⁵ Neste sentido, é citado por Javier Garcia Luengo o trabalho de MARÍN RIAÑO, Fernando. La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentário a la STS (Sala 3.ª, Secc. 3.ª), de 28 de febrero de 1989. **La Ley**, v. 2, 1989, p. 605-608. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 31.

Posteriormente foram diversas as decisões que abordaram de forma direta o princípio da proteção à confiança, sendo considerado o *leading case*²⁴⁶ a decisão do Tribunal Superior de 01 de fevereiro de 1990,²⁴⁷ que apreciou novamente a matéria de subvenções a centros docentes para determinar que no conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica tem primazia o último, não só quando se produz uma convicção psicológica no particular, mas também quando se funda em sinais emanados da Administração que induzam a confiar na legalidade da atuação administrativa.²⁴⁸ No julgamento atribuiu-se efeitos a uma promessa que não era endereçada especificamente a um centro, mas que gerou um comunicado redigido em termos imprecisos que fez gerar expectativas de que tal centro teria direito a tal espécie de subvenções.

Após reiteradas decisões invocando o princípio, foram sistematizadas, para fins de aplicação concreta do princípio da proteção à confiança, as ocorrências e características condicionadoras da sua aplicação, conforme apontamentos de Federico Castillo Blanco. São elas: I) exigência de uma situação de quebra de previsibilidade em relação à atuação estatal, apta a gerar expectativas dignas de proteção; II) a quebra de expectativas não pode estar fundamentada por motivos ou princípios superiores; III) deve haver ponderação entre o interesse público e particular visando a obtenção de um grau de estabilidade e previsibilidade; IV) as mudanças normativas, ainda que decorrentes da atividade administrativa, devem prever meios e tempo razoável para sua imposição frente às situações individuais que serão por elas alcançadas; V) há a necessidade de sinais externos da Administração aptos a ensejar a confiança digna de proteção; VI) deve haver uma

²⁴⁶ A expressão indica o processo tomado como modelo para o julgamento dos demais casos relativos a uma questão, ou como traz Guido Fernando Silva Soares, *leading case* é "uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam"; é uma decisão que "cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros". SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao Direito dos EUA**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 40-42.

²⁴⁷ GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 47-50.

²⁴⁸ Desta decisão é importante ressaltar o seguinte excerto: "En el conflicto que se suscita entre la legalidad de actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primazia esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia en su sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el "principio de protección de la confianza legítima" que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego – interés individual e interés general -, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué suportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica". GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Civitas, Madri, 2002, p. 47-48.

situação contrária à ordem jurídica que confronte a legalidade e a proteção à confiança, determinando sua ponderação.²⁴⁹

Com a afirmação do princípio, inicialmente na jurisprudência, foi o mesmo positivado, o que veio a ocorrer primeiro em âmbito local por meio da *Ley foral navarra 6/1990*, de 02 de julho de 1990, que trazia, em seu art. 1º:

La Comunidad foral de Navarra organiza su Administración local conforme a lo dispuesto en esta Ley foral, de acuerdo con los principios de autonomía, participación, desconcentración, eficacia y coordinación en la gestión de los intereses públicos para la consecución por ésta de la confianza de los ciudadanos.²⁵⁰

A seguir, em âmbito nacional, por meio da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, em 26 de novembro de 1992 (denominada Ley 30/1992), que trazia em seu art. 106 a seguinte redação: “las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Embora sem menção expressa ao princípio da proteção à confiança, entende-se ser essa a primeira lei de caráter nacional a prever tal princípio uma vez que há referência ao princípio da boa-fé. Deve-se considerar a normal confusão então existente entre ambos, combinada com a estreita vinculação entre a boa-fé objetiva e a proteção à confiança, o que autorizaria a incidência da proteção à confiança.

A mesma lei foi depois alterada, por meio da *Ley 4/1999*, que trouxe de forma expressa tal princípio, estabelecendo, em seu artigo 3.1, que a Administração Pública deve servir com objetividade aos interesses gerais, de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, além de ser submetida à Constituição, à lei e ao Direito, devendo respeitar em sua atuação os princípios da boa-fé e da confiança legítima.

6.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Pela importância e influência do Direito francês no Direito Administrativo brasileiro, optou-se por buscar o estágio de tal princípio também naquele país.

²⁴⁹ CASTILLO BLANCO, Federico. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 307-318.

²⁵⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2004, p. 61.

O princípio da proteção à confiança, nos moldes já pesquisados no Direito alemão e no Direito espanhol apresenta, na França, duas principais aplicações: I) na estabilidade e previsibilidade de situações jurídicas geradas pela Administração Pública; II) a responsabilidade do Estado diante da frustração de expectativas criadas em benefício dos administrados.

No que concerne ao primeiro aspecto, Sylvia Calmes propõe sistematização. Inicia pela incidência do princípio da proteção à confiança na formação dos atos administrativos, principalmente no que concerne às regras de competência. A principal aplicação seria a preservação dos atos praticados por quem não detinha competência para tal, embora apresentasse razoável aparência de tê-la. O princípio da proteção à confiança fundamentaria a *théorie des fonctionnaires de fait*.²⁵¹

Também no que concerne ao início da vigência dos atos administrativos unilaterais, defende a autora que tanto a exigência de adequados meios de publicidade quanto a irretroatividade dos efeitos dos atos administrativos, que se assemelha à irretroatividade legal, seriam modos indiretos de aplicação do princípio da proteção à confiança, embora mais aproximados do aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica.²⁵²

Esclarece a autora, no que concerne à aplicação do princípio da proteção à confiança em relação aos atos administrativos de efeitos concretos, que a principal incidência ocorre nas restrições à extinção dos atos administrativos. Assim como no Direito alemão, distinguem-se os atos válidos e inválidos, bem como os atos que geram direitos aos beneficiários e os que não geram direitos.

Quanto aos atos administrativos, tanto válidos quanto inválidos que não geram direitos aos administrados, não haveria maiores restrições quanto à extinção, salvo a eventual necessidade de resguardar os efeitos já produzidos dos atos válidos.²⁵³

Quanto aos atos administrativos que geram direitos aos beneficiários, duas são as hipóteses: I) quando se tratar de atos válidos, o entendimento seria pela impossibilidade de retratação, em função da aplicação do princípio da proteção à confiança; II) quando se tratar de atos inválidos, a retratabilidade de tais atos está inserida no conflito entre a proteção subjetiva da confiança na manutenção do ato e o princípio objetivo da legalidade.²⁵⁴

Quanto à ponderação entre os princípios da proteção à confiança e da legalidade, aponta-se como ponto de partida dessa discussão o *affaire Dame Cachet*, de 1923, no qual o Conselho de Estado pôs em cheque o conflito entre a segurança jurídica e a legalidade. A

²⁵¹ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 631-634.

²⁵² CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 635-636.

²⁵³ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 642.

²⁵⁴ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 640-643.

decisão foi no sentido de que não cabia a revogação de atos administrativos quando existentes direitos subjetivos deles provenientes, e que os atos viciados somente poderiam ter decretada sua nulidade pela Administração Pública no prazo de dois meses, mesmo prazo que tinham os particulares para postular, em recurso contencioso, a anulação, a invalidade dos atos administrativos. Tal entendimento foi logo confirmado pelos *affaires Vallois* e *Gros de Beles*, ambos de 1923, e pelo *affaire Dame Inglis*, de 1925.²⁵⁵ Rafael Maffini, invocando o entendimento de Jean Rivero, comenta que tal decisão parte de um pressuposto lógico de grande coerência. Resguardou-se a possibilidade da Administração Pública reconhecer a irregularidade de seus próprios atos, contudo não poderia fazê-lo por meio de um poder de autotutela que fosse superior àquele contido no controle judicial da Administração Pública. Destarte, a invalidação administrativa apenas seria possível enquanto um recurso contencioso pudesse ser interposto, isto é, durante dois meses a contar da decisão e, se um recurso tivesse sido interposto, até que o juiz decida. Além disso a revogação é irregular. A decisão, mesmo ilegal, subsiste definitivamente. Rafael Maffini alerta, ainda, que na França o princípio da proteção à confiança normalmente é tratado sob a feição de *direito adquirido*, embora com feições próprias.²⁵⁶

Comentando sobre a matéria, Hauriou sintetiza:

Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve espaço de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo. Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja em relação aos recursos contenciosos, seja em relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.²⁵⁷

No que concerne à incidência do princípio da proteção à confiança como limitador do Estado contra a frustração de expectativas criadas aos administrados, a jurisprudência francesa ainda é tímida, situação que, diante da influência do Direito Comunitário, deve mudar, com um aumento do reconhecimento da incidência do princípio, seja na valoração dos danos causados, na configuração da responsabilidade, na indenização à frustração de promessas formais e práticas reiteradas da Administração Pública, geradoras de uma expectativa legítima.²⁵⁸

²⁵⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 56.

²⁵⁶ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 94.

²⁵⁷ HAURIOU *apud* COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 56.

²⁵⁸ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 94.

Nesse sentido, da incidência do princípio da proteção à confiança gerador da responsabilização estatal de natureza indenizatória, aponta-se como caso paradigmático o *arêt Freymuth*. Por meio de um ato normativo, Decreto *Ségolène Royal*, de 18 de agosto de 1992, houve a proibição de importação de determinados produtos, sem qualquer previsão de regras transitórias. Tal ocorrência gerou prejuízos aos envolvidos na cadeia econômica, que se viram impossibilitados de formular novos planos para a atividade empresarial. Uma das empresas, a Enterprise Transports Freymuth pleiteou a reparação dos prejuízos acarretados pela abrupta interrupção das atividades determinada pelo Decreto. O Tribunal Administrativo de Estrasburgo, em 08 de dezembro de 1994, entendeu que alterações de tal ordem não poderiam ocorrer sem que houvesse regras transitórias. Determinou que o Estado reparasse os prejuízos causados, em face da frustração de legítimas expectativas da empresa, pelo ato administrativo.²⁵⁹

O Direito francês ainda não traz positivadas normas específicas envolvendo o princípio da proteção à confiança, estando o desenvolvimento, naquele país, no âmbito jurisprudencial e doutrinário, caminho já percorrido por Alemanha e Espanha.

²⁵⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 95. O autor comenta, após trazer excerto da decisão, que a mesma foi modificada na Corte de Apelação de Nancy, em 1999.

7 ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

É inegável que o princípio da proteção à confiança ganhou notoriedade nos últimos anos e passou a ser considerado tanto no âmbito da Administração Pública, ao praticar os atos, quanto no âmbito do Poder Judiciário, ao decidir as demandas a ele apresentadas. Também no âmbito do Poder Legislativo, ao observar que as novas normas não podem simplesmente desconsiderar a confiança e as expectativas legítimas geradas nos particulares pelas normas até então vigentes. Ademais, em vários casos, foram incorporadas ao ordenamento jurídico normas que resguardam a confiança dos administrados.

O princípio que há alguns anos não era sequer objeto de estudo da doutrina brasileira, passou a ser tratado pelos juristas no Direito Administrativo. Abordado pioneiramente por Almiro do Couto e Silva,²⁶⁰ mereceu a atenção de outros autores, a exemplo de Judith Martins-Costa, que após os estudos sobre a boa-fé no Direito Privado,²⁶¹ passou também ao estudo envolvendo a Administração Pública.²⁶² Depois disso duas obras trataram especificamente sobre o tema, tendo como autores Rafael Maffini²⁶³ e Valter Shuenquener de Araújo.²⁶⁴

Agora aparece também nos cursos e demais obras que abordam os diversos aspectos do Direito Administrativo. São exemplos de autores que tratam da matéria: Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁶⁵ Bruno Miragem²⁶⁶ e Marçal Justen Filho.²⁶⁷

²⁶⁰ Dentre os estudos do citado autor pode-se apontar: COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987; COUTO E SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, abr./jun. 1996; COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 163-171, jul./set. 1999; 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, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22. p. 228-255, set. 2002; MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

²⁶³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

²⁶⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009.

²⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-90.

²⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 243-276.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 1229-1230.

Como já apontado em estudo anterior,²⁶⁸ embora tenha despertado interesse apenas recentemente no âmbito do Direito Administrativo, não é de todo desconhecido no cenário jurídico brasileiro. No Direito Consumerista é antiga sua invocação, embasando institutos que regem os direitos do consumidor, como por exemplo, a vinculação da oferta, proibição de publicidade abusiva ou enganosa, comércio eletrônico, compra à distância, opção pela responsabilização individual ou solidária do(s) fornecedor(es), dentre outros. Nesse sentido, aponta Paulo Nalin:

[...] em que pese a formulação, verdadeira, de ter o princípio da confiança debutado no Brasil, com maior força, no seio da ordenação consumerista, torna-se imprescindível o envio de sua análise a outros segmentos do Direito, especialmente aos do Direito Civil, ante sua indissociável conexão com a boa-fé.²⁶⁹

Também no Direito Tributário a discussão do princípio da proteção à confiança vem de longa data. É invocado e se concretiza pela proibição de retroatividade das leis gravosas, da exigência de não surpresa e de vedação da imprevisibilidade, da relativização da legalidade em favor da proteção da expectativa legítima, da irreversibilidade do ato de lançamento por erro de direito e de valoração de fatos, da autovinculação pela regulamentação, informações e respostas de autoridades financeiras, da proibição de revogação de isenções onerosas e da sujeição plena da revogação das isenções gratuitas à anterioridade, da exclusão ou redução de multas e da proibição de analogia na fixação do tipo tributário.²⁷⁰

É presente, ainda, no Direito Penal e no Direito Trabalhista.

No Direito Administrativo brasileiro o caminho trilhado no estudo do princípio da proteção à confiança seguiu os passos do ocorrido em outros países. Iniciou com a abordagem jurisprudencial, sustentada pelo estudo doutrinário, e, por fim, chegou à positivação em determinados diplomas.

A abordagem do acolhimento do princípio no Direito Administrativo brasileiro se dará da seguinte forma: I) acolhimento como princípio constitucional; II) acolhimento na jurisprudência, com a abordagem do tratamento da matéria no Supremo Tribunal Federal (dividida em dois momentos: precedentes do acolhimento do princípio no Supremo Tribunal Federal e a consagração do princípio na jurisprudência da Corte) e III) acolhimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (dividida em dois momentos: precedentes do acolhimento do princípio no Superior Tribunal de Justiça e a consagração do princípio na jurisprudência da Corte); III) acolhimento na legislação.

²⁶⁸ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 94.

²⁶⁹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 154.

²⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário. **Revista do Tribunal Regional Federal**, 1 Região, Brasília, v. 18, n. 8, 2006, p. 78.

7.1 ACOLHIMENTO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Inicialmente é de se esclarecer que no estudo do acolhimento do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo Brasileiro, ainda são raras as menções expressas a essa denominação. Como comentado anteriormente,²⁷¹ é comum encontrar tratamento doutrinário e jurisprudencial do princípio pela denominação de *princípio da segurança jurídica* ou *da boa-fé*, mas com o significado de proteção à confiança.

Sobre tal ocorrência, relata Almiro do Couto e Silva:

O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade.²⁷²

E, adiante finaliza: “Também são raras na doutrina nacional as manifestações que atribuem à segurança jurídica, vista como proteção à confiança, a posição de princípio constitucional”.²⁷³

Complementa esse entendimento o relato de Rafael Maffini, sobre a busca jurisprudencial do acolhimento do princípio:

Cumpre salientar que, na maior parte das decisões ora descritas, o princípio da proteção à confiança resta concretizado sem que os tribunais superiores pátrios o refiram expressamente, porquanto o fazem ora sob a denominação de “segurança jurídica”, ora sob a denominação de “boa-fé”, ora, ainda, sob argumentos que, lateralmente, dizem respeito ao princípio em comento.²⁷⁴

Daí a entender-se não ser comprometedora a diferença de nomenclatura encontrada nos julgados e por vezes também na doutrina, dada a proximidade dos princípios “na medida em que a proteção da confiança, de um lado, representa o aspecto subjetivo da segurança jurídica e, de outro, tem, nos atos concretos, a boa-fé como pressuposto”.²⁷⁵

Como é usual no Direito, até que consolide sua identidade própria, com as características, requisitos de aplicabilidade e limites de atuação, é normal que o princípio se

²⁷¹ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 96.

²⁷² 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁷³ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁷⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

²⁷⁵ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

valha de comparativos e desdobramentos de outros para alcançar a maturidade. Em artigo intitulado “A Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos: a Segurança como Crédito de Confiança”, Judith Martins-Costa demonstra a mudança do significado de segurança jurídica no Supremo Tribunal Federal, contemplando-o no sentido de proteção à confiança. Em sua conclusão resume:

[...] pois é justamente a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança, considerados de um ponto de vista estático e tradicional, que fará revestir a nova conotação da confiança, princípio tão antigo, inerente às bases da formação de Roma.²⁷⁶

Não é coincidência que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se verificará no tópico próprio, a partir do ano de 2004 passam a constar expressamente nos julgados da Corte a menção ao princípio da proteção à confiança como autônomo, diferenciando-o dos demais que lhe são próximos.

Contudo, para que não se omita a trajetória do princípio até sua recepção como princípio constitucional autônomo, deve-se relatar o desenvolvimento, ainda que sob outras denominações, em especial como um dos aspectos do princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica é princípio basilar de direito. A doutrina tem reconhecido como direito fundamental, presente no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), onde os Estados se comprometem a “promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”.²⁷⁷

No Direito brasileiro, embora haja controvérsia dentre os autores se tal princípio é explícito²⁷⁸ ou implícito,²⁷⁹ há concordância no sentido de que o princípio da segurança jurídica tem previsão constitucional e que o mesmo está presente e se irradiando no ordenamento jurídico.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 116.

²⁷⁷ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47–83.

²⁷⁸ José Roberto Vieira entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no *caput* do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 14, n. 54, 1990, p. 98.

²⁷⁹ Defende Celso Antônio Bandeira de Mello que esse princípio “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118. No mesmo sentido, afirma Romeu Felipe Bacellar Filho: “Se não há expressamente mencionado no texto constitucional, um princípio da segurança das relações jurídicas, é evidente que da leitura atenta dos preceptivos da Constituição extraem-se além dos princípios explícitos também os princípios implícitos, um dos quais aquele de que trata o presente trabalho”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 201.

No sentido de proteção à confiança, objeto do presente estudo, também houve discussão se tal princípio foi recepcionado em âmbito constitucional.

Quem primeiro tratou da matéria foi Almiro do Couto e Silva em artigo intitulado “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”.²⁸⁰ Posteriormente voltou a tratar da matéria em tópico específico denominado “A Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) como Princípio Constitucional no Direito Brasileiro e sua Importância no Direito Administrativo”, em artigo intitulado “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).”²⁸¹

No já mencionado artigo de Judith Martins-Costa,²⁸² demonstrou-se a mudança do significado de segurança jurídica no Supremo Tribunal Federal, contemplando-o no sentido de proteção à confiança, trazendo-o, portanto, como princípio constitucional.

Entende-se que hoje tal discussão encontra-se superada, com o reconhecimento de seu caráter constitucional, o que ocorreu, inclusive, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.²⁸³

Contudo, embora haja menções expressas ao princípio, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pelo fato de serem essas recentes, necessário será considerar, nas decisões trazidas doravante como acolhedoras do princípio da proteção à confiança, também outras denominações, ressaltando-se que o sentido buscado sempre é de proteção à confiança.

²⁸⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

²⁸¹ 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁸² MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

²⁸³ STF. MS 24268, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004, DJ 17/09/2004.

7.2 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A fim de verificar a possibilidade de aplicação do princípio da proteção à confiança nas diferentes atividades estatais, faz-se necessária a pesquisa do acolhimento do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como essa recepção não se dá de forma abrupta, dividiu-se tal estudo em dois tópicos.

O primeiro refere-se aos precedentes do acolhimento do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde se demonstra que, ainda que sob denominações diversas, a Corte vinha reconhecendo a aplicabilidade do princípio, ao assegurar seus efeitos aos particulares.

No segundo tópico aponta-se a consagração do princípio da proteção à confiança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim entendida a manifestação pretoriana com embasamento exposto no princípio, com sua denominação, elementos e efeitos próprios.

7.2.1 Precedentes do acolhimento do princípio da proteção à confiança no Supremo Tribunal Federal

Há diversos julgados no Supremo Tribunal Federal, inclusive anteriores aos doravante citados, que versam sobre matérias que podem ser consideradas decorrentes da aplicação do princípio da proteção à confiança.

Contudo, por não apresentarem em sua fundamentação clara vinculação ao princípio, não serão aqui tratados. Dentre as matérias tratadas nos mesmos pode-se citar: observância ao contraditório e ampla defesa; observância do devido processo legal; teoria do funcionário de fato; atos consumados; teoria da aparência; irredutibilidade de vencimentos, entre outras.

Optou-se pela análise pontual de alguns julgados, uma vez que estes trazem com maior clareza a noção de proteção à confiança, sendo decisões consideradas paradigmáticas pelos autores que se dedicaram ao estudo da matéria.^{284 285}

²⁸⁴ Nesse sentido: 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 n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012; MAFFINI, Rafael. **Princípio da**

O primeiro caso é a questão de ordem na Medida Cautelar nº 2.900, cujo julgamento da 2ª Turma do STF, de 27/05/03, teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes. Uma aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, após aprovação em concurso público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi admitida. Mudou seu domicílio para Porto Alegre e solicitou transferência de seu curso para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A transferência para UFRGS foi negada administrativamente. A interessada impetrou Mandado de Segurança, deferido por sentença em dezembro de 2000. Na decisão reconhecia-se o direito da impetrante em transferir-se e frequentar o curso na UFRGS. Determinava à autoridade impetrada que providenciasse imediatamente a transferência da aluna, permitindo que a mesma fizesse a matrícula e frequentasse as atividades discentes e todas as demais decorrentes de sua condição de estudante.

Em grau de recurso a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a sentença, denegando a segurança. Isso motivou o recurso extraordinário e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente, então, já estava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS (o recurso foi interposto em outubro de 2002, portanto quase dois anos após a decisão de primeira instância). O Ministro Gilmar Mendes, em caráter liminar, concedeu efeito suspensivo ao recurso, o que foi depois confirmado pela 2ª Turma do STF. Na fundamentação entendeu que “no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica”.

Almiro do Couto e Silva aponta que tal caso guarda grande similitude com decisões anteriores do STF,²⁸⁶ nas quais se verifica que tratam de situações que se consolidaram em decorrência de provimentos judiciais provisórios que foram depois reformados, após o transcurso de alguns anos de tramitação processual. Aponta ainda o jurista que a diferença entre as decisões anteriores e a analisada é a fundamentação, pois essa traz menção ao princípio da segurança jurídica, ao passo que as anteriores apenas referiam-se que o ato judicial, depois reformado, deu ensejo a situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada.

proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 110-120.

²⁸⁵ Este estudo histórico foi realizado anteriormente abordando os três julgados apontados pelos autores como paradigmáticos, em: LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado.** Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 98-105. Dada a importância dos julgados para retratar o desenvolvimento do princípio, entende-se relevante expor o estudo. No presente trabalho dois deles serão tratados neste tópico, por não trazerem expressa menção ao princípio e um será abordado no tópico destinado à consagração do princípio.

²⁸⁶ STF. RMS 13.807 (RTJ 37/248) e RMS 17.144 (RT 45/589); RE 85.179-RJ (RTJ 83/931). A última, que teve como Relator o Ministro Bilac Pinto concluiu pela impossibilidade do tardio desfazimento do ato administrativo, “já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou”.

Judith Martins-Costa utiliza esse julgado como elemento base na análise da re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos,²⁸⁷ defendendo que a partir do mesmo o princípio da segurança jurídica passa a ter, também, o significado de proteção à confiança.

O segundo caso a ser tratado refere-se a Mandado de Segurança MS nº 22.357/DF,²⁸⁸ no qual se discutia a manutenção de atos de admissão de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sem concurso público, violando estipulações constitucionais (especificamente art. 37, I e II da Constituição Federal). No caso em tela tratava-se de admissões havidas na INFRAERO. Salienta-se que houve, no passado, controvérsia sobre a aplicação dessas normas às empresas públicas e sociedades de economia mista, em decorrência da redação original do art. 173, § 1º da Constituição Federal.²⁸⁹ No âmbito do STF a matéria foi pacificada pela decisão no Mandado de Segurança nº 21.322 que teve como Relator o Ministro Paulo Brossard, no sentido de ser obrigatório o concurso público nas admissões de empregados naquelas entidades. Tal decisão foi publicada no Diário Oficial de 23/04/93.

Porém, em 06/06/90 o Tribunal de Contas da União já havia firmado esse mesmo entendimento, com a orientação de anulação dos atos de admissão posteriores àquela data e não de todos os atos de admissão realizados desde a vigência da Constituição de 1988.

No caso em apreço, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes:

Está certo, portanto, que, embora o Tribunal de Contas houvesse, em 06.06.90, firmado o entendimento quanto à indispensabilidade de concurso público para a admissão de empresas estatais, considerou aquela Corte que, no caso da INFRAERO, ficava a empresa obrigada a observar a orientação para as novas contratações. Essa orientação foi revista no julgamento das contas do exercício de 1.991, assentando o Tribunal que a empresa deveria regularizar as 366 admissões, sob pena de nulidade (fls. 492). Ao julgar o Recurso de Revisão, o prazo de 30 dias para a adoção das providências referidas foi dilatado para 195 dias contados de 09.05.95, data da publicação no Diário Oficial. No entanto, tendo meu antecessor,

²⁸⁷ A autora transcreve a decisão citada e em seu artigo conclui que, a partir desta decisão, o princípio da segurança jurídica passa a ter nova significação, como crédito de confiança. Nesse sentido, extrai-se do artigo o seguinte excerto: “Essa decisão, conquanto ainda liminar, ao propor a re-significação do princípio da segurança jurídica, marca um giro hermenêutico no Direito brasileiro. Re-significação quer dizer, do ponto de vista da teoria da linguagem, a passagem de um significado conotado por certo signo lingüístico a um outro significado, ocasionando a mudança no seu valor semântico, sem alteração, contudo, no valor facial do signo. O giro hermenêutico provocado pela re-significação do princípio da segurança jurídica está a indicar que esse princípio vem ingressar no Direito positivo brasileiro com um **renovado âmbito de normatividade**. Esse renovado âmbito de normatividade – marcando o trânsito do acento tônico do princípio da segurança jurídica para o que, em outras plagas, tem sido denominado de **princípio da confiança legítima** - deriva da circunstância de, no Direito, serem as palavras **constituintes** – delas derivando eficácias e, portanto, a construção de realidades normativas. Mas as palavras são também **constituídas** por pré-compreensões, pela história que vem antes de sua apreensão intelectual”. MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 112.

²⁸⁸ STF. MS 22357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 27/05/2004.

²⁸⁹ Constituição Federal de 1988:

Art. 173, § 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Néri da Silveira, deferido em parte, aos 02.10.1995, a liminar (fls. 622), não se executou a decisão do TCU, objeto do presente mandado de segurança.

E após mencionar considerações doutrinárias sobre a matéria, o Ministro Gilmar Mendes trouxe a parte que mais interessa a esse trabalho:

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº. 9784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g. art. 2º). Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los. Vale lembrar que o próprio Tribunal de Contas da União aceitou a situação de fato existente à época, convalidando as contratações e recomendando a realização de concurso público para admissões futuras. Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo. Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui considero sobretudo: a boa-fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da INFRAERO; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, §1º, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa fé.

Assim meu voto é no sentido da concessão da segurança para afastar (1) a ressalva do Acórdão nº. 110/93, Processo TC nº. 016.629/92-2, publicado em 03.11.93, que determinou a regularização das admissões efetivadas sem concurso público, após a decisão do TCU de 16.05.90 (proferida no processo TC nº. 006.658/89-0), e, (2) em consequência, a alegada nulidade das referidas contratações dos impetrantes.

O terceiro caso apontado pelos autores é o Mandado de Segurança MS nº 24.268/MG²⁹⁰ impetrado por uma pensionista contra ato do Tribunal de Contas da União que cancelou, de forma unilateral e sumária, o pagamento de sua pensão especial, concedida 18 anos antes. Como tal julgado é o primeiro que traz expressa menção ao princípio, será tratado no tópico destinado à consagração do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Afora esses, existem outros julgados cuja fundamentação é pertinente ao princípio da proteção da confiança.²⁹¹

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.383, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, uma entidade de classe impetrou Mandado de Segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça contra ato do Ministro de Estado da Educação e do Desporto que homologou parecer emitido pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação. Esse parecer apontava para a edição de Resolução autorizando o prosseguimento de cursos da área da saúde por universidades credenciadas, desde que os cursos tivessem sido criados no interregno entre a vigência da Lei nº 9.394/06 e a

²⁹⁰ STF. MS 24.268/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004.

²⁹¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 102.

publicação do Decreto nº 2.207/97. Questionado o ato ministerial junto ao STJ, a 3ª Seção do Tribunal denegou, por unanimidade, a ordem. Em decorrência disso a entidade interpôs o Recurso Ordinário perante o STF. O Ministro Gilmar Mendes negou provimento, sob a alegação de que a decisão atacada estaria, de fato, homenageando o princípio da segurança jurídica. Concluiu que era pacífico o entendimento pela autorização da criação dos cursos antes da nova disciplina legal, motivo pelo qual não há porque negar validade à resolução que se limita a reconhecer a plena legitimidade de sua instituição no período. A decisão no julgamento datado de 17/06/03 invocou o princípio da segurança jurídica, no sentido de proteção à confiança gerada pela normatização então vigente.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 434.222, que teve como Relator o Ministro Carlos Velloso, um servidor público havia se aposentado com benefícios previstos em legislação estadual anterior à Constituição Federal de 1988. Tais benefícios traziam uma vantagem acrescida aos proventos que afrontava a Constituição então vigente. Daí resultou uma situação que, apesar de inconstitucional, com base na lei existente, possibilitou a prática de atos de efeitos concretos, cujos benefícios foram aproveitados por seus destinatários por longo período de tempo. Na decisão do Agravo Regimental interposto pela Administração Pública contra decisão que negara seguimento ao Recurso Extraordinário, em julgamento ocorrido em 14/06/2005, a 2ª Turma do STF entendeu que, embora a lei inconstitucional fosse natimorta, sem a possibilidade de ulterior convalidação pela superveniência de novas regras constitucionais, os atos concretos, bem como seus efeitos, deveriam ser preservados diante da boa-fé dos seus destinatários, que já haviam aproveitado os benefícios por longo período. A fundamentação trazia como motivação o alcance de um estado de segurança jurídica. Embora haja referência expressa à segurança jurídica e à boa fé, entende-se que a decisão em comento traz notória concreção ao princípio da proteção à confiança. Fundamenta o Ministro Carlos Velloso que “os efeitos do ato da administração [...] devem ser mantidos em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé”.²⁹²

Há outros casos na jurisprudência do STF que, embora não façam referência ao mesmo, indiretamente traduzem a aplicação do princípio da proteção da confiança.

Dentre esses pode-se citar julgamentos com a aplicação, direta ou *a fortiori*, da *teoria do funcionário de fato*, com a manutenção dos efeitos, perante terceiros, de atos praticados por agentes públicos que tiveram seus provimentos posteriormente invalidados.²⁹³ Essas decisões concretizam o princípio da proteção da confiança uma vez que propiciam a estabilização das situações jurídicas decorrentes de atos estatais.

²⁹² STF. RE 434.222 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 14/06/2005, DJ 01/07/2005.

²⁹³ Dentre outros aponta-se: STF. RMS 9.757, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 17/04/1963; STF. RE 78. 209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 04/06/1974; STF. RE 78.594, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 07/06/1974; STF. RE 79.628, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22/10/1974; STF. RE 78.533, Rel. para Acórdão Min. Décio Miranda, j. 13/11/1981.

Com fundamento no princípio da irredutibilidade de vencimentos, houve a manutenção de parcelas remuneratórias mesmo quando indevidas.²⁹⁴ Com isso se concretizou o princípio da proteção à confiança nos atos estatais.

Sob a justificativa de vinculação ao instrumento convocatório do concurso público, não se reconheceu a possibilidade da Administração fazer novas exigências, após as fases inicialmente previstas no edital.²⁹⁵ A relevância nesse caso é da ideia de manutenção do comportamento da Administração, vinculado ao instrumento convocatório. No presente estudo se mostra importante pela aplicação nos procedimentos licitatórios que visam à obtenção da proposta mais vantajosa para contratação com a Administração Pública. É possível encontrar outras decisões no sentido de promover o cumprimento das regras inicialmente estabelecidas nos editais e contratos.²⁹⁶

No âmbito das decisões judiciais, também há julgados modulando os efeitos das decisões, a fim de não causar impacto negativo e imediato naqueles que confiavam num entendimento até então estabelecido.²⁹⁷

Depreende-se, portanto, que existem diversos precedentes no Supremo Tribunal Federal que, embora não mencionem expressamente o princípio da proteção à confiança, nele buscam fundamentos. Porém tais decisões não foram sistematizadas e, dado o exposto surgimento do princípio da proteção à confiança em julgados mais recentes, acredita-se que as decisões ora relatadas passem a figurar como precedentes apenas nas causas que envolvam, de forma direta, a matéria tratada.

²⁹⁴ STF. RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 15/04/1984; STF. RE 122.202, Rel. Min. Francisco Resek, j. 10/08/1993; STF. RE 378.932, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30/09/2003.

²⁹⁵ STF. RE-AgR 118927/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/1995. Ementa: CONCURSO - EDITAL - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos ao concurso hão de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida.

²⁹⁶ Nesse sentido: STF. RMS 23640/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. 16/10/2001, DJ 05/12/2003; STF. ADI 2337 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 21/06/2002, DJ 21.06.2002.

²⁹⁷ Dentre as decisões, toma-se como exemplo julgamento bastante conhecido, referente ao número de vereadores por município. Reconhecida a situação excepcional em que a declaração de nulidade, com efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça ao sistema legislativo vigente, em caráter de exceção determinou-se efeitos para o futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. [...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. STF. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 06/06/2002, DJ 07/05/2004.

7.2.2 A consagração do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo pelos julgados do Supremo Tribunal Federal

Nas pesquisas realizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁹⁸ combinando os termos *proteção* e *confiança* retornaram positivamente os seguintes resultados: I) 41 acórdãos; II) 775 decisões monocráticas; III) 11 decisões da Presidência; IV) 1 questão de ordem e V) 43 menções em informativos.²⁹⁹

Para o presente estudo interessam as decisões colegiadas (acórdãos) que embasam e direcionam as futuras decisões monocráticas dos Ministros. Embora não se pretenda aprofundar a análise das decisões monocráticas, deve-se assinalar que as mais antigas existentes no sistema informatizado disponível pela *internet* que trazem como fundamento da decisão o princípio da proteção à confiança datam de 2004, e são da lavra do Ministro Gilmar Mendes.³⁰⁰

No que se refere aos julgamentos colegiados, das 41 ocorrências onde constam no texto do acórdão os dois termos (ainda que não componham uma única expressão), constatou-se que nove julgados não fazem sequer menção ao princípio e tampouco tratam de algum aspecto inerente ao mesmo. Dos 32 restantes, todos tem ligação com o Direito Público. Desses, 17 referem-se a matéria envolvendo Administração Pública, com fundamentação no princípio da proteção à confiança. Os outros 15 tratam de matérias variadas, envolvendo outros ramos do Direito, tais como: tributário, eleitoral, processo penal, inconstitucionalidade de lei que altera divisas municipais.

Merecem especial atenção os 17 julgados antes referidos, que tratam de matéria envolvendo o Direito Administrativo.

²⁹⁸ Pesquisas realizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na primeira semana do ano de 2013, no site <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

²⁹⁹ Importante relatar que nas pesquisas combinando os termos *princípio* e *confiança* retornaram positivamente os seguintes resultados: I) 108 acórdãos; II) 775 decisões monocráticas; III) 11 decisões da Presidência; IV) 1 questão de ordem e V) 43 menções em informativos. Tal esclarecimento é importante, posto que, por vezes, o princípio é tratado como *princípio da confiança*. Contudo, da análise das decisões não resultaram elementos diferentes dos ora retratados.

³⁰⁰ Todas trazem como embasamento a prévia decisão Plenária que acolheu o princípio da proteção à confiança como princípio constitucional. A mais antiga é a seguinte: STF. MS 24.833 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31/03/2004, DJ 19/04/2004. Na causa impugna-se decisão em que o Tribunal de Contas da União considerou ilegal a concessão de aposentadoria integral ao impetrante, professor aposentado pela Universidade Federal de Juiz de Fora, sob a fundamentação que: I) era impossível a utilização do tempo de serviço prestado ao Ministério do Exército para a concessão da aposentadoria especial; e II) era inadmissível o arredondamento do tempo de serviço, para fins de concessão de aposentadoria especial a professor. A decisão do TCU, considerando ilegal a concessão e remetendo o servidor ao regime de aposentadoria com proventos proporcionais, foi tomada nove anos depois do ato de aposentação. O Ministro embasou sua decisão na argumentação utilizada no Mandado de Segurança nº 24.268, invocando o princípio da proteção à confiança, portanto, matéria anteriormente analisada pelo Plenário da Corte. Deferiu a liminar para o fim de suspender a decisão em que o Tribunal de Contas da União determinou a redução proporcional da aposentadoria do impetrante, até o pronunciamento da Corte quanto ao mérito do mandado de segurança. Do mesmo ano é o MS 24850 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/04/2004, DJ 04/05/2004. Ainda do mesmo ano, da lavra do Ministro Eros Grau, com fundamento em decisão plenária, é a decisão no RE 348364 AgR-AgR-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 21/09/2004, DJ 06/10/2004.

No Mandado de Segurança nº 24.547/DF³⁰¹ que teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie, em julgamento datado de 14/08/2003, a matéria tratada foi a necessidade de notificação prévia ao proprietário, em procedimento visando desapropriação para reforma agrária. Embora o julgado não traga como razão de decidir o princípio da proteção à confiança, que sequer foi mencionado, consta do voto do Ministro Gilmar Mendes menção às garantias do particular ao exercer o contraditório e a ampla defesa, traduzidas no direito à manifestação, direito à informação sobre o objeto do processo e o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Tais razões, embasadas na doutrina alemã, coincidem com aquelas que fundamentam a proteção procedimental da confiança. Assim, embora não haja menção expressa ao princípio, pode-se considerar que, sob o argumento de assegurar o contraditório e a ampla defesa, previstos constitucionalmente, foi o primeiro julgado que buscou fundamento na proteção procedimental à confiança.

Os demais mencionam o princípio.

A consagração do princípio ocorre pela expressa menção, pela primeira vez, no Mandado de Segurança nº 24.268/MG³⁰² impetrado por uma pensionista contra ato do Tribunal de Contas da União que cancelou, de forma unilateral e sumária, o pagamento de sua pensão especial, concedida 18 anos antes. A pensionista tinha sido adotada por seu bisavô em 30/07/84, tendo o mesmo falecido em 07/08/84, em decorrência de câncer, aos 83 anos. A fundamentação para o cancelamento do pagamento da pensão foi a falta de prova de que o ato de adoção foi feito nos termos previstos em lei, e que a adoção, feita em curto espaço de tempo antes da morte do adotante, representou simulação com o fito de manter, em favor da pensionista, o benefício previdenciário. A impetrante alegou ofensa ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada. O julgado tem a seguinte ementa:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que

³⁰¹ MANDADO DE SEGURANÇA. REFORMA AGRÁRIA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. LEI Nº 8.629/93, ART. 2º, PARÁGRAFO 2º. REALIZAÇÃO DE VISTORIA EM DATAS DIVERSAS DAS FIXADAS NAS NOTIFICAÇÕES ENCAMINHADAS AO PROPRIETÁRIO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO QUE CONTAMINA O DECRETO PRESIDENCIAL. [...] 4. A jurisprudência do Tribunal considera indispensável que a notificação prevista no parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629/93 seja feita com antecedência, de modo a permitir a efetiva participação do proprietário, ou de preposto por ele designado, nos trabalhos de levantamento de dados que tem por objetivo a determinação da produtividade do imóvel. A notificação que inaugura o devido processo legal tem por objetivo dar ao proprietário a oportunidade real de acompanhar os trabalhos de levantamento de dados, fazendo-se assessorar por técnicos de sua confiança, para apresentar documentos, demonstrar a existência de criações e culturas e fornecer os esclarecimentos necessários à eventual caracterização da propriedade como produtiva e, portanto, isenta da desapropriação-sanção. Precedentes. [...] 7. Mandado de Segurança deferido. STF. MS 24.547, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. 14/08/2003, DJ 23/04/2004.

³⁰² STF. MS 24.268, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004, DJ 17/09/2004.

envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

O STF concedeu a segurança por entender ter sido violado o princípio do contraditório e da ampla defesa. O interessante para esse estudo é o contido no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes que embasa fortemente sua manifestação no princípio da proteção à confiança, tanto no aspecto procedimental, ao defender a prévia manifestação daquele que é impactado pela decisão, quanto pelo aspecto da proteção substancial da confiança, representada nos comentários pela impossibilidade de desfazer o ato de forma unilateral a qualquer tempo.

No aspecto da proteção procedimental à confiança, destaca-se:

Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234).

[...]

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também,

Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional - BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97).

Dessa perspectiva não se afastou a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e de "garantia dos direitos à comunicação" (inciso X).

[...]

Não me parece de acolher-se, na espécie, a distinção enunciada por Velloso sobre a aplicação do direito de defesa e do contraditório apenas aos procedimentos que envolvam questão de fato. Tenho para mim que o texto constitucional não autoriza semelhante redução teleológica (CF, art. 5º, LV).

Portanto, esse fundamento - o da não observância do contraditório e da ampla defesa - afigura-se-me suficiente para concessão da segurança.

Nos excertos trazidos denota-se a fundamentação da proteção procedimental da confiança.

Não bastasse a invocação do princípio sob esse prisma, foi adiante o Ministro Gilmar Mendes, ao abordar também a proteção substancial da confiança:

Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão - e agora já são 20 anos. Não estou seguro de que se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, (Lei nº 9.784, de 29.1.1999: "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. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato".) - embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei -, uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos.

Mas, afigura-se-me inegável que há um "quid" relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião.

[...]

Registre-se que o tema 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 como aspecto do princípio da segurança o da confiança:

"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).

[...]

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

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

[...]

É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da *causa petendi* limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento.

Entendo, porém, que se há de deferir a segurança postulada para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa na espécie (CF, art. 5º, LV).

Após longo embasamento, demonstrando a aplicabilidade do princípio da proteção à confiança, como elemento do princípio da segurança jurídica, o Ministro se restringiu a votar nos limites do pedido para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. Permite-se concluir, pela argumentação trazida no voto, que se houvesse pedido expresso pela manutenção do ato, esse seria acolhido.

Depois desse julgamento, verdadeiro *leading case*, foram várias decisões que buscaram fundamento expresso no princípio.

Dada a abrangência e importância das matérias tratadas, merecem destaque alguns julgados tratados a seguir.

Embora trate de matéria eleitoral, vale destacar que no RE nº 633.703, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Pleno reconheceu a repercussão geral na matéria que tratava da inaplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, para as eleições gerais de 2010. Embora da ementa do julgado não conste menção ao princípio da proteção à confiança, este fundamenta parte dos votos dos Ministros, no sentido de não ser possível inovar na regulamentação eleitoral.³⁰³

³⁰³ Seguem extratos da ementa: LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. [...]. I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. [...] II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. [...] III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições gerais de 2010. STF. RE 633703, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 23/03/2011, repercussão geral - mérito DJe 219 18/11/2011.

No RE nº 598.099, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes o Pleno reconheceu a repercussão geral da matéria tratada, no caso, o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. O julgado recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. [...] De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. Negado provimento ao Recurso Extraordinário. STF. RE 598099, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 10/08/2011, repercussão geral - mérito DJe 189 03/10/2011.

No MS nº 28.953, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, a 1ª Turma reconheceu a impossibilidade do Tribunal de Contas da União anular ascensões funcionais de servidores

públicos, após decorridos mais de cinco anos. Embora da ementa não conste menção ao princípio, esse fundamenta a decisão.³⁰⁴ Segue a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE ANULAÇÃO INICIADO MAIS DE 5 ANOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.784/1999. DECADÊNCIA DO DIREITO DE ANULAR OS ATOS DE ASCENSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Aqui se denota a aplicabilidade da proteção substancial da confiança pela manutenção dos atos, ainda que viciados, em decorrência da impossibilidade de anulação dos mesmos pelo Tribunal de Contas da União.

No MS nº 24.781, que teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie e Relator para o Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, assegurou-se ao impetrante, com supedâneo na proteção procedimental da confiança, o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria perante o Tribunal de Contas da União. Esse é o teor da ementa:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I - Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União - que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). II - A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança - face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes. III - Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. IV - Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V - Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia

³⁰⁴ Consta do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia: “Em casos análogos ao presente, nos quais o Tribunal de Contas da União determinou a anulação de atos de ascensão funcional após o prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, este Supremo Tribunal tem reconhecido a contrariedade aos princípios da segurança jurídica e da confiança. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:”. Em sua manifestação o Ministro Luiz Fux comenta: “Eu registro também que é da doutrina do Supremo Tribunal Federal o postulado da segurança jurídica e da proteção da confiança, que são expressões do Estado Democrático de Direito, revelando-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando sobre as relações jurídicas, inclusive, as de Direito Público. De sorte que é absolutamente insustentável o fato de que o Poder Público não se submete também a essa consolidação das situações eventualmente antijurídicas, pelo decurso do tempo”. STF. MS 28.953, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 28/02/2012, DJe 063 28/03/2012.

parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU. STF. MS 24781, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 02/03/2011, DJe 110, public. 09/06/2011.

Neste caso restou demonstrada a aplicabilidade da proteção procedimental da confiança pelo direito à prévia manifestação daqueles se seriam impactados pelas medidas adotadas pela Administração.

A análise dos julgados ficará restrita a esses casos que demonstram, sem margem de dúvidas, a consagração do princípio da proteção à confiança no Direito Público brasileiro, em especial no âmbito do Direito Administrativo, pela reiterada invocação nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

7.3 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça são mais frequentes as decisões que buscam embasamento no princípio da proteção à confiança, embora em boa parte das vezes não tragam menção expressa ao mesmo, mas tenham por finalidade precípua a proteção da confiança gerada nos particulares. São encontrados no âmbito do STJ julgados que abrangem a proteção da confiança nos aspectos procedimental, substantivo e compensatório.

As pesquisas realizadas no *site* de jurisprudência da Corte³⁰⁵ combinando os termos *proteção* e *confiança* retornaram positivamente os seguintes resultados: I) 44 acórdãos; II) 9304 decisões monocráticas; III) 6 menções em informativos de jurisprudência. Nas pesquisas combinando os termos *princípio* e *confiança* retornaram positivamente os seguintes resultados: I) 231 acórdãos; II) 13064 decisões monocráticas; III) 23 menções em informativos de jurisprudência. Tal pesquisa foi realizada também com esta combinação posto que, por vezes, o princípio é tratado como *princípio da confiança*.

Tal quantidade de julgados se justifica pela existência de regras infraconstitucionais que acolhem o princípio da proteção à confiança, o que resulta em diversas decisões que, em grau de recurso, se enquadram na competência dessa Corte. Da análise dos julgados verifica-se que muitos deles não se referem ao princípio da confiança, mas sim a outras combinações pelos termos encontrados na ementa.³⁰⁶

³⁰⁵ Pesquisas realizadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na primeira semana do ano de 2013, no site <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

³⁰⁶ São comuns os julgados envolvendo funções de confiança com a análise de outros princípios da administração pública. Também foram encontrados diversos julgados em matéria processual, consumerista, tributária, entre outros.

7.3.1 Precedentes do princípio da proteção à confiança no Superior Tribunal de Justiça

Assim como ocorreu no Supremo Tribunal Federal, também o Superior Tribunal de Justiça veio ao longo do tempo reconhecendo em diversos julgados a necessidade de proteção da confiança depositada pelas partes nas diferentes relações jurídicas. Como já comentado, dada a existência de diversas normas infraconstitucionais, e dada a competência desta Corte, com maior abrangência do que a do Supremo Tribunal Federal, são encontrados julgados tratando de variadas matérias e em diversos ramos do Direito. Serão apontados, neste tópico, aqueles que apresentam maior relevância pela proximidade com o objeto do presente estudo, alguns dos quais apontados por autores como *leading cases*.³⁰⁷ Importa esclarecer que, a exemplo do tratamento dispensado ao estudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entende-se como precedentes as decisões que, embora não tragam expressamente a referência ao princípio em sua fundamentação, por meio de outros institutos ou fundamentos, protegem a confiança nos atos estatais.³⁰⁸

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 407,³⁰⁹ após aprovados em concurso público para provimento no cargo de Auxiliar de Receita da Secretaria da Fazenda do Estado do Maranhão, os interessados foram investidos e entraram em exercício. Sob a alegação de que o concurso seria inválido, o Governador do Estado por meio de decreto desconstituiu os atos de investidura. Impetrado Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado, foi denegada a ordem. Interposto o Recurso Ordinário perante o STJ, a 1ª Turma concedeu a ordem com o fito de invalidar o ato do Governador, sob a justificativa de que a desconstituição dos atos de investidura dos impetrantes não poderia ter ocorrido de forma unilateral e sem a observância do contraditório e da ampla defesa.³¹⁰ Consta também o argumento que o princípio da legalidade deveria ser cotejado com outros princípios não menos importantes, tais como a segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé. O Relator, Ministro Gomes de Barros, embasou seu voto na argumentação contida no parecer do então Subprocurador-Geral da República, Gilmar Mendes. Entendeu que “a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto”. Verifica-se no precedente que aquela Corte considerou a possibilidade

³⁰⁷ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 106-114.

³⁰⁸ Este estudo histórico foi realizado anteriormente abordando alguns dos julgados ora tratados em: LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008 p. 106-113.

³⁰⁹ STJ. RMS 407/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, j. 07/08/1991, DJ 02/09/1991.

³¹⁰ Aqui reconhecida a proteção procedimental da confiança.

de ponderação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica com o fito de proteger a legítima expectativa daqueles que confiaram em ato estatal que dava origem a benefícios.

No Recurso Especial nº 6.518³¹¹ relata-se que uma candidata se inscreveu em concurso público que tinha como requisito, para a inscrição, a idade mínima de 18 anos. A interessada fez a inscrição sem ter completado a idade prevista. Feitas as provas, a mesma logrou aprovação. Homologado o concurso, a candidata se apresentou para a formalização da nomeação, ocasião em que já havia completado 19 anos de idade. A Administração Pública negou-lhe a investidura por não ter a idade quando da inscrição no concurso. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi favorável à candidata sob o argumento de que a idade, bem como outras condições, seria requisito para o ingresso no serviço público, não para a participação no certame. O voto condutor da decisão, ao não conhecer do Recurso Especial, fez referência ao princípio da segurança jurídica e à necessidade de serem ponderados a legalidade e o interesse público com o princípio da boa-fé e da segurança das relações jurídicas.

Sobre o dever do Estado observar, sob pena de configuração de conduta desleal, as expectativas por ele mesmo criadas e sobre as quais os administrados legitimamente depositaram sua confiança Rafael Maffini aponta alguns julgados.³¹²

Quanto aos limites à revogação de atos administrativos que geram efeitos benéficos aos seus destinatários, também há precedentes. No Mandado de Segurança nº 4.288,³¹³ o

³¹¹ STJ. REsp. 6518/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, j. 19/08/1991, DJ 16/09/1991.

³¹² Traz o referido autor, sobre a matéria, os seguintes precedentes. “O primeiro deles consiste no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1.694. Relata-se no caso que, durante aproximadamente 17 anos, o Estado do Rio Grande do Sul, através dos órgãos competentes, mantinha um programa, intitulado ‘residência multidisciplinar’, integrando vários profissionais (médicos, enfermeiros, terapeutas ocupacionais etc.). Segundo o programa, os profissionais, selecionados por concurso público, teriam regime de trabalho integral, com dedicação exclusiva, mediante contra-prestação pecuniária equivalente ao devido em programas de residência médica. Com a superveniente edição de legislação alterando os critérios de remuneração da residência médica, o Estado do Rio Grande do Sul deixou de cumprir o pactuado em relação aos profissionais que não fossem médicos, os quais, então pleitearam junto ao Tribunal de Justiça que fossem mantidos os critérios pactuados, pretensão essa que não foi tutelada. O STJ reformou a decisão sob o argumento de que também a Administração Pública, em relação aos contratos que celebra, deveria se sujeitar aos ditames de boa-fé e de lealdade, cumprindo as promessas feitas”.

O segundo é o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.183 no qual o Banco do Brasil, o Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda, o Ministério da Agricultura e a Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados “firmaram um ‘memorando de entendimento’, pelo qual o Banco do Brasil reconheceu ‘a conveniência de suspender os processos’ de execução ou de cobrança nos casos em que houvesse ‘ânimo do devedor de acertar as contas’, assumindo publicamente o compromisso de suspensão dos referidos processos pelo prazo de até noventa dias”. Um cliente do Banco do Brasil que cumpria as condições protocolou requerimento de acerto de contas buscando também a suspensão do processo executório, o que foi indeferido administrativamente. Impetrou Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça, sendo denegada a segurança. Com base na responsabilidade pré-contratual e no princípio geral da boa-fé, o Min. Ruy Rosado de Aguiar entendeu que “o que vale para a autonomia privada, vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital é predominante público, nas suas relações com os cidadãos”. Ponderou que o referido ato estatal criou “no devedor a justa expectativa de que, comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer acerto de contas, teria o prazo de suspensão de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Assim, reconheceu-se que a expectativa criada através de ato estatal deveria produzir o efeito de se garantir a observância do comportamento estatal, sobre o qual a confiança dos seus destinatários havia sido legitimamente depositada”. MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 109-111.

³¹³ STJ. MS 4288/DF, Rel. Min. William Patterson, 3ª Seção, j. 12/06/1996, DJ 24/06/1996.

STJ entendeu haver restrições à revogação de atos administrativos que geram efeitos benéficos aos seus destinatários, limitando a extinção de atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade. No caso em análise o Ministro de Estado da Administração Federal e da Reforma do Estado prorrogou a validade de concurso público para ingresso no Quadro do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e em outros órgãos da Administração Pública Federal. Posteriormente o mesmo Ministro revogou o ato de prorrogação do concurso público. Alguns candidatos aprovados no certame impetraram mandado de segurança insurgindo-se contra o ato de revogação. A decisão foi no sentido da invalidação do ato revogatório de prorrogação do concurso público, sob a justificativa de que a extinção de atos válidos, quando objeto de revogação, demanda mais cautela do que em relação a atos inválidos. Reconheceu-se a figura de atos irrevogáveis. Dentre os casos de atos irrevogáveis estariam os atos geradores de direitos subjetivos devidamente adquiridos. O STJ entendeu que a prorrogação do concurso público era ato discricionário, a ser ou não adotado pela Administração, sem que isso gerasse direito subjetivo³¹⁴ dos concursandos. Contudo, uma vez prorrogada a validade do certame, essa circunstância transformaria a expectativa dos candidatos aprovados num direito subjetivo, passível de ser tutelado jurisdicionalmente. Assim, criada tal expectativa, deve ser observado o prazo da prorrogação, motivo pelo qual a expectativa ensejaria limites à extinção do ato administrativo de prorrogação por questões de conveniência e oportunidade. Equiparou-se a situação àquela existente quando da nomeação de servidores públicos, uma vez que os aprovados em concurso público não teriam direito subjetivo de serem nomeados. Contudo, uma vez nomeados, surgiria a legítima expectativa, traduzida em direito subjetivo, de serem empossados, motivo pelo qual não poderia o ato de nomeação ser simplesmente revogado.

Nas relações contratuais entre particulares e Administração, aponta-se como precedente no Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial nº 141.879³¹⁵ que reconheceu a aplicabilidade do princípio da proteção à confiança, em especial no sentido da aplicação da teoria dos atos próprios em face da Administração Pública.

³¹⁴ Direito subjetivo é aquele do qual o indivíduo é titular, por ser inerente à sua pessoa. É a faculdade de agir, de exigir a prestação ou abstenção de atos ou o cumprimento da obrigação a que a contraparte esteja sujeita. Segundo Angela Cássia Costaldello “Os direitos subjetivos constituem atributos inseparáveis do sujeito, como uma manifestação de sua liberdade. Surgem como potestades jurídicas, desvinculadas de qualquer relação concreta, tendo por pressuposto o sujeito que tem direitos, assegurados pelo ordenamento jurídico, e que podem ser exercidos. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 111.

³¹⁵ 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 está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. Recurso não conhecido. STJ. REsp. 141879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 17/03/1998, DJ 22/06/1998.

No que se refere às chamadas públicas promovidas pela Administração mediante editais (concursos públicos e licitações, por exemplo), há diversas decisões do STJ que, ora invocando a vinculação ao instrumento convocatório, ora a impessoalidade, ora a finalidade e por vezes a moralidade, considerou inválida a imposição de regras, interpretações ou restrições aplicáveis a concursos públicos em momento posterior à publicação dos instrumentos de chamamento, bem como após a realização de suas fases.

Depreende-se das decisões a proteção à confiança. Isso porque alterações ou imposições trazidas após o início do processo seletivo tendem a frustrar as expectativas dos interessados na observância das regras editalícias.

Do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 5.437 extrai-se o cuidado na preservação da confiança, posto que, ao analisar a imposição de regras após o início do concurso, manifestou-se a Corte que “o candidato deve possuir uma perspectiva precisa do concurso a que vai se submeter, e ela influi decisivamente em seu comportamento durante as provas”.³¹⁶

Na fase que antecede as contratações com a Administração Pública, próxima, portanto, ao objeto deste estudo, também são comuns os pronunciamentos do STJ no sentido de manter as condições originalmente estabelecidas, com o fito de preservar a confiança e as expectativas dos administrados. São recorrentes as decisões no sentido de restabelecer as condições estabelecidas no edital de licitação, bem como no sentido de deconstituir alterações efetuadas durante o trâmite dos procedimentos.

Exemplifica tal entendimento o julgamento do Mandado de Segurança nº 5.755,³¹⁷ que teve como Relator o Ministro Demócrito Reinaldo. A decisão concedeu a segurança reconhecendo a inobservância do devido processo legal, pela alteração do edital no curso do procedimento licitatório, em desobediência aos ditames da Lei. Foi determinada a correção com fundamento no princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A decisão reconhece que o instrumento convocatório norteia a atividade do Administrador no procedimento licitatório, que constitui ato administrativo formal e se erige em freios e contrapesos aos poderes da autoridade julgadora. O devido processo legal se traduz (no procedimento da licitação) na obediência à ordenação e à sucessão das fases procedimentais consignadas na lei e no edital de convocação, sendo este inalterável através de mera comunicação interna aos licitantes (art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93). Assim conclui que, iniciado o certame, a alteração editalícia que traga reflexo nas propostas já apresentadas, exige a divulgação pela mesma forma que se deu ao texto original, determinando-se a publicação do Edital pelo mesmo prazo inicialmente estabelecido, não sendo suprida a exigência por meros avisos internos. Entendeu-se que a forma utilizada

³¹⁶ STJ. RMS 5437/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, j. 06/04/1999, DJ 10/05/1999.

³¹⁷ STJ. MS 5755/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, j. 09/09/1998, DJ 03/11/1998.

desatende a legislação de regência e gera aos participantes o direito subjetivo a ser protegido pelo Mandado de Segurança. Nesse sentido são encontradas outras deliberações.³¹⁸

Outro precedente importante é trazido no julgamento do Recurso Especial nº 147.666³¹⁹, Relator Ministro Ari Pargendler, que envolve a promessa da Administração, em edital de licitação, que previa a permissão de uso de determinado local para instalação de lanchonete. Do instrumento constava a permissão de uso de outros espaços para outras atividades de diferente natureza, o que gerou nos interessados a expectativa de utilização exclusiva para o ramo de alimentação. Contudo a Administração, diante da ausência de interessados em diversas salas, alterou a destinação originária e outorgou permissões para atividades similares no ramo de lanchonete e pastelaria. O permissionário buscou o Judiciário para fazer valer a promessa constante do edital de licitação, com a declaração de insubsistência dos posteriores atos de permissão, que além de se configurarem prejudiciais ao impetrante representavam uma violação à promessa da Administração e uma afronta à expectativa criada no impetrante. Tal recurso foi provido e a segurança concedida.

Os julgados apresentados demonstram de forma inequívoca o reconhecimento do STJ da proteção à confiança, ainda que com outra fundamentação.

7.3.2 Consagração do princípio da proteção à confiança no Superior Tribunal de Justiça

Se nos precedentes citados o Tribunal percorreu longo caminho, valendo-se de variados institutos até reconhecer de forma expressa o princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo, após o reconhecimento da normatividade e aplicabilidade do princípio nas relações envolvendo a Administração Pública passou a ser reiteradamente invocado e passou a embasar uma variada gama de situações de proteção do particular frente à Administração.

³¹⁸ STJ. MS 5601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, j. 06/11/1998, DJ 14/12/1998. Administrativo. Processual Civil. Procedimento licitatório. Instrumento convocatório. Vinculação da Administração e dos participantes. Pressupostos de sua mutabilidade. Inobservância. Mandado de Segurança. Concedido. Vinculada, que está, a Administração, ao Edital - que constitui lei entre as partes - não poderá dele desbordar-se para, em pleno curso do procedimento licitatório, instituir novas exigências aos licitantes e que não constaram originariamente da convocação. [...] É lícito, à Administração, introduzir alterações no Edital, devendo, em tal caso, renovar a publicação do aviso por prazo igual ao original, sob pena de frustrar a garantia da publicidade e o princípio formal da vinculação ao procedimento. [...]. Segurança concedida. Decisão indiscrepante; STJ. REsp. 354.977/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, j. 18/11/2003, DJ 09/12/2003.

³¹⁹ STJ. REsp. 147.666/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Hélio Mosimann, 2ª Turma, j. 03/09/1998, DJ 19/10/1998.

Aborda-se doravante alguns desses julgados, importantes pela expressa menção ao princípio em sua fundamentação e pelas matérias tratadas.

O primeiro julgado analisado é o Recurso Especial nº 658.130/SP, relatado pelo Ministro Luiz Fux em 05/09/2006,³²⁰ que trata de anulação de licitação pela Administração após a conclusão das obras pelo particular. No Acórdão, embora não conste expressamente o princípio como embasamento da decisão, nele é mencionada doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, com expressa menção ao mesmo. A decisão foi no sentido de não ser possível a anulação, seja porque não foi oportunizado o contraditório e ampla defesa, descumprindo o devido processo legal (proteção procedimental da confiança), seja porque se reconheceu a impossibilidade de anulação do ato depois de transcorridos mais de cinco anos da ocorrência que daria ensejo à anulação (proteção substancial da confiança).

No Recurso Especial nº 1.040.262/CE³²¹ da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a Corte decidiu que a violação do princípio da confiança, representado pela

³²⁰ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CINCO ANOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. [...] 4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despidendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J.J. Gomes Canotilho: "Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais". (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina: Coimbra, 4ª edição) 5. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 9.112/DF, 9.115/DF e 9.157/DF, na sessão realizada em 16/02/2005, decidiu que a aplicação da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deverá ser irretroativa. Logo, o termo *a quo* do quinquênio decadencial, estabelecido no art. 54 da mencionada lei, contar-se-á da data de sua vigência, e não da data em que foram praticados os atos que se pretende anular. 6. O art. 54, da Lei 9.784/99 dispõe sobre o prazo decadencial para a Administração Pública anular os seus atos, explicitando que: "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". 7. *In casu*, além da prescrição ocorrente, consoante se infere do acórdão hostilizado à fl. 238, o ato anulatório não obedeceu o devido processo legal e as obras foram concluídas pelo vencedor da licitação, ora recorrido, o que revela a inviabilidade de a Administração anular a própria licitação sob o argumento de ilegalidade, mormente pela exigência de instauração do devido processo legal, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 8. Deveras, a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto à eventual apuração de montante indenizatório. 9. [...]. STJ. REsp 658.130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 05/09/2006, DJ 28/09/2006.

³²¹ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. [...] SUPRESSÃO DE CONSIGNAÇÃO FACULTATIVA DE FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO. [...] AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO FORMAL. CONTRA-CHEQUE QUE, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO, NÃO SE MOSTRA EFICAZ PARA DAR CIÊNCIA AO SERVIDOR. CANCELAMENTO DE PLANOS DE SEGURO DE VIDA CONTRATADOS. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. [...] 3. Se o servidor público autoriza expressamente uma consignação facultativa em sua folha de pagamentos, tranqüiliza-se quanto aos pagamentos autorizados - os quais serão efetuados pelo órgão da Administração Pública à entidade consignatária, sendo que, as peculiaridades do caso em discussão demonstram que não se pode considerar o contra-cheque como documento capaz de notificar o servidor público aposentado para que o mesmo analise as rubricas ali inscritas e conclua pela supressão de consignação facultativa, sob pena de violação aos princípios da confiança e da boa-fé - segundo os quais pode se concluir que, *in casu*, ao autorizar o pagamento de consignação facultativa, o servidor consignado deduz que aqueles pagamentos irão perpetuar-se e serão adimplidos corretamente pela Administração. [...] 5. [...] a responsabilidade civil do Estado pela ação de

supressão de consignação facultativa na folha de pagamento de aposentado, por interesse da Administração, sem prévia comunicação, enseja à Administração o dever de indenizar os prejuízos experimentados diante da exclusão dos planos de seguro de vida contratados, o que gerou danos pela morte do servidor.

Sobre a possibilidade do Tribunal de Contas da União anular atos eivados de vícios, decidiu o STJ, no Recurso Especial nº 1.047.524/SC,³²² relatado pelo Ministro Jorge Mussi, pela limitação temporal, com a incidência do art. 54 da Lei nº 9.784/99. No julgado, ao assegurar a proteção substancial da confiança, assentou-se a necessidade de serem observados pela Administração e pelo órgão de controle os princípios constitucionais da eficiência e da proteção da confiança legítima, bem como a garantia de duração razoável do processo.

Decisão semelhante se deu no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 17.526/DF,³²³ relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em 09/05/2012, quando foi determinado que a autoridade se abstivesse de autorizar a abertura de processo de anulação da anistia, concedida há vários anos.

seus agentes é objetiva. Nesse sentido, a conduta de supressão da folha de pagamento dos descontos do seguro de vida do servidor falecido gerou o dano da exclusão dos Planos contratados, conforme declaração da própria seguradora - [...] - não sendo razoável imputar-se a culpa da exclusão à omissão do servidor público em efetuar os pagamentos diretamente à seguradora em face da suposta ciência da supressão dos descontos em folha através de discriminação de rubricas efetuadas no contra-cheque. [...] STJ. REsp 1.040.262/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 28/04/2009, DJe 15/05/2009.

³²² 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. [...] 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 dos 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. [...]. STJ. REsp 1.047.524/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 16/06/2009, DJe 03/08/2009.

³²³ ADMINISTRATIVO. [...] ATO DO MINISTRO DA JUSTIÇA DE ABERTURA DE PROCESSO INDIVIDUAL DE REVISÃO DA ANISTIA DO IMPETRANTE, APÓS MAIS DE 5 ANOS DA EMISSÃO DA PORTARIA ANISTIADORA. PROVÁVEL DECADÊNCIA. ART. 54 DA LEI 9.784/99. PRECEDENTE: MS 15.346/DF, REL. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 03.12.10. PREPONDERÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA, PILARES DE FERRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. TUTELA LIMINAR QUE APENAS DETERMINOU QUE A AUTORIDADE SE ABSTIVESSE DE PRATICAR QUALQUER ATO QUE IMPORTE NA SUSPENSÃO OU CANCELAMENTO DA ANISTIA DEFERIDA AO IMPETRANTE, ATÉ FINAL JULGAMENTO DO PRESENTE WRIT. [...] 3. A plausibilidade jurídica da pretensão deduzida é perceptível *primo ictu oculi*, considerando que a invalidação da anistia política concedida ao ex-integrante dos quadros da Aeronáutica Militar não se esquivava dos efeitos da decadência (art. 54 da Lei 9.784/99); é cediço que não pode o indivíduo ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela da Administração, sob pena de desestabilizar um dos pilares de ferro do Estado Democrático de Direito: o princípio da segurança das relações jurídicas. 4. Não é o caso de dizer-se que a autorização para abertura de processo de anulação da anistia não representa, por si só, abalo à segurança jurídica, uma vez que, concretamente, corporifica ato que potencializa lesão ao patrimônio jurídico subjetivo do anistiado, quando já transcorridos mais de 5 anos de sua potencialização. 5. O *periculum in mora* também está demonstrado, tendo em vista a iminência de anulação da Portaria anistiadora e da consequente suspensão dos pagamentos mensais da correlata reparação econômica, com evidente prejuízo à subsistência do impetrante e seus dependentes; isso sem mencionar o indubitável abalo à segurança, à tranquilidade, à própria paz de espírito daquele que, por mais de 5 anos, confiou na estabilidade da situação jurídica reconhecida pela Administração Pública; o fluir irreparável do tempo produz efeitos jurídicos inelimináveis da vida humana: as leis podem muito, porém a realidade pode muito mais. [...]. STJ. AgRg no MS 17.526/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, j. 09/05/2012, DJe 16/05/2012.

No Recurso em Mandado de Segurança nº 27.389/PB,³²⁴ da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, a Corte estabeleceu importante entendimento quanto à seriedade da proposta levada a público pela Administração mediante abertura de editais de chamamento. No caso, discutiu-se o direito de candidatos aprovados fora do número inicial de vagas previsto em concurso público, quando do surgimento de novas vagas. No caso entendeu-se que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada pelos cidadãos. Restou reconhecido que a expectativa foi convalidada em direito líquido e certo.

O último julgado a ser comentado neste tópico é o Mandado de Segurança nº 13.948/DF,³²⁵ relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior. No caso o Ministro da Justiça mediante Despacho Ministerial permitia aos policiais federais que se encontravam *sub judice* tivessem sua situação resolvida administrativamente, com o apostilamento, condicionado à

³²⁴ ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DA PARAÍBA. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. NECESSIDADE E INTERESSE DEMONSTRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA LEALDADE E DA BOA-FÉ. COROLÁRIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA. EXPECTATIVA CONVOLADA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Nos termos da compreensão do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, o direito à nomeação se limita exclusivamente às vagas previstas no edital, não atingindo, como se pretende no caso concreto, aquelas que surjam ao longo do prazo de validade do concurso. 2. O próprio Supremo Tribunal Federal, em certas oportunidades, já declarou, porém, que o direito à nomeação se estende também quando fica caracterizado que a Administração Pública, de forma intencional, deixa escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados. 3. A omissão do Tribunal de Justiça da Paraíba em nomear os candidatos aprovados e treinados, mesmo diante da pública e notória carência de magistrados e da existência de vagas, configura o direito líquido e certo à nomeação. 4. Considerando-se que a motivação se limitou exclusivamente à inexistência de vagas, tendo esta caído por terra frente ao acervo probatório dos autos - que demonstrou a atuação de magistrados acumulando mais de uma vara e/ou comarca e a edição de leis à época da vigência do certame criando novas varas, faltando somente a atuação do Estado em efetivar o seu funcionamento -, está configurado o direito líquido e certo dos impetrantes à nomeação. 5. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos (RE n. 598.099/MS, Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, sessão de 10/8/2011). [...]. STJ. RMS 27.389/PB, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 14/08/2012, DJe 26/10/2012.

³²⁵ MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL FEDERAL NA CONDIÇÃO DE *SUB JUDICE*. APOSTILAMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO JUDICIAL QUE AMPARA A NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS QUE JUSTIFICAM O DEFERIMENTO DA PRETENSÃO. 1[...] 4. O Ministro da Justiça - ao publicar o Despacho Ministerial n. 312, que permitia aos policiais que se encontravam *sub judice* tivessem sua situação resolvida administrativamente, com o apostilamento, condicionados à desistência das ações judiciais e à renúncia do direito objeto das demandas - gerou expectativa legítima no servidor quanto ao deferimento de seu pleito, mas que foi frustrada com a negativa ocorrida justamente em razão do atendimento a um dos requisitos exigidos. 5. A conduta da Administração ofende os princípios da confiança e da boa-fé objetiva, corolários do princípio da moralidade, porquanto exigir a desistência de todas as ações antes de analisar os pedidos de apostilamento e indeferir a pretensão ao fundamento de inexistência de provimento judicial que amparasse a nomeação, no presente caso, impôs um prejuízo irreversível ao servidor [...]. STJ. MS 13.948/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. 26/09/2012, DJe 07/11/2012.

desistência das ações judiciais e à renúncia do direito objeto das demandas. O impetrante desistiu das ações judiciais e renunciou ao direito objeto das demandas, na legítima expectativa quanto ao deferimento administrativo de seu pleito. Contudo o pedido foi indeferido em razão do atendimento a um dos requisitos exigidos qual seja - de inexistência de provimento judicial que amparasse a nomeação. A decisão reconheceu que a conduta da Administração ofendeu os princípios da confiança e da boa-fé objetiva, corolários do princípio da moralidade, por exigir a desistência das ações antes de analisar os pedidos de apostilamento e indeferir a pretensão ao fundamento de inexistência de provimento judicial que amparasse a nomeação. Este último caso retrata bem a tutela da confiança e o reconhecimento do comportamento da Administração, que não pode ser contraditório e deve manter de forma séria aquilo a que se propõe.

A análise do acolhimento desse princípio na jurisprudência ficará adstrita aos tribunais superiores. Contudo, são encontrados diversos julgados envolvendo as matérias já tratadas, nos mais variados tribunais, que resguardam a confiança depositada pelos administrados na Administração Pública. Vários desses julgados envolvem dispositivos legais, alguns dos quais se entende, acolhedores do princípio da proteção à confiança, como adiante se constatará.

7.4 ACOLHIMENTO NA LEGISLAÇÃO

No Brasil o princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo foi recepcionado inicialmente pela jurisprudência e pela doutrina para somente depois ser positivado. Isto ocorreu a exemplo dos passos seguidos na Alemanha e na Espanha.

Faz-se agora um apontamento das principais normas federais de relevância para o presente estudo e que trazem dispositivos considerados expressão do princípio da proteção à confiança.

A exemplo de trabalho anterior,³²⁶ tal análise considerará apenas diplomas legais inerentes ao Direito Administrativo, em especial aqueles com maior impacto para o presente estudo.

³²⁶ Não serão consideradas, por exemplo, as leis que regulamentam as relações entre particulares e que trazem diversas disposições que visam garantir a confiança das partes na relação, a exemplo da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), Lei nº 10.406/02 (Código Civil). Também não se abordará os demais ramos do Direito Público, com normas específicas que resguardam a confiança dos particulares, a exemplo da legislação tributária. LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 114-121.

Inicialmente serão trazidos dispositivos que representam a proteção da confiança em sua forma procedimental. São diversos os dispositivos legais que resguardam o direito de prévia manifestação do administrado, quando dos atos da Administração resultarem efeitos prejudiciais aos seus direitos. Cumpre estabelecer que, em regra, tal manifestação encontra-se vinculada à observância do devido processo legal, ou seja, não deve representar mera manifestação para cumprimento de formalidade.

Como exemplos pode-se citar, no controle dos serviços de telecomunicações, a previsão constante do art. 43 da Lei nº 9.472/97.³²⁷ O dispositivo resguarda a prévia manifestação em casos de invalidação de atos e contratos.

No processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/99), vale o estatuído no art. 3º, II e III.³²⁸ Nesse caso assegura-se, além da manifestação e apresentação de documentos antes da decisão, que esses sejam objeto de consideração pelo órgão competente, assegurando, portanto, que tal manifestação seja seriamente considerada pela Administração. Para viabilizar uma manifestação apropriada, resguarda-se, também, o direito do interessado ter ciência da tramitação dos processos administrativos, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.

No processo decisório das agências reguladoras dos transportes aquaviário e terrestre, o constante no art. 68, §1º da Lei nº 10.233/01.³²⁹ O dispositivo tem clara função de manutenção do comportamento estatal, ao prever audiências públicas quando da iniciativa de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte. Nos casos de invalidação de atos e contratos, resguarda-se a prévia manifestação dos interessados.

No âmbito das licitações e contratos administrativos, a proteção procedimental está prevista no art. 49, § 3º³³⁰ e no art. 78, parágrafo único,³³¹ da Lei nº 8.666/93. O primeiro se

³²⁷ Lei nº 9.472/97:

Art. 43. Na invalidação de atos e contratos, será garantida previamente a manifestação dos interessados.

³²⁸ Lei nº 9.784/99:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

³²⁹ Lei nº 10.233/01:

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

§ 1º Na invalidação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

³³⁰ Lei nº 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente

refere ao desfazimento do processo licitatório e aos procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, assegurando-se o contraditório e ampla defesa. A previsão do art. 78 segue a mesma linha, com aplicação nos casos de rescisão contratual.

Diversas outras leis resguardam a proteção procedimental. Contudo, a análise ficará restrita às normas legais com maior relevância para o objeto deste estudo.

Na proteção substancial da confiança, embora seja possível encontrar normas legais anteriores, como adiante se demonstrará, considera-se o marco da posituação deste princípio na legislação federal a inserção das disposições constantes da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.³³²

Essa Lei estabelece, em seu art. 54, o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos eivados de vícios, quando concederem efeitos favoráveis aos seus destinatários, para que a Administração possa anulá-los, salvo se comprovada má-fé.³³³

Em que pese a ementa da Lei trazer que a mesma regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, entende-se que tal norma tem sua aplicação irradiada para toda a Administração Pública, ainda que de forma não obrigatória, pois representa uma confirmação de postulados constitucionais, os quais têm caráter obrigatório, independentemente da esfera de administração dos diversos entes públicos.³³⁴ Aplica-se à

para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

[...]

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

³³¹ Lei nº 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

³³² Resultante do Projeto de Lei nº 2.464/96, de iniciativa do Poder Executivo, a Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal foi elaborada por uma Comissão de Juristas composta inicialmente por Almiro do Couto e Silva, Caio Tácito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Inocêncio Mártires Coelho, José Carlos Barbosa Moreira, Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Odete Medauar (nomeados pela Portaria nº 1.404, de 17.10.1995 – Ministério da Justiça). Posteriormente juntaram-se àqueles Adilson de Abreu Dallari, Cármen Lúcia Antunes Rocha, José Joaquim Calmon de Passos e Paulo Eduardo Garrido Modesto (nomeados pela Portaria Conjunta nº 47, de 31.10.1996 – Ministérios de Estado da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado).

³³³ Lei nº 9.784/99:

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.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

³³⁴ Nesse sentido, comenta Marçal Justen Filho: “A Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição. Isso produz uma situação muito peculiar. A Lei nº 9.784 disciplina o tema do processo administrativo no âmbito federal. Portanto, poderia dizer-se que o diploma não afetaria as demais órbitas federativas, titulares de competência privativa para dispor sobre o tema no seu próprio âmbito. Ocorre que a Lei nº 9.784 torna evidentes certos postulados de natureza constitucional, de observância obrigatória em toda e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei nº 9.784 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma

atividade administrativa, ainda que de caráter decisório e não tão somente para os atos administrativos internos objeto de um processo administrativo. A aplicação da Lei é ampliada ao se constatar que o dispositivo analisado revogou, em parte, o art. 114 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O artigo parcialmente revogado dispunha que “A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade”. Se a Lei nº 9.784/99 impôs limite temporal para a revisão em determinados casos - a bem da segurança jurídica e da proteção à confiança - por certo que sua aplicabilidade restou limitada.

O dispositivo analisado traduz-se em uma restrição à autotutela administrativa uma vez que traz óbices ao então quase absoluto dever-poder da Administração invalidar seus atos quando eivados de vícios. Por representar um obstáculo à invalidação de atos administrativos ainda que viciados, e portanto reconhecer a preservação dos mesmos, sob determinadas condicionantes, como tempo decorrido do ato, existência de boa-fé e existência de efeitos benéficos, conclui-se que efetivamente a norma visa resguardar a confiança depositada pelos destinatários na Administração.

A mesma Lei nº 9.784/99 resguarda, em outros dispositivos,³³⁵ a proteção à confiança. No art. 2º *caput*, foi inserido o princípio da segurança jurídica como norteador da atividade administrativa. Pela estreita vinculação do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção à confiança, por certo que o intuito é também preservar este, tido como feição objetiva daquele.

Comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o intuito é resguardar a confiança dos administrados no agir da Administração Pública, evitando a quebra da confiança por interpretações desencontradas no trato das atividades públicas.³³⁶

tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule ‘normas gerais’, mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da Federação) encontra na Lei nº 9.874 uma espécie de ‘confirmação’ do conteúdo da Constituição. As regras meramente procedimentais, porém retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 100.

³³⁵ Lei nº 9.784/99:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

³³⁶ A autora faz o esclarecimento com conhecimento de causa, posto que foi uma das autoras do anteprojeto. Relata: “Como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa idéia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre os critérios a serem observados, ‘*interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova*’

O mesmo artigo traz, em seu inciso IV, a imposição de que a atividade administrativa seja regida segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. A mesma boa-fé que, em determinados casos, representa um pressuposto de incidência da proteção à confiança.

Embora se considere que essa legislação foi a que mais claramente acolheu o princípio da proteção à confiança, pode-se dizer que há em diversos outros dispositivos legais, ainda que de forma implícita, a proteção à confiança depositada pelo administrado nas atividades estatais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) traz, em diversas passagens, dispositivos que visam resguardar essa confiança do administrado.

Já na Seção I do Capítulo I, ao tratar dos princípios, são inseridos os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, que por certo visam resguardar a confiança do administrado de que o certame não se desviará da forma previamente estabelecida e, tampouco, se utilizará de critérios que não sejam passíveis de conferência na escolha da melhor proposta para a Administração.³³⁷ Tais princípios recebem reforço em outros dispositivos.

Quanto à vinculação ao edital, traz o art. 40 os elementos obrigatórios que devem constar do instrumento convocatório, representando estes os limites de atuação do administrador público.³³⁸

interpretação. O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85.

³³⁷ Lei nº 8.666/93:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º. têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

³³⁸ Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

Destacam-se dentre as estipulações, a demonstração, desde logo, das condições para participação na licitação e o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos. Com isso afasta-se a subjetividade no certame, impondo um rito que gere confiança no administrado e que, em caso de descumprimento, seja restabelecido pelo Judiciário, a pedido do interessado. Também o fato da minuta do contrato a ser firmado constituir anexo do edital, dele fazendo parte integrante, visa resguardar a confiança do licitante, dando-lhe a certeza de que a contratação proposta pela Administração não guarda aspectos sigilosos ou obscuros.

Somam-se aos dispositivos já citados o art. 41, o art. 43, inc. V e o art. 48, inc. I que reiteram a obrigatoriedade da Administração em observar as normas e condições do edital, e que obrigam a proceder a um julgamento conforme critérios objetivos previstos no instrumento convocatório, inclusive desclassificando propostas que não atenderem o ato de chamamento.³³⁹

No que concerne ao contrato administrativo, novamente a Lei prevê, em seu art. 55, inc. XI, que será cláusula obrigatória em todo contrato a que estabeleça a vinculação ao edital ou à dispensa ou inexigibilidade da qual se originou.³⁴⁰

Tais previsões, que de forma reiterada dispõem sobre o dever de vinculação ao instrumento convocatório, prestam-se a concretizar o princípio da proteção à confiança na medida em que impõem à Administração Pública proibição de frustrar a expectativa daqueles que confiaram nas regras que ela própria estabeleceu para o certame. Por certo que a alteração de regras editalícias, ou a imposição de novas normas ou interpretações, sobretudo as de índole restritiva, afrontam o princípio em comento.

O art. 58 estabelece as prerrogativas da Administração, ou cláusulas exorbitantes, listando dentre outras, no inc. I, a possibilidade de alteração unilateral, mas consignando que devem ser respeitados os direitos do contratado, em direta proteção à confiança por este depositada na Administração Pública, gerador de expectativas legítimas. Também nos parágrafos desse artigo são trazidos outros limites à atuação da Administração, que não poderá alterar as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos, salvo com

³³⁹ Lei nº 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...]

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

[...]

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

³⁴⁰ Lei nº 8.666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

concordância do contratante. Em havendo tal concordância, prevê, desde logo, sejam revistas tais cláusulas econômico-financeiras para que se mantenha o equilíbrio contratual.³⁴¹ Destarte, mantém-se o equilíbrio contratual e, por consequência, embora havendo alteração das estipulações iniciais, resguarda-se a confiança do administrado de que o negócio realizado com a Administração não representaria prejuízo, mas sim uma garantia de retorno mínimo.

Importante apontar, ainda, que o art. 59 da mencionada lei traz a previsão de declaração de nulidade do contrato administrativo e seus efeitos. Embora a previsão seja de que tal declaração opera retroativamente e impede os efeitos que deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos, o parágrafo único prevê de forma expressa que a declaração de nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que esse houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados. Assim, por certo que, mais uma vez, recepciona-se o princípio da proteção à confiança uma vez que o administrado não será prejudicado por ter confiado na legitimidade dos atos da Administração, ainda que posteriormente declarados nulos.³⁴²

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, também traz alguns dispositivos que, ainda que de forma implícita, resguardam a proteção à confiança.

No Capítulo IV, art. 9º, ao tratar da política tarifária, prevê formas de preservação da tarifa, por regras de revisão trazidas na Lei, no edital e no contrato. Os §§ 2º e 4º trazem a possibilidade (faculdade) de previsão contratual de mecanismos de revisão tarifária, com o fito de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro, e a previsão (imposição) de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, concomitantemente à eventual alteração unilateral do mesmo.³⁴³ Ao proteger esse equilíbrio, por certo que o

³⁴¹ Lei nº 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

³⁴² Lei nº 8.666/93:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

³⁴³ Lei nº 8.987/95:

Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

dispositivo tem por finalidade, também, proteger a expectativa do particular que, ao contratar com a Administração o fez na confiança de que teria determinado retorno no cumprimento do objeto da contratação.

A mesma Lei, no Capítulo V, art. 14, ao tratar da licitação prevê que o certame observará os princípios do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.³⁴⁴ O art. 18, ao prever os elementos mínimos que devem constar no edital, os arrola em seus incisos I a XVI. O inc. XVI traz, de forma específica, previsão nos casos envolvendo contratos de permissão, ao determinar que sejam tornados públicos os termos do contrato de adesão a ser firmado.³⁴⁵ Pela semelhança das estipulações presentes na Lei de Licitações, entende-se cabíveis as argumentações trazidas quando da análise dos dispositivos daquela Lei.

Outro diploma que merece análise é a Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.³⁴⁶

Nas Disposições Preliminares, art. 4º,³⁴⁷ são trazidas as diretrizes a serem observadas, das quais se destacam o respeito aos interesses dos entes privados incumbidos da execução dos contratos e a transparência dos procedimentos e das decisões. Ambas estipulações visam proteger a confiança que o particular deposita na Administração de que essa respeitará seus interesses na contratação, mantendo-a válida, ainda quando houver alteração nas condições da contratação e quando houver alternância de governantes.

[...]

§ 4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

³⁴⁴ Lei nº 8.987/95:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

³⁴⁵ Lei nº 8.987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

[...]

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

³⁴⁶ Nos termos da Lei nº 11.079/04, parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

³⁴⁷ Lei nº 11.079/04:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

[...]

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

Nos artigos 10 e 12³⁴⁸ consta a previsão de que a contratação da parceria público-privada será precedida de licitação, remetendo-a às disposições da Lei nº 8.666/93, fazendo válidas as observações já trazidas quando da análise daquela lei.

Do que foi trazido sobre a legislação federal, depreende-se que as diversas leis, ainda que de forma implícita, têm resguardado o princípio da proteção à confiança, procurando tornar firmes as promessas da administração frente aos particulares, ou resguardando a esses o direito de prévia manifestação diante de atos que impactarão seus direitos.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz diversos dispositivos que prezam pela manutenção das promessas levadas pela Administração aos particulares por meio de chamamento público.

No que se refere às decisões judiciais, diversos dispositivos trazem notória preocupação com os julgados e suas implicações na segurança jurídica e na confiança depositada pelos particulares. Dois desses merecem destaque, ambos com previsões semelhantes.

A Lei nº 9.868/99,³⁴⁹ que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e a Lei nº 9.882/99,³⁵⁰ que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, preveem a possibilidade do Supremo Tribunal Federal modular suas decisões, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Assim como visto na legislação federal, diversas são as legislações estaduais e municipais que contemplam, em maior ou menor grau, tal princípio. Contudo não será feita análise de normas estaduais ou municipais por escapar ao objetivo do presente estudo que, nesse momento, se preme a demonstrar a existência de positivação do princípio sob comento.

³⁴⁸ Lei nº 11.079/04:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ 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.

8 RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE O ESTADO E OS PARTICULARES E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA

Para compreender o tipo de relação existente entre as partes interessadas numa negociação, faz-se relevante diferenciar o que vem a ser relação contratual e extracontratual. Dessa diferenciação será possível identificar a origem das obrigações que vinculam as partes e a eventual responsabilidade patrimonial aplicável, com base em seus próprios institutos. Conhecendo sobre a responsabilidade extracontratual e sua aplicação perante a Administração Pública será possível identificar, oportunamente, qual o tratamento a ser dispensado na proteção compensatória da confiança.

A relação extracontratual é aquela que se estabelece entre as partes em decorrência de disposições legais presentes no ordenamento jurídico. Independe da vontade das partes. É regida por dispositivos que vigoram *erga omnes*.

A relação contratual é aquela que se estabelece entre as partes, embasada na autonomia da vontade e no consentimento de ambas. Decorre de um ajuste, uma convenção entre as partes, tornando aquilo que foi acordado lei entre elas.

As obrigações em geral e os contratos em especial podem decorrer de atitudes simples, boa parte das vezes sem sequer haver aproximação dos contraentes ou negociações prévias. São exemplos: I) envio de resposta via *SMS*,³⁵¹ a fim de realizar uma compra ou contratar um serviço; II) fechamento de negócios via *internet*, inclusive com escolha do tipo de transporte, pagamento de produtos e serviços, além de frete; III) aceite a uma proposta recebida via telefônica; IV) aquisição de produtos ou serviços mediante pagamento em equipamentos eletrônicos;³⁵² V) comparecimento a uma loja ou mercado, com escolha da mercadoria e pagamento direto no caixa, pagando o preço da etiqueta, sem qualquer negociação prévia. Também no âmbito da Administração Pública (e suas concessionárias) isso é possível, ao utilizar sistema automatizado de pagamento de pedágio, compra ou recarga de passagens de transporte coletivo em equipamentos eletrônicos, entre outros. Ainda que embasando suas observações num modelo tradicional de negócios, Mário Júlio de Almeida Costa arrola outros exemplos do dia a dia: I) *A* entra numa livraria e adquire um livro; II) *B* instala-se num hotel ou toma uma refeição num

³⁵¹ Do inglês *short message service*, que significa *serviço de mensagem curta*. Tecnologia utilizada em telefonia celular para a transmissão de mensagens de texto curtas.

³⁵² Entende-se cabíveis os exemplos de aquisição de produtos tais como bebidas, alimentos, combustíveis, produtos eletrônicos, brinquedos, em máquinas. Como serviços exemplifica-se o pagamento de mensagens (poltronas de massagem), limpeza de calçados, utilização de *internet*, estacionamento de veículos, todos com pagamento direto em equipamentos eletrônicos.

restaurante; III) C dirige-se a um estabelecimento especializado e adquire uma peça de vestuário.³⁵³

Porém não são todas as contratações ou obrigações que decorrem dessa forma pessoal, simples e imediata. Vários outros contratos, de maior vulto e complexidade, demandam, antes de serem celebrados, outras providências. Como exemplos, pode-se citar entrevistas, estudos individuais ou em conjunto, experimentação, testes, pesquisas, consultas técnicas, viagens de esclarecimento pessoal, cálculos econômicos, entabulação de acordos provisórios e a unificação destes numa minuta, incitamentos recíprocos a propostas contratuais e, por último, a oferta e a aceitação definitivas. Segundo Enzo Roppo a formação de um contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de atos e comportamentos humanos.³⁵⁴

Por vezes este procedimento mostra-se tão complexo que as tratativas resultam na elaboração de documentos como a carta de intenção ou carta de princípios, pelos quais uma parte declara à outra ou a terceiros que estão em desenvolvimento negociações firmes visando a celebração de um contrato, sem que haja, contudo, a finalização de acordo. No entendimento de Daniela Cunha, “as cartas de intenção (*letters of intent*) corresponderiam à expressão da intenção de celebração de um contrato futuro, sem assunção de uma obrigação nesse sentido”.³⁵⁵

São exemplos de contratos cotidianos mais complexos apresentados por Mário Júlio de Almeida Costa: I) A deseja comprar uma moradia e, com essa intenção, faz investigações sobre as particularidades do imóvel indicado pelo vendedor, discute com ele algumas adaptações, assim como o preço e os termos do pagamento; II) B pretende constituir uma sociedade destinada à fabricação de certo produto, para o que, além da vontade dos futuros sócios, torna-se necessário realizar ensaios, análises, pesquisas, prospecção do mercado, etc.³⁵⁶

Normalmente a relação obrigacional passa inicialmente por uma fase de:

[...] aproximações prévias, contatos, negociações mais ou menos intensas, ajustes preliminares dos mais variados tipos, promessas diversas. A essas tratativas pode suceder-se a conclusão do negócio contratual que, se contiver obrigações projetadas no tempo, atravessará fase de amplo desenvolvimento antes de alcançar a sua finalidade, podendo-se, ainda, falar numa fase pós-contratual.³⁵⁷

³⁵³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 298.

³⁵⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 85.

³⁵⁵ CUNHA, Daniela. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82.

³⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 299.

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 240.

E esclarece que, prosseguindo sem quaisquer problemas ou interrupções, essa relação resultará numa contratação, gerando efeitos contratuais, e findará ao alcançar sua finalidade, sendo possível, ainda, identificar uma fase pós-contratual.

Releva fazer uma diferenciação dessas fases, a fim de identificar a abrangência do presente estudo e os respectivos deveres decorrentes da confiança.

8.1 FASE PRÉ-NEGOCIAL E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA

Durante as negociações cada partícipe deverá zelar pela retidão, honestidade e boa fé para que uma eventual desistência de contratar não represente prejuízos financeiros ou morais injustos para a outra parte. Quando pautados por esse comportamento, viabiliza-se a confiança mútua. Facilita o diálogo e transparece que as discussões prévias à celebração do contrato, nas quais cada um defenderá seus interesses, visando um acordo que faça convergir as vontades, não representem qualquer prejuízo.

Assim, denota-se que existe, desde o momento da manifestação da vontade de contratar (demonstrado pela existência de comportamentos concludentes), um compromisso entre aqueles que negociam, o qual pode ser interpretado como um vínculo.

E essa demonstração não necessita ser, obrigatoriamente, escrita. Há várias formas de demonstrar concordância expressa, ainda que não seja de modo escrito. Segundo Vicente Ráo: "Quando se exterioriza através dos meios sensíveis de uso comum na vida quotidiana, a declaração de vontade é dita expressa". E adiante complementa: "Desses meios, a palavra escrita ou falada é o mais comum, mas não o único, pois outros existem, criados pelos costumes e admitidos pelo direito [...]".³⁵⁸

Basta que a atitude dos partícipes demonstre a vontade de contratar a partir de comportamentos concludentes. Portanto, o ajuste não precisa ser expresso a partir de uma declaração de vontades, mas pode decorrer de outras atitudes que se caracterizam como manifestações tácitas da vontade subsumidas na experiência.

Até o silêncio, diante das circunstâncias de fato, pode caracterizar comportamento que revele a intenção de permanecer nas tratativas ou até mesmo de celebrar um contrato. Nesse sentido Enzo Roppo comenta: "Um comportamento deste tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se comportamento concludente".³⁵⁹

³⁵⁸ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 137-138.

³⁵⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 94.

O momento do término da fase pré-negocial é aquele no qual ocorre a assinatura de um contrato, que torna obrigatórios os encargos assumidos pelas partes, em decorrência da convergência de vontades entabulada nesta fase.

Contudo, resta ainda discutir se a emissão de uma proposta encerraria esta fase.³⁶⁰ Defende-se, adotando entendimento de Daniela Cunha, que não basta a elaboração da proposta. A fase pré-negocial finda com o efetivo aceite da proposta, sem que haja qualquer solicitação ou negociação para alteração de seus termos. É nesse momento que se pode considerar celebrado em definitivo o contrato. Esclarece a citada autora:

É evidente que não se confundem as negociações preliminares com o período em que surge o contrato, isto é, com o aceite da proposta efectivada. Mas acontece que durante as negociações, pode ocorrer a emissão de uma proposta com a consequente formulação de uma contraproposta daquele com quem se negocia. Estaremos ainda no período de formação do contrato, logo sujeito à responsabilidade pré-contratual.³⁶¹

É usual encontrar dentre os autores portugueses, a exemplo de Carlos Alberto da Mota Pinto, aqueles que distinguem, no âmbito de formação dos contratos, duas fases: uma negociatória e outra decisória, abrangendo a primeira fase as tratativas em geral e a segunda fase a proposta e a aceitação.³⁶²

Existindo visível interesse nas negociações que poderão resultar num contrato, os partícipes assumem alguns deveres frente à outra parte. Toma-se por base o Direito português, em especial o entendimento de António de Menezes Cordeiro, que defende estarem os negociadores, na fase pré-contratual, adstritos aos deveres decorrentes do princípio da boa fé, referentes à proteção, informação e lealdade, cujas principais características são a seguir explicitadas.

Os *deveres de proteção* determinam que, nas negociações preliminares, não se imponham danos à contraparte, sejam eles danos diretos (à sua pessoa e bens), sejam danos indiretos (despesas e outros sacrifícios normais do desenvolvimento do processo negocial).³⁶³

Os *deveres de informação* representam aqueles que vinculam as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por ação, com indicações inexatas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio em face de elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer. O dolo negocial implica na violação dos deveres de informação, mas não a esgota, podendo haver violação

³⁶⁰ Daniela Cunha comenta ser comum encontrar na jurisprudência espanhola a imputação do término do período pré-contratual simplesmente com a emissão da proposta. CUNHA, Daniela. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 86.

³⁶¹ CUNHA, Daniela. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 86.

³⁶² PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 443.

³⁶³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 583.

que, não justificando a anulação do contrato por dolo, constitua violação culposa do cuidado exigível e, por isso, resulte na obrigação de indenizar por *culpa in contrahendo*.³⁶⁴ Sobre o alcance do dever de informar, entende-se que este finda no ponto em que uma parte não tem de se preocupar com os interesses da outra, portanto com respeito a circunstâncias que caiam inequivocamente na sua esfera de risco. Assim, exclui-se do dever de informação os elementos ou circunstâncias que qualquer pessoa que atue com a diligência de um homem médio tenha acesso. Contudo, subsiste sempre que a informação de que a parte dispõe se refira a um dado fundamental para a formação da vontade negocial da contraparte e a que esta, agindo por iniciativa própria, não tenha acesso.

Os *deveres de lealdade* vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correta e honesta. Obrigam as partes a se absterem de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações por elas ajustadas. Tais obrigações abrangem o dever de sigilo, representado pelo impedimento de levar a conhecimento de outrem matéria que tenham sabido em decorrência da negociação, quando se contrarie as expectativas da outra parte; dever de cuidado, referente à preservação, na atuação preliminar, do intuito de formação válida de um contrato, afastando-se atos dolosos ou negligentes; e deveres de atuação consequente, evitando-se a interrupção de uma negociação em curso de forma injustificada e arbitrária. Importa ressaltar a possibilidade de interrupção da negociação, desde que a contraparte, de forma expressa ou por comportamento concludente, seja informada da natureza precária das tratativas.

8.1.1 Procedimentos licitatórios, dispensas e inexigibilidades de licitação como elementos caracterizadores de relação pré-negocial

A Administração Pública, por imposição constitucional,³⁶⁵ deve observar em suas contratações o prévio procedimento licitatório, ou outro procedimento que o substitua,³⁶⁶ nos casos elencados na legislação.

³⁶⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 583.

³⁶⁵ Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da

Afora a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) há uma série de outras normas legais que regulamentam as contratações celebradas pela Administração Pública. Dentre essas pode-se citar: I) Lei nº 8.987/95 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências); II) Lei nº 9.074/95 (Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências); III) Lei nº 10.520/02 (Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências); IV) Decreto nº 5.450/05 (Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências); V) Lei nº 10.848/04 (Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as diversas leis sobre a matéria e dá outras providências); VI) Lei nº 11.079/04 (Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública). Cumpre apontar que as demais entidades públicas poderão baixar suas próprias normas sobre licitações e contratos administrativos, sejam elas da Administração direta³⁶⁷ ou indireta.³⁶⁸

Essas normas apresentam uma característica comum que é disciplinar a contratação a ser celebrada e também dispor sobre requisitos a serem observados nos certames licitatórios ou procedimentos que os substituam, tanto pela Administração quanto pelos interessados em contratar com ela.

A Lei nº 8.666/93, por ser a de maior abrangência na matéria, é a que traz a regulamentação mais detalhada sobre as licitações e os contratos administrativos. Traz os princípios a serem observados e as normas gerais aplicáveis às licitações promovidas pela Administração Pública em todos os âmbitos de competência.

Prevê, como adiante se demonstrará, que o ingresso dos licitantes no certame licitatório representa a confirmação de que pretendem manter com a Administração negociações sérias, sob pena de, não o fazendo, sofrer punições.

Os instrumentos convocatórios são atos jurídicos que trazem a notícia da contratação e seus respectivos limites (formais e materiais). Se não forem alterados

proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

³⁶⁶ Dispensa ou inexigibilidade de licitação, ambos com a necessária observância de procedimentos próprios, previstos em Lei.

³⁶⁷ A título de exemplo, pode-se apontar a Lei nº 9.433/05 do Estado da Bahia, Lei nº 15.608/07 do Estado do Paraná e a Lei nº 13.121/08 do Estado de São Paulo.

³⁶⁸ Lei nº 8.666/93:

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

conforme os trâmites previamente estabelecidos em lei e nas suas próprias normas, presumem-se perfeitos e resultam na celebração do contrato com o proponente que apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Os particulares despendem tempo, esforços e recursos objetivando a contratação. Investem e executam variados estudos e tarefas tendo por base atos públicos que gozam de presunção de legitimidade. Assim, o princípio da proteção à confiança deve apurar a compreensão desses atos jurídico-administrativos, de modo a preservar os seus efeitos e a consolidar no tempo o relacionamento público-privado.³⁶⁹

O aspecto a ser enfrentado é o seguinte: a chamada pública realizada pela Administração para que os eventuais interessados participem das licitações, ou o contato com os fornecedores de produtos e serviços, em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, podem caracterizar compromisso da Administração em manter negociações sérias com os particulares?

Na análise desta questão serão trazidos subsídios do Direito Privado. Não é demais recordar que a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 54, reconhece a possibilidade dos contratos administrativos serem regidos supletivamente pela teoria geral dos contratos e disposições de Direito Privado.³⁷⁰

Os institutos que merecem análise são a policitação (ou proposta) e a oblação (ou aceite), inerentes à formação dos contratos. Embora sejam institutos do Direito Privado, serão utilizados para a compreensão de alguns entendimentos trazidos neste estudo.

8.1.1.1 Policitação

Considera-se policitação ou proposta a manifestação procedente do policitante ou proponente, na qual este demonstra sua intenção de se vincular com a outra parte. O policitante provoca a formação do contrato com sua declaração unilateral de vontade que o vincula aos termos expostos, salvo disposição em contrário.

³⁶⁹ Ressalta Egon Bockmann Moreira que: "[...] os particulares não podem ver frustradas as suas expectativas e investimentos pela 'mudança de humores' da Administração, pela eleição do próximo governo ou devido a uma compreensão instável dos vínculos contratuais". MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. (Coord.) **O abuso de poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 73.

³⁷⁰ Lei nº 8.666/93:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Segundo Orlando Gomes “é a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público”.³⁷¹

A proposta há de ser dirigida a uma pessoa determinada ou determinável. Nos casos das propostas *ad incertam personam*, dirigidas ao público ou a determinada parcela de pessoas, a parte destinatária da oferta se torna determinada quando ocorre a aceitação. Assim, ainda que possa ser direcionada a pessoas incertas, ela será determinável. O entendimento, nesses casos, é de que a proposta não é dirigida à massa anônima, mas a cada um do público.

A proposta precisa ser séria, firme e concreta. Proposta séria não se sustenta só com o intuito, mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida; proposta firme é feita sem reservas, como por exemplo, cláusula condicional ou resolutiva; proposta concreta é a que tem conteúdo determinado nela mesma, sem estabelecer remissões a ofertas de terceiros.

Para o presente estudo importa a seriedade da proposta. Não pode ser uma farsa ou uma brincadeira,³⁷² deve representar a efetiva vontade de contratar, como retrata Sílvio de Salvo Venosa: “[...] a proposta séria é aquela que demonstra efetiva vontade de contratar, não um simples espírito jocoso ou social, por exemplo”.³⁷³

Portanto, para propiciar uma vinculação (e conseqüentemente um contrato), a proposta deve ser séria, não se admitindo, em especial num procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade, que visam cumprir uma imposição constitucional, sejam formuladas propostas destituídas da intenção de se obrigar.

A proposta deve conter informações corretas e precisas sobre todos os aspectos relevantes do negócio, demonstrando de modo inequívoco a vontade do proponente.

Por certo que, ao formular a proposta, o proponente cria no destinatário, em decorrência de sua atitude, uma expectativa de celebração do contrato. Este, confiando no proponente e entendendo como certo o negócio, pode assumir despesas, realizar ou deixar de realizar outros negócios. Por isso mesmo, entende-se que, em caso de revogação da proposta é possível à parte prejudicada pleitear a reparação dos prejuízos daí decorrentes.

³⁷¹ GOMES, Orlando. **Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 65.

³⁷² Comenta Maria Helena Diniz que: “[...] antes de tudo deve ser séria, pois a ordem jurídica não permitiria uma burla, nem seria compatível com a seriedade do direito que a proposta iniciadora de um contrato tivesse feição diversa, hipótese em que seria uma farsa ou uma brincadeira”. DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

³⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 545.

8.1.1.2 Oblação

A oblação ou aceitação é concordância a uma proposta. É a manifestação de vontade, consentindo nos termos apresentados na proposta e demonstrando a concordância do oblato ou aceitante em celebrar a contratação nos termos propostos. A oblação, se feita dentro de determinado prazo, completa o vínculo contratual, obrigando o proponente a cumprir sua oferta.

A aceitação pode ser expressa ou tácita, salvo nos contratos solenes, onde deve ser observada a formalidade exigida.

A aceitação tácita é aquela representada por comportamentos concludentes. Não é demais recordar que não existe a necessidade de manifestação formal. Maria Helena Diniz explica que:

Não é mister que o agente faça uma declaração formal, por meio da palavra escrita ou falada, pois é suficiente que se possa traduzir o seu querer por uma atitude inequívoca, evidente e certa, de modo expresso, quando os contraentes se utilizam de qualquer veículo para exteriorizar sua vontade seja verbalmente, usando palavra falada, seja por mímica, exprimindo-se por um gesto tradutor de seu querer, como p. ex., em leilão, quando o licitante, com um sinal, revela seu intuito de oferecer ao leiloeiro maior lance [...].³⁷⁴

Também o Código Civil Brasileiro traz expressamente, em seu art. 432,³⁷⁵ situações caracterizadoras da aceitação tácita, quando “o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado”.

Paulo Sá Elias traz exemplos referentes à matéria, formulados por Sílvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro:

É possível notar, portanto, em torno da conjunção alternativa, duas hipóteses para a aceitação tácita. O exemplo da primeira (casos em que não se costuma existir a aceitação expressa), nos é fornecido pelo E. Prof. Sílvio Rodrigues, citando precedente do E. TJSP (RT 232/227) - “Se o vendedor tinha por praxe não confirmar os pedidos que recebia, e se deu execução parcial à encomenda que lhe fora feita e não chegou a manifestar a sua recusa em fornecer aquele faltante,[...], a conclusão que se impõe é a de que se estabeleceu o vínculo contratual entre as partes, aperfeiçoando-se, assim, o contrato de compra e venda”. O exemplo da segunda hipótese (onde o proponente/ofertante dispensa a aceitação expressa) nos é fornecido pelo saudoso e eminente professor de direito civil, Washington de Barros Monteiro: “certo viajante telegrafa a um hotel reservando acomodações, dizendo que chegará em tal dia, se não receber aviso em contrário, se o hoteleiro não expedir a tempo a negativa, o contrato estará concluído”. Salvo essas hipóteses, o proponente não poderá impor a falta de resposta como aceitação de sua proposta.³⁷⁶

³⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39-40.

³⁷⁵ Lei nº 10.406/02:

Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

³⁷⁶ ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1796>>. Acesso em: 11 dez. 2012, p. 1.

A oblação ou aceitação deve ser tempestiva e oportuna, ou seja, deve ser demonstrada a aceitação no prazo concedido pelo policitante. No caso de não haver prazo estipulado, a oferta persistirá até eventual retratação do policitante. Esta retratação somente será válida se for anterior à eventual aceitação

Cumpre esclarecer, ainda, que do mesmo modo que ocorre com a proposta, a aceitação somente tem eficácia quando for de conhecimento daquele ou daqueles a quem se destina.

Para surtir efeitos jurídicos é necessário que a aceitação represente uma adesão integral à proposta, tal como foi formulada. Se houver aceitação parcial, condicional ou com alteração do que foi originalmente proposto, tal manifestação se caracterizará não como oblação, mas sim como uma nova proposta, com a inversão dos papéis de proponente e oblato. Mesma caracterização (nova proposta) terá a aceitação intempestiva.

Apona-se, ainda, que a aceitação poderá se dar entre presentes e ausentes, o que, dada a finalidade do presente estudo, não será aqui tratado.

Feitas essas considerações acerca da policitação e da oblação, cabe fazer uma analogia do estudo às licitações, dispensas e inexigibilidades.

8.1.1.3 Vinculabilidade dos chamamentos públicos

Por certo que não se defende que a chamada pública para participar de uma licitação ou processo que a substitua se configure numa proposta, hábil a ser aceita e fechar um vínculo contratual, no sentido de obrigar a Administração a contratar. Isso porque faltaria o elemento de certeza quanto à contratação, uma vez que ao chamamento podem responder diversos interessados, dentre os quais será escolhido para eventual contratação aquele que apresentar a maior vantagem para a Administração.

De outro lado, ao responder o particular o chamamento público, não terá a certeza da celebração do contrato, posto que sua proposta deverá superar às dos demais interessados. Portanto não existe certeza de contratação.

Contudo, se não há essa certeza de contratação, por certo que é possível extrair uma vontade efetiva da Administração em manter com os eventuais interessados uma relação séria de tratativas preliminares.

Entende-se que ao levar a público uma chamada que visa o cumprimento de obrigações constitucionais e legais, está a Administração, de modo firme, sério e concreto demonstrando de forma inequívoca seu interesse em manter essas tratativas preliminares. Tais tratativas não poderão ser jocosas ou meras brincadeiras, mesmo porque a

Administração tem por necessidade a observância de diversas normas, dentre as quais os princípios inerentes à Administração Pública, como os expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a saber, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso sujeita-se à observância dos demais princípios explícitos em outros tópicos e os princípios implícitos, dentre os quais o da proteção à confiança. Analogicamente, equivaleria a uma *proposta* da Administração em manter tratativas preliminares sérias com os interessados, geradoras das obrigações inerentes à fase pré-negocial.

Tal como ocorre na proposta, ao fazer o chamamento público, a Administração leva a conhecimento dos particulares os pormenores da futura contratação. Apresenta especificações claras quanto ao objeto, preço, prazo, a forma de escolha da proposta mais vantajosa, as condições contratuais (posto que a minuta contratual integra o instrumento convocatório), e todos os demais elementos relevantes para a contratação. Por certo que um chamamento com todas essas características, aliado à presunção de legitimidade e veracidade, e à obrigação de agir de acordo com as normas legais e morais, causa nos particulares legítimas expectativas de que a Administração efetivamente pretende levar a cabo as negociações preliminares visando uma contratação. Demonstra, assim, a vontade de contratar a partir de comportamentos concludentes.³⁷⁷

³⁷⁷ Embora com as necessárias ressalvas por se tratar de matéria de concurso público, entende-se que o julgado a seguir, no qual foi reconhecida repercussão geral pelo STF, retrata a seriedade e firmeza da Administração em honrar compromisso levado a público mediante um edital de chamamento dos particulares. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. [...] a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso

Fazendo uma analogia aos chamamentos de concursos públicos, mas chegando a conclusão semelhante, manifesta-se Fabrício Motta:

A publicação do edital torna explícitas quais são as regras que nortearão o relacionamento entre a Administração e aqueles que concorrerão aos seus cargos e empregos públicos. Daí a necessária observância bilateral, a exemplo do que ocorre com as licitações: o poder público exhibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas, estando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações.³⁷⁸

Em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, resta ainda mais patente esta demonstração, uma vez que, não raro, o chamamento não é a pessoas indeterminadas ou ao público em geral, mas é dirigida a um único fornecedor³⁷⁹ ou a limitados fornecedores,³⁸⁰

público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. [...]. STF. RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 10/08/2011, repercussão geral – mérito, DJe 189 03/10/2011.

³⁷⁸ MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In. MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.146.

³⁷⁹ Como exemplos de chamamento usualmente direcionadas a fornecedor único, pode-se citar os casos de dispensa de licitação previstos nos seguintes incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93:

[...]

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

[...]

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

[...]

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

[...]

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

Também nos casos de inexigibilidade de licitação, conforme previsão dos incisos I a III do art. 25 da Lei nº 8.666/93:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

³⁸⁰ Exemplos de chamamentos direcionadas a limitados fornecedores, os casos de dispensa de licitação previstos nos seguintes incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93:

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

[...]

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

[...]

o que, por certo, gera legítimas expectativas de prosseguir nas tratativas preliminares, visando futura contratação, desde que o fornecedor apresente preços compatíveis com o mercado e esteja em condições de contratar com a Administração.

Se por um lado o chamamento público se assemelha à proposta, por outro, a efetiva participação dos interessados como licitantes ou como potenciais fornecedores (em casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação) pode ser analogicamente comparado ao aceite ou oblação.

Assim a participação do licitante no certame configura manifestação expressa, mediante atitude inequívoca ou comportamento concludente, de que pretende manter sérias negociações com a Administração. Isto geraria - e gera - para a Administração o direito de exigir comportamento adequado aos deveres de conduta inerentes à fase pré-negocial.

A Lei de Licitações traz expresso em seu texto que nas licitações, após a habilitação, o licitante não poderá retirar sua proposta.³⁸¹ Na hipótese de retirada, sujeita-se o licitante às penalidades usualmente estabelecidas nos instrumentos convocatórios e às previsões do art. 81 e seguintes. Portanto, há reconhecimento legal de que a interrupção das tratativas mantidas com a Administração lhe trazem atrapalhos, o que motiva a aplicação de penalidades, usualmente representadas por multas, além das demais hipóteses previstas na Lei.

A função disso é evitar que o interessado apresente proposta e, diante do desenvolvimento do certame, analisadas as circunstâncias e a vantagem para o proponente, este opte por manter ou não sua proposta.³⁸² Visa, em última análise, a manutenção da seriedade e da confiança da vinculação preliminar.

Portanto, a atitude dos particulares em participar de um certame licitatório equivale a um *aceite* de manter tratativas sérias com a Administração, que inclusive poderão redundar em penalidades. Por sua vez, ao aceitarem participar dos certames nos moldes propostos pela Administração, geram a ela o dever de manter firmes e sérias suas tratativas preliminares, principalmente se considerado que impõe-se ao particular agir de acordo com o esperado para a fase pré-negocial, sob pena de aplicação de penalidades.

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

³⁸¹ Lei nº 8.666/93:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceite pela Comissão.

³⁸² Nesse sentido observa Marçal Justen Filho “[...] a regra visa a evitar que o sujeito apresente propostas cuja seriedade ficasse dependente da verificação do destino da licitação, o que propiciaria vícios e desvio”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 435.

No caso das dispensas e inexigibilidades de licitação, onde o contato é direcionado, ao apresentarem as propostas e manterem negociações preliminares, por certo que resta caracterizada a fase preliminar das negociações, que poderão - e deverão - resultar em futuras contratações, desde que presentes os requisitos legais de preço adequado ao mercado e possibilidade do particular contratar com a Administração.

Assim, seja pela participação em processos licitatórios, seja pelas manifestações em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, entende-se que os particulares aceitaram a fase de negociações preliminares, gerando, a partir daí, obrigações para a Administração se conduzir de acordo com os deveres inerentes à fase pré-negocial, gerando vinculabilidade³⁸³ da Administração em prosseguir de forma séria as tratativas.

8.2 FASE CONTRATUAL E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA

O contrato, como todo negócio jurídico, tem um determinado ciclo de existência. Origina-se do consenso dos partícipes, surte seus efeitos e extingue-se, usualmente pelo cumprimento da obrigação ajustada, podendo ainda se extinguir por diversas outras formas.

Como já apontado em estudo anterior,³⁸⁴ a fase contratual propriamente dita se estende desde a formação do contrato até a sua extinção.

Quanto à formação, o contrato forma-se pelo acordo de vontades. Têm-se como exceção os denominados contratos reais, que somente se completam com a entrega da coisa e os contratos solenes, nos quais a forma é da substância do negócio e sem a qual o contrato não se forma validamente.

Quando existente algum pré-contrato ou contrato preliminar, ainda que o contrato solene tenha forma determinada e seja da substância do negócio, considera-se que já existe contrato, que embora não seja o definitivo, gera responsabilidade contratual.³⁸⁵

³⁸³ Não é demais recordar que, nos termos do julgado já transcrito, foi reconhecida a vinculabilidade dos chamamentos de concursos públicos, inclusive com o reconhecimento de repercussão geral da matéria. STF. RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 10/08/2011, repercussão geral – mérito, DJe 189 03/10/2011.

³⁸⁴ LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 170.

³⁸⁵ Como pré-contratos ou contratos preliminares entende-se todos aqueles que demonstram o efetivo interesse das partes em celebrar o contrato definitivo. Como exemplos, pode-se citar os contratos imobiliários, sendo a escritura pública a formalidade exigida pelo art. 108 do Código Civil Brasileiro para transações que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. Portanto, as propostas de adquirentes, com o aceite do alienante, os recibos de sinal de negócio com arras, as promessas e compromissos irrevogáveis de compra e venda caracterizam-se como contratos preliminares, preparatórios à assinatura da escritura definitiva. Na hipótese de descumprimento das obrigações ajustadas nesses instrumentos, trata-se de responsabilidade contratual, posto que existe um contrato, ainda que não seja aquele solene, previsto em lei.

Considera-se formado o contrato administrativo, nos termos da lei, quando existente qualquer ajuste entre órgãos da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas.³⁸⁶

As partes utilizam-se do princípio da liberdade contratual para determinar o conteúdo das relações jurídicas contratuais, que sofrem as limitações da função social e da boa-fé objetiva, essa entendida inclusive no aspecto de proteção à confiança. Isto impõe aos contratantes o dever de pautar suas condutas em padrões éticos de lealdade, honestidade, correção e probidade.

Assim, além dos deveres contratuais primários (ou principais)³⁸⁷ e secundários³⁸⁸ (deveres de prestação), passam a figurar os deveres acessórios (deveres de conduta).

Esses deveres acessórios não objetivam propriamente a obrigação principal, mas tendem viabilizar um ambiente juridicamente seguro e favorável para o seu cumprimento.³⁸⁹ Podem surgir antes mesmo de constituída a relação obrigacional de onde decorrem (ou viriam a decorrer) os deveres de prestação (primários e secundários).

São esses deveres de conduta que oportunizam o cumprimento adequado da prestação pelo devedor e mantêm a confiança e as expectativas geradas com a contratação.

Esses deveres podem ser positivos e negativos, os quais relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, os quais nortearão a conduta dos contratantes nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.³⁹⁰

Dada a relevância desses deveres de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se o entendimento de que, ao descumpri-los, ocorre a violação positiva do contrato

³⁸⁶ Lei nº 8.666/93:

2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

³⁸⁷ Entende-se por deveres primários ou principais um fato positivo ou negativo a ser executado pelo devedor, em benefício do credor. São esses deveres primários ou principais que definem o *núcleo duro* do contrato, e, uma vez lícitos, somente encontram limitação na imaginação dos sujeitos. Sobre tais deveres esclarece Fernando Noronha que “os deveres principais são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria”. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

³⁸⁸ Os deveres secundários são aqueles que têm por finalidade complementar os primários. São também dirigidos à realização de prestações determinadas, contudo diversas das que caracterizam a obrigação primária, embora estejam diretamente ligadas à realização desta. Tais deveres não têm sentido sem os primários. Devem constar no contrato, ou decorrem de previsão legal. Pode-se citar como exemplo: na compra e venda de um automóvel (dever primário), o devedor pode assumir o compromisso de abastecê-lo ou de lavá-lo (dever secundário).

³⁸⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 342.

³⁹⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 316.

ou adimplemento ruim, casos nos quais embora a obrigação principal seja cumprida, há o descumprimento dos deveres de conduta, representando as obrigações secundárias.³⁹¹

Aponta-se como principais deveres de conduta os deveres fiduciários, que visam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existente entre as partes. Sua enumeração não é taxativa. São estes: I) proteção (ou cuidado); II) cooperação (ou lealdade); III) de informação (ou esclarecimento), dentre outros.³⁹²

A extinção esperada do contrato se dá pelo cumprimento integral das obrigações ou deveres primários e secundários da prestação. Contudo, há outras causas de extinção.

No que concerne aos contratos administrativos, a própria Lei nº 8.666/93 dispõe que a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão. E aponta, no art. 78, os motivos para a rescisão contratual.

Prevê, ainda, que a rescisão do contrato poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração (nos casos listados nos incisos I a XII e XVII do art. 78); de forma amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração e de forma judicial, nos termos da legislação.

8.3 FASE PÓS-CONTRATUAL E OS DEVERES DECORRENTES DA CONFIANÇA

A relação obrigacional, em sentido amplo, pode ser considerada como um todo complexo, orgânico. Não é fácil delimitar exatamente o tempo que persistem os efeitos de um contrato.

Até o contrato cuja obrigação foi cumprida pode apresentar efeitos residuais, posto que o contratante pode praticar ações ou omissões que geram efeitos jurídicos e são passíveis de responsabilização. É o que se chama de pós-eficácia das obrigações. Daí depreende-se que essa relação não se esgota apenas no aspecto de cumprimento da prestação. Alguns deveres, como os acessórios de conduta, podem subsistir ainda após o cumprimento da prestação.

Esses deveres acessórios de conduta subsistem visando assegurar a plena realização do objetivo contratual. É a boa-fé e a proteção à confiança que impõem às partes

³⁹¹ Dentre outros, defendem este entendimento: CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 594-602; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 220.

³⁹² Tais deveres não serão aprofundados neste tópico, seja porque refletem aqueles tratados nas fases pré e pós-contratual, com pequenas adaptações, seja porque já foram objeto de estudo anterior. Sobre aprofundamento da matéria vide: LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 170-172.

a necessidade de manter um comportamento que resguarde os benefícios alcançados com o contrato.

Silvio de Salvo Venosa aponta que, dada a boa-fé, mesmo após a extinção contratual pelo adimplemento subsiste:

[...] um dever de proteger a pessoa ou os bens da outra parte, de informar a outra parte sobre qualquer circunstância apta a influenciar o gozo dos direitos adquiridos com o contrato, ou de manter a utilidade do resultado já obtido com o contrato.³⁹³

Como nas demais fases, além dos deveres principais e secundários, há também os deveres acessórios de conduta.

É de grande dificuldade, senão impossível, determinar todos os deveres impostos às partes pela observância da lealdade contratual.

Isso porque ao se apontar os deveres de conduta das partes, age-se de forma exemplificativa, posto que esses deveres acessórios devem se ajustar ao comportamento pretendido diante de circunstâncias concretas do caso sob análise.

Ademir de Oliveira Costa Júnior aponta como principais deveres acessórios na fase pós-contratual: I) informação; II) sigilo; III) proteção e IV) cooperação.³⁹⁴

O *dever de informação* representa a obrigação de, mesmo finda a relação contratual propriamente dita, a parte prestar informações e exibir documentos. Em vários casos é nesta fase pós-contratual que tal dever se mostrará mais necessário. Exemplo típico é dos profissionais liberais, que devem informar acerca dos serviços prestados e disponibilizar a respectiva documentação, mesmo após o término dos trabalhos (ex: dentistas, corretores de imóveis, etc.).

No âmbito da Administração Pública pode-se citar a expedição de atestados de fornecimento, capacidade técnica ou conclusão de obras, declarações de que o particular cumpriu tempestivamente e na forma contratada o objeto do ajuste, o fornecimento de informações sobre não estar o particular suspenso para contratar com a Administração, o fornecimento de informações sobre não estar o particular declarado inidôneo, etc.

O *dever de sigilo* impõe às partes a preservação do sigilo dos dados e informações a que teve acesso devido à relação contratual. Abrange, além da divulgação, também a utilização dos dados e informações em proveito próprio ou alheio. Exemplos deste dever nas relações civis seriam o dever de um contador manter em sigilo a situação financeira e patrimonial de determinada pessoa ou empresa, da qual teve acesso às informações patrimoniais em decorrência de sua atividade laboral. Também serve como exemplo o advogado que toma ciência de detalhes de um crime em decorrência de sua atividade

³⁹³ TREVISAN, Marco Antônio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**, n. 16, out./dez. 2003, p. 208.

³⁹⁴ COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. A responsabilidade "post factum finitum" no direito civil e do consumidor. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24750-24752-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

profissional e mesmo após a extinção do contrato referente à defesa dos interesses do cliente, não pode levar a público tais pormenores. No âmbito da Administração Pública envolve a manutenção do sigilo inerente às atividades privadas, quando levadas à apreciação da Administração, tal como ocorre quando o Estado pretende adquirir materiais e equipamentos destinados à defesa nacional, ou equipamentos de alta tecnologia (satélites, computadores, etc.), e não deve dar detalhes ao público das tecnologias, ainda que seja após o término do contrato. Cumpre ressaltar que os processos licitatórios são por natureza públicos, contudo, existe a possibilidade de sigilo de alguns elementos, como nos exemplos citados.

O *dever de proteção* é representado no zelo pela integridade patrimonial e física da outra parte, mesmo após extinto o contrato. Como exemplo, cita-se o dever de um depósito em guardar ao abrigo das intempéries as coisas que lhe foram confiadas, enquanto estiverem sob sua guarda, ainda que o contrato esteja extinto por cláusula resolutive expressa, diante do inadimplemento do contratante.

Enéas Costa Garcia relata exemplo prático, de empresa que alugou um imóvel para fins de instalação de painéis de propaganda. Em decorrência de desacerto sobre o pagamento dos aluguéis, o locatário deixou de quitá-los regularmente. Com embasamento em cláusula resolutive expressa o locador considerou extinto o contrato e exerceu o direito de retirar os painéis publicitários. Contudo, o fez de forma inadequada, arrancando-os e danificando-os, além de deixá-los no tempo. Invocando a violação do dever de proteção, a locatária pleiteou indenização pelos danos suportados. Restou comprovado que os painéis foram retirados de modo impróprio. Ainda que estivesse extinto o contrato em decorrência de cláusula resolutive expressa, diante da culpa do devedor, o fato não autorizava a retirada dos equipamentos de forma descuidada e seu abandono ao relento. Ao agir dessa forma, violou a lealdade e cooperação inerentes ao relacionamento havido, ainda que em fase pós-contratual.³⁹⁵

No âmbito da Administração Pública cabe exemplificar com a permissão de uso de espaços públicos (ex: box em mercados municipais, lojas em rodoviárias), casos em que, mesmo com a inadimplência do permissionário, não resta autorizada à Administração a inutilização ou danificação das instalações e mercadorias do inadimplente.

O *dever de cooperação* compreende todos os possíveis deveres que possam surgir nas relações contratuais e que não se enquadram nas hipóteses anteriores. Isto porque, em última análise, todos os deveres acessórios são deveres de cooperação para o bom resultado da relação contratual. Deve-se considerar a posição do outro contratante de modo a ajudá-lo, ou, ao menos, não prejudicá-lo.

³⁹⁵ GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 238.

Vale o exemplo de empresa que prestou serviços terceirizados a outra, que não deve praticar atos de concorrência desleal, tal como manter relações comerciais diretamente com os clientes dela.

No âmbito da Administração Pública exemplo cabível é o de não impor ao particular exigências descabidas para fornecimento de atestados ou documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações contratuais findas.

O direito exige um comportamento ético das partes envolvidas nas negociações, com prevalência do interesse social diante das próprias conveniências.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro complementa que:

Na busca dos vectores materiais que concretizam a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança requer a protecção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.³⁹⁶

Assim, a violação desses deveres, ainda que depois do término do contrato, podem ensejar a responsabilização da parte faltante, por violação à confiança.

³⁹⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 630.

9 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES

O princípio da proteção à confiança tem larga aplicação no Direito Administrativo. Porém, não pode ser invocado indistintamente, dadas as limitações trazidas pelo regime jurídico-administrativo e seus princípios basilares, e pela necessária observância de outras normas aplicáveis à Administração Pública. Necessário analisar, portanto, se tais elementos impossibilitam ou limitam a atuação do princípio.

Por outro lado, verifica-se que diversos outros princípios e institutos jurídicos influenciam e colaboram na aplicação do princípio. Importa verificar, também, sua influência e aplicabilidade na consecução da proteção à confiança nas relações entre os particulares e a Administração Pública.

9.1 ÓBICES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Os princípios são essenciais em um sistema jurídico. Desconsiderá-los ou utilizá-los de forma desmedida pode levar à injustiça e à desordem jurídica, posto ser possível a invocação dos princípios como justificativa para atos arbitrários ou perniciosos ao interesse público.

Os princípios coexistem de modo que um não esgota o conteúdo dos demais. Para tanto se faz necessária a ponderação dos mesmos.

É notório que há choques entre os diversos princípios. Mas esses deverão ser anulados de forma casuística, ora pela utilização de um, ora pela utilização de outro em maior proporção, dependendo do valor jurídico que se pretenda tutelar.

Assim, embora tal ponderação ocorra nos casos concretos, impende analisar a aplicabilidade ou não, no plano abstrato, do princípio da proteção à confiança em face dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, reiteradamente invocados como absolutos no âmbito do Direito Administrativo (por serem os pilares do regime jurídico-administrativo), além dos princípios da autotutela e do controle, que por definição possibilitariam a modificação e o desfazimento dos atos administrativos, o que poderia redundar no afastamento da aplicação do princípio da proteção à confiança.

9.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade impõe ao Estado a observância das normas legais, norteando suas atividades sempre dentro dos ditames da lei.³⁹⁷ Por isso mesmo, diante de situações em que há algum vício de ilegalidade, é comum a invocação desse princípio para desconstituição dos atos e negócios, nem que isso gere prejuízos ao particular e danos à confiança depositada na Administração.

Odete Medauar comenta que houve uma própria sacralização da legalidade, que gerou um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, que entendia as leis como justas, simplesmente por serem leis, independentemente do conteúdo.³⁹⁸

O que em um primeiro momento representou a ideia do positivismo formalista, com o advento do Estado Democrático de Direito, sofreu alterações, com o abandono das noções de justiça formal, de legalidade, para se adotar a ideia de Estado submetido ao Direito, o qual busca a *justiça material*, substantiva.

Essa mudança trouxe sensível alteração no conteúdo axiológico do princípio da legalidade. Aqui se insere a mudança de princípio da legalidade para princípio da juridicidade³⁹⁹ ou da submissão da Administração ao Direito, onde a legitimidade não se dá mais pela forma da lei, mas sim, pelo seu conteúdo, pela matéria da lei.

Assim, o princípio da legalidade e da submissão da Administração ao Direito não pode mais ser visto como legalismo estrito. Nesse sentido, ensina Juarez Freitas:

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartado no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente

³⁹⁷ Ensina Hely Lopes Meirelles “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A Lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. 1992, p. 82-83.

³⁹⁸ Ao comentar as mudanças havidas na interpretação do princípio, esclarece: “[...] buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput* da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 126-127.

³⁹⁹ Leciona Angela Cássia Costaldello: “Porém a legalidade que hoje estão a se referir os estudiosos do Direito, diz respeito a algo mais amplo que a legalidade formal a que se submete o Poder Público. Há que se adotar, pois, a noção mais abrangente e mais profunda de legalidade, ou seja, a de juridicidade administrativa. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 49-50.

justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional.⁴⁰⁰

Portanto, de nada adiantaria a obediência à lei se fossem desrespeitadas as normas constitucionais, base fundamental da atividade estatal.

E essa preocupação restou retratada na Lei Federal n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º, parágrafo único, I, quando determina que o administrador público deve atuar conforme a lei e o Direito.⁴⁰¹

Nesse aspecto, comenta Marçal Justen Filho:

Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de “lei”, tal como exposto. Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.⁴⁰²

No que se refere à licitação, cumpre apontar que é um processo administrativo de natureza concorrencial, que visa selecionar um particular que apresente a proposta mais vantajosa para contratar com a Administração Pública.

Considera-se um processo administrativo porque é uma sucessão encadeada de atos jurídicos que visam um resultado final e conclusivo que envolve a participação dos particulares interessados.⁴⁰³

Embora por regra seja obrigatório o prévio processo licitatório para as contratações com a Administração Pública, existem situações nas quais não há possibilidade de competição que o justifique, resultando em inexigibilidade de licitação. Há ainda outras hipóteses nas quais a definição por licitar ou não está sujeita a critérios de conveniência e oportunidade do administrador público, resultando em dispensa de licitação.

Como processo administrativo, tanto as licitações quanto as dispensas e inexigibilidades têm relação com os princípios norteadores da atividade administrativa e que configuram o regime jurídico-administrativo.

⁴⁰⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44.

⁴⁰¹ Lei nº 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

⁴⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Fórum, 2010, p. 195.

⁴⁰³ Segundo Vladimir da Rocha França: “Há uma tradicional controvérsia de ordem terminológica quanto aos termos “processo” e “procedimento” no âmbito do direito administrativo. Visualizamos o processo administrativo como uma espécie de procedimento administrativo, no qual há a participação dos destinatários do ato final”. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 37, 2002, p. 119-120.

Dispõe o art. 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.⁴⁰⁴

Conforme tal dispositivo, impõe-se a observância dos princípios ali elencados, dentre os quais o da legalidade. Isso significa que a licitação deverá seguir nos limites da legalidade, sob pena de invalidação dos atos que lhe contrariem. Também significa que os partícipes da licitação podem exigir o correto procedimento da lei, posto que esta, no art. 4º, garante a todos o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.⁴⁰⁵

Daí decorre o questionamento: a aplicação do princípio da legalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal e nas diversas leis regulamentadoras das licitações e dos procedimentos que a substituem representa empecilho à aplicação do princípio da proteção à confiança?

Entende-se que não, posto que a invocação pura e simples do princípio da legalidade com o fito de revogar ou até mesmo em determinadas hipóteses anular os certames não é absoluta, pois está o Estado vinculado não a uma legalidade estrita, formal, mas sim à legalidade de forma ampla, com o objetivo de alcançar a justiça material, aí inclusa a vedação de causar prejuízos a terceiros.⁴⁰⁶

Por outro lado, o Administrador Público deve optar pela solução no caso concreto que traga melhor resposta à sociedade, observando o ordenamento jurídico vigente, sem descuidar dos princípios constitucionais.

A própria jurisprudência vem retratando uma releitura do poder da Administração de desfazer seus próprios atos. Resulta que, sem negar o teor da Súmula 473 do STF, vem-se

⁴⁰⁴ Esses princípios também são aplicáveis às licitações regulamentadas por diplomas legais específicos, a exemplo do art. 14 da Lei n.º 8.987/95 e art. 12, *caput*, da Lei n.º 11.079/04.

⁴⁰⁵ Lei n.º 8.666/93:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

⁴⁰⁶ Diz Cármen Lúcia Antunes Rocha ao comentar sobre a matéria: "O 'império' da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o 'Império da Justiça', sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A 'legalidade' não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos". ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 109.

conferindo a essa Súmula uma interpretação harmônica com a proteção da confiança, considerada elemento de concreção do princípio da segurança jurídica.⁴⁰⁷

O princípio da legalidade funciona como limitador aos arbítrios e caprichos do Administrador e não como fundamento a atitudes que possam prejudicar os particulares que confiaram na correção das atitudes estatais.⁴⁰⁸ Assim, não representa óbice à aplicação do princípio da proteção à confiança.

9.1.2 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da proteção à confiança, como já comentado, é invocado para resguardar a confiança depositada pelos particulares na Administração Pública.

Contudo, considerando que a proteção da confiança dos particulares usualmente resulta em oposição à vontade demonstrada pela Administração, cumpre analisar o seguinte: a aplicação do princípio da proteção à confiança é obstaculizada pelo princípio da supremacia do interesse público, um dos princípios basilares do regime jurídico-administrativo?

O princípio da supremacia do interesse público, cujos contornos já foram estudados em tópico anterior⁴⁰⁹ tem sido objeto de diversos estudos⁴¹⁰ e julgados⁴¹¹ que apontam sua

⁴⁰⁷ Em decisão sobre a anulação de certame licitatório, assim decidiu o STJ: I - "Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio". (STF – RE 108.182/Min. Oscar Corrêa). II - "A regra enunciada no verbete nº. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência". (STJ – RMS 407/Humberto). III - A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º da Lei 8.666/93. IV – A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados ofende o Art. 49, § 3º. da Lei 8.666/93. STJ. REsp. 300.116/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, j. 06/11/2001, DJ 25/02/2002.

⁴⁰⁸ Caio Tácito ensina que "na medida em que o poder absoluto sujeita-se ao império da lei, a conseqüente limitação de poderes administrativos permite conceber o controle da legalidade sobre a autoridade do Estado em benefício do administrado". TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 81, p. 165-171, 1987.

⁴⁰⁹ Quando tratado do regime jurídico-administrativo e seus princípios basilares.

⁴¹⁰ Dentre os diversos trabalhos nesse sentido, pode-se destacar: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1998; ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1988; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personificação" do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999; SARMENTO, Daniel et all. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴¹¹ Nesse sentido: STJ. REsp. 300.116/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 06/11/2001, DJ 25/02/2002, já transcrito. Também no STF: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. OFENSA REFLEXA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. LIMITAÇÕES. POSSIBILIDADE. ARTIGO 37, CAPUT, CB/88. [...] 2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de

mitigação no sentido de não ser absoluta tal supremacia, uma vez que nem todos os interesses ditos públicos podem embasar a utilização de prerrogativas por parte da Administração e podem restringir as garantias individuais previstas na Constituição.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar das tendências atuais do Direito Administrativo brasileiro, em seu tópico 9, comenta com profundidade sobre o alcance do princípio.⁴¹² Merece destaque o seguinte:

Em verdade, os que se opõem à aplicação do princípio da supremacia do interesse público partem de uma errônea interpretação de seu significado. Dão a ele uma generalização que jamais existiu, pois é evidente a impossibilidade de, em qualquer situação de conflito entre o público e o privado, fazer prevalecer o primeiro; se assim fosse, realmente não haveria como garantir os direitos individuais.⁴¹³

E adiante completa:

Mas também não se pode esquecer que não existe direito individual que possa ser exercido de forma ilimitada. Praticamente todos os direitos previstos na Constituição sofrem limitações que são impostas pelo ordenamento jurídico, precisamente para definir os seus contornos e impedir que o seu exercício se faça em prejuízo dos direitos dos demais cidadãos e da coletividade.⁴¹⁴

A análise da aplicabilidade do princípio da proteção à confiança deve considerar os impactos sobre os direitos fundamentais, que não são benesses ou favores do Estado, ao contrário, constituem a própria razão da existência do regime democrático. Aponta Paulo Ricardo Schier que o Estado “[...] legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele. O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos direitos fundamentais”.⁴¹⁵

Por sua vez, o princípio da supremacia do interesse público é considerado como um princípio norteador da atuação de todos os Poderes do Estado,⁴¹⁶ o que garante a este diversos privilégios e garantias.

Como exemplos pode-se citar a possibilidade de intervenção na propriedade alheia, seja tal intervenção de caráter expropriatório ou restritivo de direitos (tombamento, servidão e requisição administrativa); intervenção na economia; exercício do poder de polícia; prerrogativas sancionatórias; utilização das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos; atributos dos atos de decisões administrativas, entre outros.

prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público. [...]. STF. RE 455.283 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 28/03/2006, DJ 05/05/2006.

⁴¹² A autora trata da matéria no capítulo “Origem, objeto e conceito do Direito Administrativo”, item “Tendências do Direito Administrativo”, onde lista dez tendências. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36-38.

⁴¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

⁴¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

⁴¹⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 18, jun. 2005, p. 117. Disponível em <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/revis/revis18/art11_18.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2012.

⁴¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65-66.

Luiz Alberto Blanchet esclarece que os interesses sobre os bens passíveis de valoração econômica apresentam dois aspectos: o de sua utilidade e o econômico. Quanto à prevalência do interesse público, ressalta:

O interesse público prevalece sobre o particular somente no que concerne à utilidade, ou utilização, do bem sobre o qual recai o interesse, mas não quanto ao aspecto econômico, ou seja, desaparece a prioridade na utilização ou a utilidade, para o particular, porém não o seu direito ao valor econômico correspondente ao interesse.⁴¹⁷

Daí a se concluir que, ainda que haja supremacia do interesse público sobre o particular, essa não é absoluta, cabendo ao particular o reconhecimento de seu direito.⁴¹⁸

Ao analisar a relação conflitual entre os interesses públicos e privados, Rafael Maffini entende que a existência de algumas prerrogativas públicas não pode induzir à conclusão de que a Administração tem sempre uma posição de primazia frente aos interesses privados, sendo necessária uma ponderação desses interesses.⁴¹⁹

Após embasar suas assertivas, conclui que não há óbice na chamada supremacia do interesse público para a utilização do princípio da proteção à confiança:

Em outras palavras, deve-se entender que o princípio da proteção da confiança, ao tutelar interesses privados decorrentes de expectativas legítimas dos destinatários da função administrativa, proporciona a plena satisfação do interesse público consistente na obtenção de um estado de segurança jurídica. Não seria exagerado afirmar, nesse sentido, que a proteção da confiança realiza, a um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à segurança jurídica e ao Estado de Direito).⁴²⁰

Conclui-se, portanto, que o princípio da supremacia do interesse público não representa óbice à utilização do princípio da proteção à confiança, ao contrário, muitas vezes atua em reforço a esse princípio.

9.1.3 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público, cujos contornos também foram tratados em tópico anterior⁴²¹ informa que não se acham os bens, direitos, interesses e

⁴¹⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 34.

⁴¹⁸ Luiz Alberto Blanchet aponta que, mesmo no caso da prevalência do interesse público, resta ao particular o direito ao valor econômico correspondente e afirma: “Este é o fundamento dos ressarcimentos e indenizações a que se obriga a Administração, em especial da justa indenização a que tem direito o titular do bem expropriado, e do reequilíbrio econômico-financeiro a que faz jus o contratado pela Administração, quando esta unilateralmente lhe impõe obrigações contratuais não previstas originalmente, onerando-o”. BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 34.

⁴¹⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 74-75.

⁴²⁰ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 75-76.

⁴²¹ Quando tratado do regime jurídico-administrativo e seus princípios basilares.

serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados.⁴²²

Tal entendimento resultou, inclusive, retratado na Lei nº 9.784/99 em seu art. 2º, parágrafo único, inciso II.⁴²³

Diante disso resta o seguinte questionamento: havendo interesse público, diante da existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, estará obstada a aplicação do princípio da proteção à confiança?

Entende-se que não. Como já analisado, a supremacia do interesse público não é absoluta.⁴²⁴ Para os que entendem desta forma, a justificativa reside na mudança do cenário jurídico e social, e com diferentes justificativas, apontam caminhos de ponderação e de compatibilização na interpretação constitucional, de modo a resguardar os direitos fundamentais e alcançar uma boa administração.⁴²⁵

Embora os autores Daniel Sarmiento, Alexandre Santos de Aragão, Humberto Bergmann Ávila, Gustavo Binenbojm e Paulo Ricardo Schier proponham na obra “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público” a desconstrução dessa supremacia, conforme demonstra o título da obra, denota-se que não se defende a inexistência pura e simples dessa supremacia, mas sim formas de compatibilização dos interesses públicos com os privados, em especial os direitos fundamentais, com previsão constitucional. Alerta Daniel Sarmiento que “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos

⁴²² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

⁴²³ Art. 2º [...]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

⁴²⁴ Comenta Gustavo Binenbojm: O propósito do presente ensaio é demonstrar a inconsistência teórica do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular com uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo. Para o alcance de tal desiderato, o direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In **Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

⁴²⁵ Nesse sentido, pode-se citar: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 67-69 e 119-121; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In **Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 192; e ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In **Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In **Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”.⁴²⁶

Contrapondo essa proposta de desconstrução, Alice Gonzalez Borges no artigo “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?” defende a reconstrução do princípio e propõe:

Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo 3º. [...] É preciso não confundir a supremacia do interesse público - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática. Trata-se, isto sim, de reconstruir a noção, situá-la devidamente dentro do contexto constitucional, para que possa ser adequadamente defendida e aplicada pelo Poder Judiciário, no exercício de seu inafastável controle.⁴²⁷

No sentido da flexibilização do princípio da supremacia do interesse público, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sugere distinguir as categorias de interesse público para analisar a viabilidade de sua disponibilidade:

Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime. Essa distinção entre atividades administrativas, com o propósito de definir quais as que se situam ou podem se situar no campo do direito privado, ou seja, naquele em que prevalecem a autonomia da vontade e a disponibilidade, tem sido buscada de longa data no Direito Administrativo. Na esteira da então chamada doutrina do fisco construiu-se a separação entre atos de império (ou de autoridade) e atos de gestão que prevaleceu durante todo o século XIX [...].⁴²⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello faz a distinção dos interesses primários e dos interesses secundários, sendo os primários os interesses da coletividade como um todo, e os secundários os interesses que o Estado, pelo fato de ser sujeito de direitos, pode ter como qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade de servidor de interesses de terceiros (coletividade).⁴²⁹

⁴²⁶ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28.

⁴²⁷ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007, p. 3. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

⁴²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, 1997, p. 84-85.

⁴²⁹ Diferencia tais interesses e exemplifica: “Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles no máximo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

Defende, ainda, que os interesses secundários não são atendíveis se não forem coincidentes com os primários, motivo pelo qual as prerrogativas da Administração não podem ser utilizadas de forma legítima para alcançar interesses ou conveniências secundários do aparelho estatal ou dos governantes.⁴³⁰

Raquel Melo Urbano de Carvalho relata que, embora não seja regra nem a primeira alternativa, é possível que, em determinadas hipóteses, abrir mão de uma vantagem seja a única saída para a real proteção do interesse público primário.⁴³¹ Comenta que, o que é admissível discutir é o que de fato representa proteger o interesse público primário em cada situação.

Embora haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais⁴³² sobre a disponibilidade do interesse público, entende-se que, dadas as transformações do Direito Público, em especial do Direito Administrativo nas últimas décadas, com a alteração do quadro social, econômico, político e jurídico do País, a invocação da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, antes utilizada para a consecução dos seus objetivos, não mais se compatibiliza com a democracia atual.

Daí a defender a adoção de entendimentos baseados no consenso e na negociação, bem como na harmonização e na ponderação dos interesses em conflito.

É de Manoel Messias Peixinho a observação que entende-se mais apropriada a demonstrar a possibilidade de aplicação do princípio da proteção à confiança:

Indisponibilidade dos interesses públicos quer dizer obediência obsequiosa aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais eleitos pelo constituinte embrionário. Indisponibilidade, no contexto do direito administrativo, não é só ato de não poder dispor de liberdade dos deveres entregues à tutela do administrador, mas, e isto é fundamental anotar, é dever de prover a coisa pública com equidade, isonomia, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, enfim, como todos os demais princípios explícitos e implícitos enraizados no direito

⁴³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

⁴³¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 76.

⁴³² Do corpo do voto condutor, no Mandado de Segurança nº 11308/DF da lavra do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, extrai-se o seguinte, em causa que versava sobre a possibilidade de Sociedade de Economia Mista celebrar cláusula compromissória: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. [...] 8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. [...]. STJ. MS nº 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 09/04/2008, DJe 19/05/08.

administrativo, que são afluentes do princípio da indisponibilidade do interesse público.⁴³³

Assim, aplicável é o princípio da proteção à confiança, ainda que contraditório a interesses públicos, seja porque incabível a invocação da absoluta indisponibilidade do interesse público; seja porque no momento atual deve-se nortear a atividade da Administração Pública com observância de todos os demais princípios constitucionais implícitos e explícitos; seja ainda porque a interpretação constitucional deverá buscar mecanismos de ponderação e compatibilização dos diversos interesses conflitantes.

9.1.4 Princípio da autotutela

O princípio da autotutela (ou autotutela administrativa) representa o poder-dever da administração controlar seus próprios atos, corrigindo-os, revogando aqueles que não mais sejam convenientes e oportunos ao interesse público ou anulando os atos eivados de vício de ilegalidade, resguardados os direitos adquiridos e indenizados os prejudicados, se for o caso.

Permite que a Administração, por iniciativa e meios próprios controle, por meio de reexame, além do aspecto da legalidade, também o aspecto de mérito do ato administrativo. Nesse sentido, aponta Luiz Alberto Blanchet:

É o princípio que atribui legitimidade ao controle interno da Administração. A autotutela torna juridicamente viável o controle não apenas da legalidade, como também o do mérito administrativo (vedado, este último, ao controle pelo Judiciário).⁴³⁴

No que concerne ao aspecto da legalidade, é notória a proximidade do princípio da autotutela com o princípio da legalidade. Isto porque, se a Administração Pública só pode agir nos limites permitidos. Na hipótese de haver atos administrativos eivados de ilegalidade, esses devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.⁴³⁵

Quanto à atuação da Administração José dos Santos Carvalho Filho esclarece:

A autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento.⁴³⁶

⁴³³ PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 462-463.

⁴³⁴ BLANCHÉT, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

⁴³⁵ Nesse sentido, Maria Sylvania Zanella Di Pietro alerta que a autotutela "É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70.

⁴³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25.

O princípio da autotutela guarda, também, estreita relação com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Ao comentar sobre a relação entre o princípio da autotutela e da supremacia do interesse público, Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo relatam:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado coloca os interesses da Administração Pública em sobreposição aos interesses particulares que com os dela venham eventualmente colidir. Com fundamento nesse princípio é que estabelece, por exemplo, a autotutela administrativa, vale dizer, o poder da administração de anular os atos praticados em desrespeito à lei, bem como a prerrogativa administrativa de revogação de atos administrativos com base em juízo discricionário de conveniência e oportunidade.⁴³⁷

Nesse sentido, a matéria foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio das Súmulas nº 346 e nº 473.

Destaca-se, ainda, que especificamente no que concerne às licitações, tais prerrogativas da Administração de revogar ou anular o certame constam expressamente do art. 49 da Lei nº 8.666/93.⁴³⁸

Diante disso, cabe questionar se tal possibilidade inviabilizaria a aplicação do princípio da proteção à confiança.

Entende-se que não, pois, como será abordado oportunamente,⁴³⁹ tal poder não é absoluto e, justamente pela aplicação do princípio da proteção à confiança, tem seu alcance mitigado.

9.1.5 Princípio do controle

O princípio do controle, também denominado tutela (ou tutela administrativa), é aquele que legitima que o ente da Administração Direta a que se vincula a entidade da Administração Indireta exerça o controle da atuação da vinculada, limitando o exercício de

⁴³⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 268.

⁴³⁸ Lei nº 8.666/93:

Art. 49 – A autoridade competente para aprovação do procedimento somente poderá revogar licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º - A nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 59 desta Lei.

§ 3º - No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º - O disposto neste artigo e seus parágrafos aplicam-se aos atos do procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação.

⁴³⁹ Quando da análise da proteção substancial da confiança.

sua autonomia “[...] na medida necessária para permitir a consecução dos fins públicos para cujo atendimento foram criadas”.⁴⁴⁰

O objetivo primordial é preservar a especialidade, evitando que as entidades controladas se desviem de suas finalidades institucionais.

É este princípio que permite o controle político, com a nomeação dos dirigentes dessas entidades, além dos controles institucional, administrativo e financeiro. Esclarece José dos Santos Carvalho Filho:

Diante disso, pode afirmar-se que toda pessoa integrante da Administração Indireta é submetida a controle pela Administração Direta da pessoa política a que é vinculada. E nem poderia ser de outra maneira. Se é a pessoa política que enseja a criação daquelas entidades, é lógico que tenha que se reservar o poder de controlá-las. Por esse motivo é que tais entidades figuram como se fossem satélites das pessoas da federação.⁴⁴¹

Este princípio guarda relação com o princípio da autotutela, diferindo sua aplicação quanto ao âmbito da administração. Naquele é o controle realizado em seus próprios atos, internamente. Nesse, é o controle realizado nos atos das entidades vinculadas da Administração Indireta.

Dadas as semelhantes características deste princípio com o da autotutela, aplicáveis também as conclusões, quanto à mitigação de sua aplicabilidade, o que não impede a aplicação do princípio da proteção à confiança.

9.2 FACILITADORES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Analisados os princípios que poderiam, em tese, dificultar a aplicação do princípio da proteção à confiança, cabe agora comentar alguns princípios que se apresentam na prática como facilitadores da aplicabilidade do princípio, seja pela característica de mitigar a atuação daqueles princípios limitadores, seja porque influenciam diretamente na confiança dos particulares, reforçando a necessidade de sua proteção.

9.2.1 Princípio da razoabilidade

Dentre os princípios inerentes à Administração Pública encontra-se o da razoabilidade, definido por Antonio José Calhau de Resende:

⁴⁴⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

⁴⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 290.

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.⁴⁴²

Isto significa que a Administração Pública, ao exercer suas funções, deve zelar pela razoabilidade de seus atos, visando legitimar suas condutas, de modo que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto pela esfera administrativa ao destinatário, como aponta José Roberto Oliveira Pimenta.⁴⁴³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, com base neste princípio a Administração, ao atuar no exercício da discricção, deverá obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, conforme o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que ditaram a outorga da competência exercida. E conclui:

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e portanto jurisdicionalmente invalidáveis - as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.⁴⁴⁴

Weida Zancaner resume os casos nos quais um ato não é razoável: I) quando não existirem os fatos em que se embasou; II) quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; III) quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; IV) quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.⁴⁴⁵

Tal princípio demonstra a coerência do sistema jurídico e se seus vetores determinantes foram ou não obedecidos. A inobservância desses vetores vicia de ilegalidade o ato exarado, seja em âmbito administrativo, legislativo ou jurisdicional.

O princípio da razoabilidade possibilita o controle da obediência a todos os demais princípios e regras albergadas pelo sistema.

Portanto, se o aplicador da norma elege prioridades sem observar os vetores determinantes do sistema, incorre em comportamento ilícito por violação ao princípio da

⁴⁴² RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo**, Belo Horizonte, abr./dez. 2009, p. 55-56.

⁴⁴³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 473.

⁴⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108.

⁴⁴⁵ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, n. 9, p. 5, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

razoabilidade. Segundo Weida Zancaner o princípio da razoabilidade deve ser usado em dois momentos distintos:

[...] na estática do direito, para a compreensão do sistema jurídico a ser objeto de análise, hipótese na qual se constitui em um critério de inteligência do direito e na dinâmica do direito, isto é quando de sua aplicação para assegurar que o perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito esteja devidamente concretizado.⁴⁴⁶

Assim, pode-se dizer que no âmbito do Direito Administrativo esse princípio tem sido utilizado como limitador do exercício da discricionariedade do administrador. Mesmo diante de atos administrativos viciados, atua no sentido de ponderar se, diante do caso concreto, os efeitos mais benéficos serão alcançados pela anulação ou pela convalidação.⁴⁴⁷ Embora tenha o administrador público poderes para atender às conveniências da Administração e às necessidades coletivas, representando a discricionariedade um desses poderes, deverá a autoridade adotar a melhor forma de praticar os atos visando o atendimento da finalidade pública.

9.2.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, embora não previsto expressamente na Constituição, é de grande importância na interpretação dos diversos princípios e regras albergadas no ordenamento jurídico.

Explica Juarez Freitas que: "O princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exageros (para mais ou para menos), configuram violações ao princípio".⁴⁴⁸

José Joaquim Gomes Canotilho, ao comentar sobre sua importância para os direitos fundamentais, aponta que a consagração do princípio da proporcionalidade "proíbe

⁴⁴⁶ A autora entende que o princípio tem dupla finalidade, como *critério de aplicação* das normas jurídicas para a concreção do direito posto. E como *critério de inteligência* de todo e qualquer sistema jurídico que pretende se perenizar. Não a perenização estática, mas aquela que implica em movimento, atualização e em aperfeiçoamento das instituições democráticas. Para tanto, dá substância à lógica do sistema, coerência ao mesmo, transformando várias normas jurídicas num todo coerente, com prioridades e finalidades definidas e passíveis de serem compreendidas e ordenadas. ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, n. 9, dez. 2001, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

⁴⁴⁷ Nesse sentido aponta Emerson Gabardo: "Entrementes, o critério da anulação e da convalidação deixa de residir nos elementos do ato administrativo, e passa a ser condicionado pelo princípio da razoabilidade, que, neste caso, se mal realizado, poderá ser controlado pelo Judiciário, [...]. GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 205-206.

⁴⁴⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais". E conclui que "Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".⁴⁴⁹

Isso significa que as competências administrativas apenas podem ser exercidas de modo válido "[...] na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas".⁴⁵⁰ Desta forma, os atos cujo conteúdo ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo buscado resultam ilegítimos, pois exorbitam o âmbito da competência. Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.⁴⁵¹

O modo de proceder para alcançar a solução dos conflitos entre os interesses individuais e os interesses coletivos é trazido por Gustavo Binbenbojn:

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.⁴⁵²

Os autores apontam a existência de três elementos principais a serem considerados na adoção da proporcionalidade: I) adequação; II) necessidade e III) proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁵³

Adota-se neste estudo a terminologia proposta por José Joaquim Gomes Canotilho.⁴⁵⁴

A *adequação* exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem apropriadas a atingir os objetivos pretendidos.

⁴⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134.

⁴⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

⁴⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

⁴⁵² BINENBOJN, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 167.

⁴⁵³ Nesse sentido, com algumas alterações na terminologia, ora apontando a existência de três subprincípios: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 139; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209;

⁴⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270.

A *necessidade* ou menor ingerência possível impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos objetivos pretendidos, considerando que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”.⁴⁵⁵

A *proporcionalidade* em sentido estrito, ou justa medida, é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho “Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.⁴⁵⁶

Denota-se visível relação entre o princípio da proporcionalidade e a teoria dos princípios, de modo a reconhecer na proporcionalidade um instrumento valioso na consecução de uma interpretação com o menor prejuízo possível à efetividade dos diversos princípios constitucionais. Nesse sentido a observação de Robert Alexy:

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.⁴⁵⁷

Daí a se reconhecer no princípio da proporcionalidade forte aliado à aplicabilidade do princípio da proteção à confiança, ainda que, muitas vezes, agindo em desagrado à vontade expressada pela Administração Pública.

9.2.3 Princípio da presunção de legitimidade e veracidade

Os atos administrativos gozam de atributos que não tem igual nos atos de Direito Privado.⁴⁵⁸ Dentre tais atributos interessam ao presente estudo a presunção de legitimidade e veracidade, pautados no princípio da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

A Administração Pública, em decorrência do princípio da legalidade, só pode fazer o que a lei permite. Com base nos demais princípios inerentes à Administração, como da

⁴⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270.

⁴⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270.

⁴⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 111-112.

⁴⁵⁸ Tais atributos são presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

moralidade, faz com que sejam presumidos legítimos os atos por ela praticados, bem como se presumam verdadeiros os fatos por ela alegados.

A presunção de legitimidade é atributo específico dos atos administrativos, pois além de presumirem-se válidos, presumem-se também legítimos. Esta presunção é *iuris tantum*, ou seja, se o ato estiver em desacordo com o ordenamento jurídico, pode ser invalidado, mediante comprovação da ilegitimidade. Essa invalidação pode se dar pelo Judiciário ou pela própria Administração, em decorrência do princípio da autotutela.

Nesses casos, até que seja decretada sua invalidade, os atos devem ser cumpridos e produzem efeitos jurídicos.

A presunção de veracidade diz respeito à certeza que os atos administrativos foram editados de acordo com o mundo dos fatos. Essa presunção é relativa, ou seja, aceita prova em contrário, porque se assim não fosse, os administrados ficariam reféns dos caprichos dos agentes públicos.

Embora não se pretenda alongar a abordagem desse princípio, mostra-se relevante comentá-lo no presente estudo, pois o mesmo influencia os comportamentos e expectativas dos particulares no trato com a Administração Pública, em especial em procedimentos que, por força de lei, devem observar diversos princípios constitucionais e legais, e devem nortear a atuação da Administração, a exemplo de procedimentos licitatórios ou procedimentos que os substituam. Desta forma, atuam no comportamento dos particulares, reforçando as legítimas expectativas nos atos estatais e fortalecendo a aplicabilidade do princípio da proteção à confiança.

9.3 LIMITAÇÕES ÀS MUDANÇAS DE COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA CARACTERIZAÇÃO DE FIGURAS TÍPICAS

Embora não se negue à Administração as prerrogativas, típicas do regime jurídico-administrativo, dentre as quais de desfazer atos viciados, inconvenientes ou inoportunos, por vezes ao utilizá-las a Administração pode violar as expectativas ou incorrer em abusos que violam direitos dos administrados.

Para evitar que tais atitudes resultem em prejuízos, o direito oferece proteção com base na confiança em diversas situações, contudo, seria impossível prever todas essas ocorrências em textos legais. A proteção à confiança precisa do processo de concreção para que seja aplicado, e depende da atuação judicial no caso concreto para que seja efetivamente tutelado.

O julgador não está limitado aos textos legais. Em diversas oportunidades, para que seja viável esse trabalho, deve o magistrado se valer de conceitos que podem ser estranhos ao direito, a fim de mensurar se a conduta do agente está dentro do usualmente aceito pelos usos e costumes do tráfico jurídico, e para mensurar seu significado jurídico perante aqueles que a praticam.

Após reiterados julgamentos envolvendo casos semelhantes em que foram aproveitados elementos extrajurídicos para solução de conflitos, formam-se catálogos de jurisprudência e a sistematização destes catálogos reporta ao sistema o princípio fundamentador comum, agora de forma concreta.⁴⁵⁹

Sobre tal sistematização, comenta António Menezes Cordeiro:

O abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, por exigência do sistema, entende deter uma actuação que, em princípio, se apresentaria como legítima. Compete referir e analisar as situações típicas em causa. Com uma prevenção: não estamos perante uma classificação, mas antes em face de ordenações características. Surgem situações atípicas, ocorrências de sobreposição e ocorrências desfocadas, em relação aos núcleos duros dos diversos tipos. Nada disso retira utilidade à tipificação subsequente. Pelo contrário: devidamente usada, ela opera como um instrumento adequado para a realização do Direito.⁴⁶⁰

Esse processo é dinâmico, o que resulta numa constante mudança dos elementos caracterizadores da conduta típica. Contudo, quando tais características são comuns a uma série de situações, surgem conceitos que podem ser utilizados em todos os casos, podendo resultar na aplicação de soluções generalizadas para todos os casos assemelhados.

O agrupamento não é rígido, uma vez que a classificação dos casos não traz limites totalmente definidos, o que possibilita que uma ocorrência concreta se enquadre em mais de um grupo, como se demonstrará nos tópicos a seguir.

Para efeito desse estudo, adota-se a sistematização proposta no Direito Civil português por António Menezes Cordeiro,⁴⁶¹ procurando examinar a aplicação de tais grupos de casos às relações entre a Administração Pública e os particulares.

Tais figuras, apontadas em estudo anterior, serão agora abordadas dada a importância de sua aplicação também nesse trabalho, com as necessárias complementações que demonstrem sua aplicação nas relações extracontratuais da Administração Pública com os particulares.⁴⁶²

⁴⁵⁹ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p.140-141.

⁴⁶⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2013.

⁴⁶¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

⁴⁶² LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 139-140.

9.3.1 *Venire contra factum proprium*

O instituto *venire contra factum proprium* é aquele que veda, sob certos pressupostos e condições, os comportamentos contraditórios. Nesse caso existe clara ofensa à confiança, uma vez que o agente adota uma posição jurídica contrária àquela que vinha usualmente adotando.

Para sua caracterização exige-se dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferentes no decorrer do tempo. O primeiro - o *factum proprium* - é contrariado pelo segundo, e a situação representa um exercício inadmissível do direito. Importante ressaltar que o segundo *factum* pode ser inclusive legal ou contratualmente possível.

António Menezes Cordeiro aponta que o *venire contra factum proprium* pode se dar de diferentes formas:

Há diversas sub-hipóteses. O *venire* é positivo quando se traduza numa acção contrária ao que o *factum proprium* deixaria esperar; será negativo caso redunde numa omissão contrária no mesmo *factum*. Sendo positivo, o *venire* pode implicar o exercício de direitos potestativos, de direitos comuns ou de liberdades gerais.⁴⁶³

Não se trata o *venire contra factum proprium* de toda e qualquer contradição entre comportamentos. Tem como fundamento a proteção da confiança gerada na parte contrária pelo primeiro comportamento do titular do direito subjetivo.

Assim, o que se busca nessa hipótese não é proibir a adoção de condutas contraditórias ou proteger o primeiro ato praticado, mas sim resguardar os interesses daqueles que confiaram no comportamento inicial do agente e foram levados a uma situação que, em caso de adoção do segundo ato, em contrariedade ao primeiro, afetaria seus interesses, causando-lhes danos. Trata-se, portanto, de aplicação da teoria da confiança, do princípio da boa-fé e de exigência da própria segurança do tráfico jurídico.

A intenção manifestada inicialmente pode ser no sentido de praticar ou continuar praticando determinado ato ou no sentido de se abster de praticar certos atos. O segundo ato praticado passa a ser contraditório quando o agente deixa de fazer aquilo que usualmente vinha fazendo ou se propôs a fazer, ou passa a tomar atitudes que deu a entender que não tomaria.

Anderson Scheiber considera como pressupostos para a incidência do *venire contra factum proprium*: l) um *factum proprium*, ou seja, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento

⁴⁶³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2012.

contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.⁴⁶⁴

Também Judith Martins-Costa aponta os elementos necessários a viabilizar a proteção da confiança por meio do *venire contra factum proprium*:

a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte - porque confiou - neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.⁴⁶⁵

Em outros ordenamentos jurídicos a vedação de comportamentos contraditórios ou, ainda, o aproveitamento de posição obtida por meio da violação de uma norma jurídica, se apresentam sob diversas variantes. Na *common law*, tal tutela é assegurada pelo instituto do *estoppel*,⁴⁶⁶ enquanto na Argentina se enquadra na categoria genérica denominada *teoría de los actos propios*.⁴⁶⁷

O *venire contra factum proprium* tem aplicabilidade tanto nas relações contratuais celebradas entre a Administração Pública e os particulares, quanto nas relações extracontratuais. Aparentemente é a figura que tem um maior desenvolvimento judicial, pela aplicação em vários casos concretos,⁴⁶⁸ inclusive envolvendo a Administração Pública, seja pela abordagem doutrinária em estudos específicos sobre o tema.

Indica-se, no âmbito da Administração Pública, como precedente do Superior Tribunal de Justiça o julgamento do Recurso Especial nº 141.879/SP, que teve como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, com base na proibição de comportamentos contraditórios, impediu a pretensão do Município de Limeira de anular judicialmente contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, quando o próprio Município estava promovendo o loteamento, tomou dinheiro de interessados e tinha condições de regularizá-lo.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 271.

⁴⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 466.

⁴⁶⁶ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 142.

⁴⁶⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 18. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

⁴⁶⁸ Nesse sentido decidiu o STJ: 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. [...] PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 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 "*memo potest venire contra factum proprium*" e de que "*memo creditur turpitudinem suam allegans*". [...]. STJ. REsp. 47.015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, j. 16/10/1997, DJ 09/12/1997.

⁴⁶⁹ 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

Ainda no âmbito da Administração Pública verifica-se a invocação do *venire contra factum proprium* e seu acolhimento jurisprudencial tanto nas relações contratuais⁴⁷⁰ quanto extracontratuais.⁴⁷¹ Também em âmbito processual já foi aplicado.⁴⁷²

São várias as situações em que um comportamento inicial da Administração cria uma legítima expectativa de que determinado padrão de conduta será mantido. É essa confiança legítima que deve ser resguardada pela ordem jurídica, impedindo, por meio da aplicação do *venire contra factum proprium*, que a Administração passe a praticar atos contraditórios com o primeiro comportamento, observadas sempre as peculiaridades do caso concreto.⁴⁷³

pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. Recurso não conhecido. STJ. REsp. 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 17/03/1998, DJ 22/06/1998.

⁴⁷⁰ APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME. DIREITO PÚBLICO. ADMINISTRATIVO, CONTRATO ADMINISTRATIVO, CONCESSÃO. PEDÁGIO. RESCISÃO JUDICIAL. INADIMPLIMENTO DO PODER CONCEDENTE. O princípio da boa-fé objetiva impede o *venire contra factum proprium*, a conduta contraditória. As partes, ao celebrarem o contrato estabelecem uma relação de confiança de que não apenas o contrato será cumprido, mas também de que as ações não previstas contratualmente e ocorrentes na vida de relação, necessárias para alcançar o seu cumprimento, sejam exercidas por meio de comportamentos que indiquem a intenção de colaboração. Caso em que o Poder Concedente exerceu de forma ostensiva conduta contraditória com a de cumprimento do contrato afirmando publicamente que não iria dar ordem de início dos trabalhos e causou abalo na confiança de cumprimento do contrato, além de deixar de exercer no tempo e forma previstos no contrato obrigações cujo cumprimento era condição para o início da exploração da outorga de concessão, o que justifica a rescisão judicial a pedido da concessionária. [...] TJRS. Apelação e Reexame Necessário nº 70044786192, Rel. Denise Oliveira Cezar, j. 22/03/2012, DJ 27/03/2012.

⁴⁷¹ 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 - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - INOCORRÊNCIA 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. [...] TJRJ. Apelação 0013040-44.2000.8.19.0002 (2008.001.57879), Rel. Des. Edson Vasconcelos, 17ª Câmara Cível, j. 18/03/2009.

⁴⁷² Direito processual civil. Citação por edital. Decretação de nulidade pelo juízo de primeiro grau, ao fundamento de que não se teriam esgotado todos os meios para localização do réu. Exigência de esgotamento dos meios de localização que deve ser compreendida como necessidade de que se esgotem os meios disponíveis. Réu que foi procurado em sete endereços diferentes, em quatro Estados da Federação, não tendo sido localizado em nenhum deles. Constatação de que está o demandado em lugar ignorado. Reconhecimento de que todos os meios possíveis, disponíveis, para localização do réu foram usados. Decisão recorrida, ademais, que viola o princípio da boa-fé objetiva, e seu corolário da vedação de comportamento contraditório, pois o juízo de primeiro grau decretou a invalidade da citação para que se expedisse ofício que ele próprio, anteriormente, já tinha indeferido ao fundamento de que a diligência seria inútil. *Nemo venire contra factum proprium*. Princípio da boa-fé objetiva em sede processual, que se aplica a todos os sujeitos do processo, inclusive ao juiz. Recurso provido. TJRJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0051019-26.2012.8.19.0000 - SEGUNDA CAMARA CIVEL - REL. DES. ALEXANDRE CAMARA - Julgamento: 03/10/2012.

⁴⁷³ No sentido da necessária análise do caso concreto: "A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisível na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial". MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 469.

9.3.2 *Tu quoque*

A expressão *tu quoque*⁴⁷⁴ significa “até você” ou “também você”. No âmbito jurídico representa um dos dois desdobramentos da teoria dos atos próprios, sendo o outro o *venire contra factum proprium*. Representa a regra que veda o exercício de um direito subjetivo obtido às custas da violação de uma norma jurídica, legal ou contratual.

António Menezes Cordeiro explica que o *tu quoque*:

[...] exprime a máxima segundo a qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso: - ou prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; - ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio; - ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.⁴⁷⁵

Isso porque ofende o sentimento de justiça que um sujeito desrespeite um comando e depois, aproveitando-se de violação a norma jurídica por ele mesmo perpetrada, deseje exigir de outrem seu acatamento, ao exercer contra esse um direito subjetivo.

O campo de aplicação primordial é o contratual,⁴⁷⁶ contudo, tem sido alargada sua aplicação também em âmbito extracontratual.

Judith Martins-Costa aponta que no Direito alemão o *tu quoque* retrata a regra pela qual “perante violações de normas, as possibilidades de sanção são limitadas para aquele que perpetrou, ele próprio, violações de normas”. Relata, ainda, ter como importante variante a doutrina da *Verwirkung*, ligada aos institutos da prescrição e decadência, segundo a qual o exercício do direito paralisado (*verwirkt*) aparece como um exercício inadmissível do direito e, correlatamente, como um abuso intolerável o fato da parte se amparar no fato

⁴⁷⁴ A expressão ficou célebre pela frase de Júlio César ao ser assassinado no dia 15 de março de 44 a.C.. Quando Júlio César entrava no Senado, os conspiradores o envolveram armados de punhais. Júlio César recebeu 23 punhaladas, e suas palavras derradeiras demonstram o abalo na confiança pela participação de pessoas próximas, inclusive Brutus, seu filho único e adotivo: *Tu quoque, Brutus, fili mi!* (Até tu, Brutus, meu filho!).

⁴⁷⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2012.

⁴⁷⁶ Em estudo anterior, ao tratar da relação contratual, apontou-se que: “No denominado *tu quoque* contratual, aquele que, ao descumprir os deveres pactuados, altera a harmonia da estrutura sinalagmática, atinge o conteúdo das prestações contrapostas e não pode, sob pena de caracterização de abuso, pretender seu cumprimento estrito. De forma geral a pessoa que desequilibra a relação obrigacional pactuada não pode, posteriormente, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu, sendo, em alguns casos, até mesmo extinto o seu direito ou modificado o seu alcance. Agir dessa forma representa exercer direito contrário à boa-fé, violando o princípio da confiança, em afronta ao art. 422 e praticando ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil Brasileiro”. E adiante complementou-se: “No que concerne ao presente estudo, embora uma das cláusulas denominadas exorbitantes nos contratos administrativos seja a não invocação, pelo particular, da exceção do contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus*, denota-se que aos poucos os autores e até mesmo a legislação trazem a possibilidade dessa invocação pelo particular. Nesse sentido, sob o enfoque do *tu quoque*, seria possível a tutela da ordem jurídica aos particulares que, diante da falta de cumprimento por parte da Administração, de algum dos seus deveres, possa causar um desequilíbrio na harmonia das relações contratuais”. LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 145.

de não ter ainda transcorrido o prazo legal de prescrição ou na falta absoluta de prazo para tal medida. Age com eficácia negativa, denegando a existência de um direito, ao impedir que o mesmo se realize. Por fim, aponta ainda ter forte aplicação no Direito Público. Traz como paradigmática a decisão, na Alemanha, ainda em 1908, onde se decidiu que:

[...] quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato.⁴⁷⁷

Defende Ricardo Seibel de Freitas Lima que a obrigação pode ser entendida como um todo e como um processo, sendo uma das hipóteses cabíveis a falta de cumprimento de deveres anexos de informação por uma das partes, suficientemente grave a ponto de desequilibrar a harmonia do sinalagma, podendo tornar inadmissível o exercício do direito subjetivo da parte contrária, caso a prestação não tenha sido cumprida em todos os pontos.⁴⁷⁸

A Administração que não cumpriu integralmente os seus deveres e com isso abalou o equilíbrio de uma relação não pode, sob pena de ofensa à boa-fé e à confiança, exigir que a outra cumpra rigorosamente com sua prestação.

No que concerne à jurisprudência pátria, o instituto tem sido invocado e reconhecido em diversos julgados, predominantemente nas relações entre particulares,^{479 480} mas também quando envolve a Administração Pública.

⁴⁷⁷ RGZ 67 – 1908 – 313-321, traduzida e transcrita por Menezes Cordeiro, *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 462.

⁴⁷⁸ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 20. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

⁴⁷⁹ Exemplo de acolhimento de *tu quoque* no âmbito do STJ: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCAÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS SINTETIZADA NOS BROCARDOS LATINOS 'TU QUOQUE' E 'VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM'. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Genebra. 3. Inexistência de lei dispendo sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. Recurso Especial desprovido. STJ. Resp 1.192.678/Pr, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 13/11/2012, DJe 26/11/2012.

⁴⁸⁰ Exemplo de acolhimento de *tu quoque* contratual no âmbito do TJRS: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO-ESPECIFICADO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE INFORMAÇÃO E ASSISTÊNCIA. ATO ILÍCITO OBJETIVO DE NATUREZA EXTRA CONTRATUAL. [...]. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. TU QUOQUE*. [...] I. Tendo em vista o Código Civil em vigor ter sido elaborado sob a perspectiva de novos valores e princípios jurídicos norteadores do direito privado, dentre os quais o da eticidade, o art. 422 do CC/02 pressupõe interpretação e leitura extensiva, no sentido de que os contratantes devem guardar a probidade e boa-fé não apenas na conclusão e execução do contrato, mas também na fase preparatória e na sua extinção (fases pré e pós contratual). A boa-fé prevista no art. 422 do Código Civil

Embora predomine no campo contratual, é cabível também nas relações extracontratuais, inclusive no que se refere aos procedimentos licitatórios, como retrata o seguinte julgado:

Direito Administrativo. Direito Processual Público. Procedimento licitatório. Agravo de Instrumento visando à concessão de medida liminar para determinar a inclusão do agravante no procedimento licitatório, inabilitado no curso do processo, ao fundamento de que apresentou declaração de modelo diverso daquele contido no edital de convocação. Declaração emitida nos mesmos moldes que foi aceita pela Administração Pública em procedimentos licitatórios anteriores. Aplicação de critérios valorativos distintos para situações jurídicas substancialmente idênticas (*tu quoque*). Ferimento ao princípio da boa-fé, que à Administração Pública também se aplica. Recurso a que se dá provimento monocraticamente. TJRJ. Agravo de Instrumento 0045425-36.2009.8.19.0000 (2009.002.39218), Rel. Des. Alexandre Câmara, 2ª Câmara Cível, j. 24/11/2009.

Assim, entende-se plenamente viável a invocação da figura, no sentido de resguardar a confiança, também no que se refere às relações extracontratuais, seja nas negociações preliminares, seja na fase contratual e pós-contratual.

9.3.3 *Exceptio doli*

A *exceptio doli*, ou exceção de dolo é uma das formas pela qual a parte pode deixar de cumprir a obrigação (ainda que temporariamente) que, em situação normal, estaria obrigada a satisfazer, baseada no dolo da parte contrária.

Antônio Menezes Cordeiro leciona que exceção, em direito substantivo, é “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente”.⁴⁸¹

A *exceptio doli* remonta do direito romano onde constituía, juntamente com a *clausula doli* e a *actio de dolo*, as três defesas específicas contra o dolo.

Trata-se de exceção, que paralisa a pretensão. Era reconhecida à *exceptio doli* uma dupla função: I) o réu alegava a prática, pelo autor, de dolo no momento em que a situação

representa regra de conduta adequada às relações negociais, correspondendo às expectativas legítimas que as partes depositam na negociação. Uma vez demonstrado nos autos o descumprimento, pela demandada, do dever de informar à autora acerca dos riscos do serviço por aquela oferecido, concernentes na recuperação de créditos fiscais, resta caracterizada a violação positiva do contrato, por descumprimento do dever anexo (*Nebenpflichten*) de informação. Evidenciado, ainda, o descumprimento do dever anexo de assistência, tendo em vista que diante da glosa do Fisco aos creditamentos realizados pela autora, por orientação da ré, exigiu esta a celebração de novo contrato para buscar, em juízo, os créditos fiscais que havia prometido à autora na via administrativa. [...] III. Cabimento da indenização por danos morais causados à demandante. Incidência do instituto *tu quoque*, derivação do *venire contra factum proprium* no âmbito contratual, a respeito do qual se objetiva vedar a adoção de comportamentos contraditórios no interior de relações obrigacionais com referência a determinado direito subjetivo derivado do contrato. [...]. TJRS. Apelação Cível nº 70033434200, Rel. Liege Puricelli Pires, 17ª Câmara Cível, j. 08/04/2010, DJ 26/04/2010.

⁴⁸¹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 719.

jurídica se formara (*exceptio doli praeteriti* ou *specialis*) e II) o réu contrapunha à ação a incursão do autor em dolo, no momento da discussão da causa (*exceptio doli praesentia*, ou *generalis*).⁴⁸² A segunda função desenvolveu-se de forma considerável, permitindo enfrentar situações mais tarde apresentadas ao abuso de direito.⁴⁸³

Relata António Menezes Cordeiro que a *exceptio doli* teve papel histórico relevante, mas sua aplicação tende a decrescer, seja pela exigência de comprovação de dolo, seja também por apresentar-se como um conceito vago, cujas aplicações, na prática, também podem ser incluídas em outros tipos.

Contudo, tal exceção pode ainda funcionar como importante meio de defesa para aquele que se vê compelido a cumprir uma pretensão não conferida pela ordem jurídica, ainda que supostamente baseada em norma genérica, desde que tal conduta se apresente como dolosa e contrária aos padrões da boa-fé e da confiança.

Embora sua alegação seja ato processual, defende José Gustavo Souza Miranda que, em determinados casos, pode gerar efeitos no âmbito de direitos materiais, em situações em que o deferimento em favor do demandado tem caráter satisfativo, representando a impossibilidade do demandante voltar a exercer sua pretensão.⁴⁸⁴

A *exceptio doli* tem maior aplicação nas situações nas quais se verifica abuso de direito e não visa fulminar o direito da parte adversa, mas sim impedir que a ação acarrete prejuízos ao demandado.

Ricardo Seibel de Freitas Lima aponta que a *exceptio doli* é mencionada em acórdão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 39.322, que teve como Relator o Ministro Afrânio Costa. Nesse julgado, apesar de não conhecer do recurso, a turma entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli* para paralisar a cobrança executiva de dívida comum, efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.⁴⁸⁵

Luciano de Camargo Penteado exemplifica caso de cabimento da figura de *exceptio doli*, por parte da prefeitura, quando dolosamente arrecada recursos por meio de contratos de compromisso de compra e venda que pretende depois anular. Defende que “contra a

⁴⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 456.

⁴⁸³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 723.

⁴⁸⁴ José Gustavo Souza Miranda exemplifica com as obrigações de fazer, quando seu objeto é a execução de uma certa tarefa, em lugar e tempo determinados. MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 147.

⁴⁸⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 15. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02. dez. 2007.

pretensão anulatória, os prejudicados tem a seu favor a exceção de dolo para fazer valer um conteúdo de justiça material imperativo, decorrente da regra da boa-fé objetiva”.⁴⁸⁶

Com aplicação predominantemente contratual,⁴⁸⁷ pode, em determinados casos, ter aplicação nas relações extracontratuais, quando a conduta da Administração for pautada por caprichos e vontades dos dirigentes do momento, que, por razões diversas, pode não corresponder à conduta esperada ou à expectativa criada nos particulares.

9.3.4 *Supressio e Surrectio*

Um direito não exercido durante um determinado lapso temporal gera na parte contrária a expectativa de que o titular do direito dele abdicou.

Em alguns casos o exercício após longo tempo pode gerar prejuízos à parte contrária.

Para evitar tais ocorrências que afrontam a confiança e podem gerar prejuízos, invoca-se a *supressio*.⁴⁸⁸ Essa se caracteriza quando o titular de um direito subjetivo, em dadas circunstâncias, não o exerceu em determinado lapso temporal. Deve-se esclarecer que, embora transcorrido considerável tempo, ocorre em casos não subsumíveis nem à prescrição, nem à decadência. A *supressio* retira, suprime a possibilidade do titular exercer tal direito sob pena de afronta à boa-fé e à confiança.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista Eletrônica Thesis**, São Paulo, jun. 2008, p. 57. Disponível em <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/8_luciano.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁴⁸⁷ Conforme reportado em estudo anterior: “Nos contratos administrativos firmados entre a Administração e os particulares é possível, em tese, imaginar a aplicação dessa exceção, quando a Administração exerce um direito que, apesar de reconhecido contratualmente de forma genérica (por exemplo, as cláusulas exorbitantes), apresente-se, no caso concreto, como uma conduta dolosa e contrária aos padrões de lealdade que se deve esperar da Administração Pública, principalmente porque obrigada a observar a legalidade e a moralidade”. Apontou-se, também, caso onde se entende aplicável a exceção: “trata-se de contratos celebrados por sociedade de economia mista federal, onde foi constatada a concessão de diversos avais, pela Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE, em empréstimos internacionais em favor de empresas privadas, contrariando a lei e os estatutos próprios. Alegou-se, no caso, falsificação de assinaturas, o que poderia obstar eventual pretensão executória dos avais, pela aplicação da exceção”. LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 148.

⁴⁸⁸ Quanto à terminologia adotada, esclarece António Menezes Cordeiro: “Propusemos o termo *supressio* para exprimir o alemão *Verwirkung*. Recorremos ao latim, dentro das tradições nacionais, para evitar o deselegante recurso ao alemão e na impossibilidade de adaptar locuções portuguesas. De facto e entre nós, já foram propostas as locuções “caducidade”, “exercício inadmissível do direito”, “decadência”, “inibição”, “paralisação”, “preclusão” e “perda”. São todas reconhecidamente inadequadas, seja por assumirem outros significados técnicos que, aqui, não ocorrem, seja por traduzirem efeitos e não causas. CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2012.

⁴⁸⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 797.

Pode-se citar como exemplo de ocorrência danosa a cobrança de dívidas após o transcurso de longo tempo, que resulta em reajustes de valores (correção monetária e juros) que representam quantias muito superiores às devidas pelos índices normais de correção. Quanto maior o tempo decorrido entre o momento em que passa a ser exigível a dívida e a efetiva cobrança, maior será o prejuízo do devedor. Nesse caso, não se poderia impedir a cobrança, mas poderia ser limitado o ganho em função da demora no exercício do direito, que resultou num aumento indevido das responsabilidades pecuniárias do devedor. Pode-se ainda invocar a *supressio*, em determinados casos, pelo tempo decorrido sem que o direito fosse exercido, o que poderia gerar no devedor a expectativa de que o credor abriu mão do reajuste.

A *supressio* teve origem jurisprudencial no Direito alemão, com desenvolvimento especialmente a partir da Primeira Guerra Mundial, com a conturbação social e econômica instalada no país, em especial com o fenômeno da inflação. Se do lado do credor a correção dos valores originais visava manter o valor real do negócio, do lado do devedor essa correção poderia causar desequilíbrio na relação contratual, representando elevados ônus para o devedor. Foi o equilíbrio na relação, combinado com o fator tempo, que motivou os juízes alemães, nas causas em que foi invocada.⁴⁹⁰

Assim, pode-se depreender que a demora no exercício de um direito que cause desequilíbrio na relação e prejuízo para a parte contrária viola a lealdade e a confiança que devem nortear as relações obrigacionais.

José Gustavo Souza Miranda ressalta que, como nos demais casos, para a verificação da *supressio* no caso concreto, embora existam aspectos subjetivos, predominam os aspectos objetivos, a saber: I) existência de efetivo prejuízo; II) conduta normal, que gera confiança na parte contrária; III) atuação segundo princípio da boa-fé.⁴⁹¹

A *surrectio* (surgimento) é o nascimento de um direito pela prática continuada de determinada atuação, seja por ação ou por omissão, da parte contrária.

O direito surge como resguardo da confiança na continuidade de tal procedimento. Caracteriza-se como aplicação do princípio da proteção à confiança nos interesses daquele que confiou na conduta alheia.

Pode-se dizer que é a mesma situação da *supressio*, vista sob o ponto de vista da contraparte. António Menezes Cordeiro chega a afirmar que a *supressio* é a visão ao contrário do verdadeiro fenômeno jurídico, a *surrectio*.⁴⁹²

⁴⁹⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 802.

⁴⁹¹ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p.145-146.

⁴⁹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 824.

A *supressio* e a *surrectio* não se confundem com a prescrição e com a decadência, pois se aplicam a direitos ainda não alcançados por tais institutos. Isso porque na prescrição e na decadência o direito positivo prevê prazos determinados, ao passo que na *supressio* e *surrectio* o prazo depende das circunstâncias do caso concreto.

Pode-se apontar que o Código Civil de 2002 traz em seu art. 330⁴⁹³ exemplo de situação que poderia caracterizar-se como *supressio* ou *surrectio*. Trata-se da presunção de renúncia do credor quanto ao local de pagamento previsto contratualmente, quando reiteradamente realizado em outro lugar.

Nas relações entre particulares e Administração Pública também são cabíveis as mencionadas figuras, seja em âmbito contratual ou extracontratual.

No âmbito das obrigações envolvendo entidade prestadora de serviço público, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou tais institutos para julgamento de questão envolvendo a cobrança de quantias devidas por previsão constante em contrato de mútuo firmado entre usuários e empresa de fornecimento de energia elétrica. A empresa pleiteava os pagamentos após o transcurso de 15 (quinze) anos da celebração do contrato. Embora não se tenha reconhecido o limite ao exercício de direito subjetivo para paralisar a pretensão da empresa concessionária no caso concreto, a ementa serve como exemplo de invocação da figura, no âmbito do Direito Administrativo.⁴⁹⁴

No âmbito extracontratual são diversas as decisões em variados Tribunais, que vêm alargando a aplicação do instituto. Vale como exemplo causa envolvendo o Município do Rio de Janeiro, cuja ementa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDOS CUMULADOS DE INDENIZAÇÃO E DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. IMÓVEL PÚBLICO. ÁREA *NON AEDIFICANDI*. BOA-FÉ DOS DETENTORES. DIREITO A INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO RECONHECIDOS.

⁴⁹³ Lei nº 10.406/02:

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

⁴⁹⁴ Administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mútuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Cláusula contratual. Princípio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. "*Supressio*". 1. A "*supressio*" constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para a sua configuração exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro. 2. Não caracteriza conduta contrária à boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mútuo não só permitiu a expansão da rede pública de concessionário de serviço público de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança da tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo apelado durante todo este tempo, não há falar em paralisação do direito subjetivo. 3. Conquanto tenha o contrato de mútuo firmado entre o usuário e a concessionária do serviço público de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, tem direito o usuário de receber o montante atualizado pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja prestação e remuneração na forma do contrato de concessão. Recurso provido por ato do relator. Art. 557 do CPC. Precedente do STJ. TJRS. Apelação Cível 70001911684, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, 2ª Câmara Cível, J. 04/12/2000.

VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. TEORIAS DA *SUPRESSIO* E DA *SURRECTIO*. [...]. Incontestemente a natureza pública do terreno ocupado, a permanência do particular só se justifica diante de autorização ou tolerância do Poder Público, sem que tal ato transforme posse precária em permissão de uso. Se este particular, mero detentor, erigiu imóvel residencial, com a inequívoca ciência do Ente Público o qual, inclusive, cobrava e recebia impostos, é curial que gerou expectativas aos ocupantes. Aplicáveis à hipótese as teorias do *venire contra factum proprium* (proibição do comportamento contraditório), da *Supressio* (*Verwinkung*) e da *Surrectio* (*Erwirkung*). Presentes, na hipótese, todos os requisitos para a caracterização da *supressio*, quais sejam: a omissão do Município durante quase 3 décadas ao exercício do direito a cobrança de tributos incidentes sobre as acessões; o transcurso de lapso temporal significativo e, por último, e também por corolário dos primeiros, os indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido. Reconhecido o direito de indenização aos ocupantes de boa-fé, consequentemente deve ser reconhecido o de retenção. [...].

Embora o julgado colacionado demonstre a aplicação da *supressio* e *surrectio* contra entidade pública, por dever à verdade alerta-se que posteriormente, no STJ, o recurso interposto pelo Município do Rio de Janeiro foi conhecido e provido, no sentido de não ser viável a retenção e não ser devida a indenização, uma vez que se tratava de bem público.⁴⁹⁵

Entende-se que nas relações extracontratuais entre a Administração Pública e os particulares, com as ressalvas e as cautelas necessárias no trato de interesses públicos e, muitas vezes indisponíveis, é possível cogitar da aplicação da *supressio* e da *surrectio*, nos casos de entendimentos consolidados ao longo dos anos pelas práticas administrativas.⁴⁹⁶

9.3.5 Inalegabilidade de nulidades formais

Outra figura que restringe o exercício de direitos em determinados casos é a inalegabilidade de nulidades formais, desde que presentes alguns requisitos específicos.

Antônio Menezes Cordeiro resume e caracteriza o instituto:

À partida teríamos, aqui, apenas uma concretização do *venire contra factum proprium*: num primeiro tempo o agente daria azo a uma nulidade formal, prevalecendo-se do negócio (nulo) assim mantido enquanto lhe conviesse; na melhor (ou pior) altura, invocaria a nulidade, recuperando a sua liberdade. Haveria uma grosseira violação da confiança com a qual o sistema não poderia pactuar.⁴⁹⁷

Impede a alegação da nulidade pela parte a quem esta aproveitaria, quer por ter dado causa a esta, quer por se tratar de nulidade de forma, não de conteúdo.

⁴⁹⁵ STJ. AgRg no Ag 1343787/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 01/03/2011, DJe 16/03/2011.

⁴⁹⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 23. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

⁴⁹⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2012.

A alegação de nulidades formais por uma parte, com o fito de deixar de cumprir obrigação assumida, será tida por abusiva em casos especiais, tais quais quando a parte contrária, estando em situação de boa-fé subjetiva quanto à existência de nulidade, tenha sua confiança afrontada e experimente prejuízos.⁴⁹⁸

Contudo, considerando que no âmbito do Direito Administrativo, por vezes torna-se impossível a manutenção do ato ou negócio jurídico eivado de nulidade formal insanável, poderá a consequência do reconhecimento do abuso ficar limitada à reparação dos danos.

Assim como as demais figuras, tem aplicação tanto nas relações privadas⁴⁹⁹ 500 quanto nas relações envolvendo a Administração Pública.

Exemplo de aplicação da inalegabilidade de nulidades formais, no âmbito das obrigações envolvendo a Administração Pública, é trazido no julgamento envolvendo o Município de João Pessoa que pleiteava a anulação de contrato celebrado há mais de 35 anos com Estação Rodoviária de João Pessoa Ltda., com base em nulidade a que a própria Administração teria dado causa. No julgamento ficou assentado que a nulidade não

⁴⁹⁸ António Menezes Cordeiro propõe os contornos de aplicabilidade do instituto, da seguinte forma: “— a inalegabilidade exige, à partida, os pressupostos (os quatro) da tutela da confiança, tal como vimos a propósito do *venire*; — além disso, temos de introduzir mais três requisitos: 1.º Devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas; não, também, os de terceiros de boa fé; 2.º A situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; 3.º O investimento de confiança deve ser sensível, sendo dificilmente assegurado por outra via”. Quanto aos quatro requisitos da tutela da confiança, propõe: “1.a Uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjectiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; 2.a Uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocar uma crença plausível; 3.a Um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; 4.a A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante: tal pessoa, por acção ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao factor objectivo que a tanto conduziu.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2012.

⁴⁹⁹ Ricardo Seibel de Freitas Lima traz exemplo da aplicação dessa figura em decisão de Tribunal português que, num caso de contrato de empréstimo, sem o reconhecimento notarial da assinatura do representante do credor, com violação expressa a dispositivo de lei, não aceitou a alegação de nulidade em razão do vício de forma por parte do devedor. A decisão retratou entendimento pela caracterização de abuso do direito, uma vez que o devedor, conhecedor *ab initio* da nulidade formal invocada, sempre pautou sua conduta de forma consentânea com o intuito de cumprir o contrato e de não o discutir: Portugal. Relação de Lisboa. Recurso nº 3540/97. Relator Lino Augusto Pinto. j. 31.05.1998. **Boletim do Ministério da Justiça de Portugal**, n. 475, 1998, p. 754-756. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 22-23. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

⁵⁰⁰ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO. 1. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva. 2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença. 3. Recurso especial não provido. STJ. REsp 1.040.606/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 24/04/2012, DJe 16/05/2012.

aproveita a quem lhe deu causa, portanto, na hipótese, não poderia o Município se prevalecer da situação jurídica por ele criada.⁵⁰¹

Outra decisão com base nessa figura é o caso do Município de Limeira que teve rechaçada a pretensão de anular judicialmente contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, invocando a irregularidade do loteamento, quando o próprio Município estava promovendo o loteamento, tomou dinheiro de interessados e tinha condições de regularizá-lo. Assim, entendeu-se injustificada a pretensão à anulação dos negócios por nulidades formais.⁵⁰²

Também nos procedimentos licitatórios já se reconheceu a aplicabilidade do instituto, em causa onde o ente licitante reiteradas vezes promoveu a anulação ou revogação do certame. A anulação com embasamento em vícios de sua responsabilidade.⁵⁰³ Portanto, cabível na fase pré-negocial, representada pelo procedimento licitatório ou outro que o substitua.

⁵⁰¹ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE CONCESSÃO. RESCISÃO UNILATERAL PELO PODER PÚBLICO. [...]. III - É assente a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a nulidade não aproveita a quem lhe deu causa, destarte, na hipótese "*sub examen*", não poderia a recorrida se prevalecer de uma situação jurídica por ela criada (contrato celebrado há mais de 35 anos), para auferir vantagem em detrimento do direito da ora recorrente. [...]. STJ. REsp. 75.502/PB, Rel. Min. José de Jesus Filho, 1ª Turma, j. 23/11/1995, DJ 26/02/1996.

⁵⁰² 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 está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. [...]. STJ. REsp. 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 17/03/1998, DJ 22/06/1998. Esse mesmo julgado já foi analisado quando do estudo do *venire contra factum proprium*, o que demonstra a inexistência de limites totalmente pré-definidos, e a possibilidade de invocação de mais de uma das figuras, quando da análise do caso concreto.

⁵⁰³ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. SUCESSIVAS REVOGAÇÕES E ANULAÇÕES DE CERTAMES ANTERIORES. FINALIDADE. IMPOSIÇÃO INJUSTIFICADA DE ÓBICE À PARTICIPAÇÃO DA IMPETRANTE NAS LICITAÇÕES. ILEGALIDADE DA CONDUTA DA AUTORIDADE COATORA. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. NEGLIGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO EMERGENCIAL. HIPÓTESES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE. EXCEÇÃO. 1. Ressalvadas as hipóteses previstas na legislação, as obras, serviços, compras e alienações promovidas pela Administração serão precedidas de licitação pública, a qual tem por finalidade observar o princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta que lhe for mais vantajosa. Inteligência do artigo 37, XXI da Constituição Federal c/c artigo 3º, caput da Lei nº 8.666/93. 2. Afigura-se ilegal a conduta perpetrada pela autoridade coatora que, por meio de sucessivas revogações e anulações das licitações promovidas, busca impedir a participação da impetrante, de forma injustificada, em qualquer procedimento vise à contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza e conservação, fato que contraria os princípios constitucionais da igualdade, da moralidade e da impessoalidade. 3. A atuação do administrador deve sempre orientar-se à consecução do interesse público, observando-se, contudo, que não possui a disponibilidade do interesse a que persegue. 4. A negligência da conduta da Administração não pode servir como fundamento à caracterização de situação emergencial criada ao talante do administrador, na medida em que a realização de licitação para compra de bens e serviços é a regra a ser seguida. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade constituem exceções, nos estreitos limites preconizados nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. Remessa oficial improvida. TRF1. Remessa *Ex Officio* em MS nº 1999.32.00.006180-5-AM, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, 5ª Turma, j. 07/06/04, DJ 30/05/2005.

9.3.6 Desequilíbrio no exercício jurídico

Por fim, nos casos de desequilíbrio no exercício jurídico enquadram-se as situações em que o exercício de um direito subjetivo, ainda que previsto em norma, se torna inadmissível quando desproporcional em seus efeitos, trazendo como consequência causar injustiça no caso concreto.

São os casos comuns de abuso, que englobam todas as situações onde há um exercício inútil danoso à parte contrária; onde se exige algo que o agente sabe que deve, em seguida, restituir; ou onde haja desproporção entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto ao outro.

Antônio Menezes Cordeiro aponta que o desequilíbrio no exercício jurídico que se revela pela desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem é uma das espécies de exercício inadmissível de situações jurídicas ativas.⁵⁰⁴

O autor exemplifica as situações como o "desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais".⁵⁰⁵ Como exemplos de exercício de poder-sanção por falta insignificante tem-se a exceção de contrato não cumprido e a resolução do negócio por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte.

Ricardo Seibel de Freitas Lima traz exemplos históricos da aplicação desta figura:

(i) na França, ainda em 1853, a célebre decisão que condenou o proprietário que construiu, em seu terreno, uma falsa chaminé para vedar a luz do dia a uma janela do vizinho; (ii) a condenação, em 1915, do proprietário que erguera, em seu imóvel, uma estrutura com barras de ferro, destinada a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho; (iii) a decisão, na Alemanha, que considerou abusivo o ato do pai que, motivado por desavenças, proibira a entrada do filho no interior de seu castelo, onde se localizava o sepulcro da mãe; e (iv) na literatura, por fim, há um famoso caso de desequilíbrio no exercício jurídico de um direito, consistente na cobrança da dívida do famoso texto *O Mercador de Veneza*.⁵⁰⁶

No âmbito das obrigações envolvendo entes públicos, aponta-se como exemplo de aplicação de desequilíbrio no exercício jurídico de um direito a utilização de uma previsão contratual de inscrição de outro ente político em cadastro de inadimplentes, por débitos de

⁵⁰⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 857-860.

⁵⁰⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 857.

⁵⁰⁶ Quanto ao último exemplo, consta que o personagem Shylock, frente ao não pagamento de uma dívida no prazo legal, ao invés de aceitar o pagamento do valor combinado ou o valor combinado com acréscimos, pretende executar a multa pactuada para a inadimplência, constante em extirpar uma libra de carne do mercador Antônio, ainda que isso cause sua morte. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 22-23. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

pouca monta, de origem duvidosa ou de data recente, irrelevantes ou sem qualquer repercussão para qualquer das partes, tendo como efeito prejudicial inviabilizar o acesso da entidade ao recebimento de repasses ou ao acesso a financiamentos.⁵⁰⁷

Nas relações obrigacionais entre a Administração e particulares pode-se trazer como exemplos, à semelhança do anterior, a declaração de inidoneidade ou a proibição para contratar por pequenas falhas, como por exemplo, atraso de poucos dias na apresentação de comprovante de pagamento de tributos e contribuições; ou de renovação de certidões; ou ainda apresentação de notas fiscais contendo erros. Os efeitos são altamente prejudiciais ao contratado que se vê impossibilitado de participar de certames e de contratar com a Administração, o que pode gerar, inclusive, sua inadimplência, colocando em risco a sobrevivência da empresa.

Pelo que foi visto, existem diversas figuras típicas que, após longo caminho percorrido na jurisprudência e na doutrina, acabam por direcionar o entendimento do Judiciário ao analisar os casos concretos. Essas figuras servem também de embasamento para guiar a atividade da Administração Pública no sentido de evitar a prática de atos condenáveis e que causem prejuízos aos particulares que com ela contratam ou mantêm tratativas.

⁵⁰⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007, p. 24. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

10 FORMAS DE PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Em outros tópicos foram trazidos os contornos do princípio da proteção à confiança e os deveres impostos às partes nas diferentes fases da negociação.

Contudo, de nada adianta tal estudo se não for garantida efetividade ao princípio. Isto significa reconhecimento de sua aplicabilidade no cotidiano da Administração Pública.

O princípio de proteção à confiança opera de diferentes formas. São três as perspectivas de atuação, conforme apontado por Soren Schonberg:⁵⁰⁸ I) proteção procedimental; II) proteção substancial; III) proteção compensatória.

De forma didática pode-se diferenciar estas formas de atuação da seguinte maneira:

A proteção procedimental é a tutela que garante a necessidade de ser observado um procedimento processual prévio à adoção de medidas pela administração, que resultem na violação de uma expectativa legítima, tragam prejuízos ou reduzam vantagens já concedidas aos administrados.

A proteção substancial da confiança significa a tutela da confiança do particular mediante normas jurídicas que visam à manutenção e estabilização das relações jurídicas decorrentes da relação entre a Administração Pública e o particular, diante de legítimas expectativas criadas neste por comportamentos da Administração. Pode se dar de diferentes formas: pela preservação do ato e pela criação de regras de transição.

Por fim, entende-se como proteção compensatória da confiança o dever estatal de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas legitimamente depositadas pelos particulares no comportamento da Administração.

Por certo que cada ocorrência concreta merecerá um tipo de tutela específica. Muitas vezes com a aplicação combinada de mais de uma dessas formas, o que, aliás, é apregoado por Soren Schonberg.⁵⁰⁹

No que se refere à aplicabilidade dos diferentes tipos de tutela, aparentemente há uma tendência a privilegiar a proteção substancial.⁵¹⁰ E sua utilização preferencial é justificada por Rafael Maffini:

[...] a proteção substancial da confiança no direito Administrativo é - inegavelmente - o seu principal modo de concretização, porquanto enseja a estabilização de

⁵⁰⁸ SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford Press, 2000, p. 1, 31, 64, 217.

⁵⁰⁹ SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford Press, 2000, p. 239.

⁵¹⁰ Nesse sentido Hartmut Maurer prega prevalecer a preferência da proteção substancial da confiança sobre as demais (proteção procedimental e compensatória): “[...] a proteção da confiança visa, em primeiro lugar, à proteção da existência. Contudo, também são possíveis soluções mediadoras que, por um lado, possibilitam a correção ou adaptação necessária, mas também, por outro, consideram o interesse da confiança do afetado. Em consideração entram soluções transitórias de tipos diferentes, ademais, indenizações para o prejuízo que o cidadão sofreu pela revogação de uma regulação estatal ou decisão”. MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 86.

condutas estatais no intuito de não se permitir a abrupta frustração da confiança que nelas os administrados legitimamente depositaram.⁵¹¹

Valter Shuenquener de Araújo comenta que:

Não existe, conforme adverte HANS HUBER, uma uniformidade na solução dos problemas relacionados com a tutela de expectativas legítimas, muito embora a tendência doutrinária e da jurisprudência seja a de assegurar, em primeiro plano e como regra geral, uma proteção através da preservação do ato, tornando-se a proteção compensatória uma medida excepcional.⁵¹²

Portanto, embora se denote certa preferência pela proteção substancial da confiança, é fato que as demais formas também têm sua importância na aplicação do princípio.

De modo especial no presente estudo, sobre a violação do princípio nas relações extracontratuais entre o Estado e os particulares, vislumbra-se que muitas vezes torna-se difícil a manutenção dos atos administrativos, ainda que com prévia manifestação do interessado, por vezes restando ao particular tão somente a proteção compensatória.

10.1 ATIVIDADES CARACTERIZADORAS DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PRÉ-NEGOCIAIS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES

Não é demais recordar que a Administração por vezes tem o dever de anular seus atos, inclusive os que precedem as contratações, e por outras se vê diante da necessidade de revogar seus atos por conta de critérios de conveniência e oportunidade. Contudo, ainda que agindo dentro desses limites, poderão advir resultados danosos aos particulares.

Sem pretender exaurir as possibilidades, pode-se retratar ocorrências vinculadas ao objeto do presente estudo em que a confiança dos particulares resulta violada diante de atos administrativos:

- Revogação de licitação;
- Anulação de licitação;
- Interrupção das tratativas em processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação;
- Interrupção dos credenciamentos antes do prazo ou condições previstas no edital;
- Aquisição ou contratação com terceiros, diante de Ata de Registro de Preços vigente;

⁵¹¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 33.

⁵¹² ARAÚJO. Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 209.

- Encaminhamento de serviços a terceiros, quando existentes credenciados mediante cumprimento de edital;

Portanto, diante de cada ocorrência concreta deverá ser realizada cuidadosa análise das circunstâncias do caso e dos efeitos ao particular, para viabilizar a melhor forma de tutela da confiança.

10.2 PROTEÇÃO PROCEDIMENTAL DA CONFIANÇA

Essa forma de proteção, amplamente estudada no Direito inglês⁵¹³ visa possibilitar ao particular, na iminência de uma atitude estatal que viole suas expectativas, lhe traga prejuízos ou reduza vantagens, de ser ouvido antes da adoção da medida.

No Brasil a Constituição Federal assegura como direitos fundamentais a vedação de privação de liberdade ou bens, sem o devido processo legal e o contraditório e ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo.⁵¹⁴

O devido processo legal, ou o devido processo jurídico, como prefere Humberto Ávila, “[...] serve de instrumento para a proteção dos bens jurídicos abrangidos pelos direitos fundamentais, na medida em que exige procedimentos adequados para a sua defesa”.⁵¹⁵

A extinção de atos administrativos benéficos aos destinatários, quando não precários, deve ser precedida de contraditório e ampla defesa. Se a Administração Pública pretende extinguir um ato administrativo não precário, seja por anulação, revogação, cassação ou qualquer outro modo extintivo, encontrará limitação. No dizer de Rafael Maffini:

[...] não poderá fazê-lo sem que os seus destinatários tenham assegurado um momento para a defesa, em termos imediatos, do referido ato e, em termos mediatos, de seus interesses na preservação da conduta administrativa que lhe beneficia. Igualmente, tal conclusão é encontrada em relação à extinção de contratos públicos, seja caso de rescisão, seja caso de anulação do vínculo negocial.⁵¹⁶

⁵¹³ Soren Schonberg relata que no Direito inglês o princípio apareceu prioritariamente para viabilizar ao particular o direito de ser ouvido antes da adoção de medidas que impactam sua situação jurídica. SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford Press, 2000, p. 3. Sobre os precedentes no Direito inglês, vide: ARAÚJO. Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 213-216.

⁵¹⁴ Constituição Federal:

Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵¹⁵ ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio, 2002, p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 06 jan. 13.

⁵¹⁶ MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 253, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>>. Acesso em: 06 jan. 13.

Não é demais recordar que se presumem legítimos os atos administrativos. Desse modo, faz-se necessário um procedimento prévio para afastar a presunção de legitimidade e propiciar elementos para uma decisão da Administração pela revisão ou manutenção do ato.

O Supremo Tribunal Federal já sumulou a possibilidade da Administração anular ou revogar os seus atos (Súmulas nºs 346 e 473).⁵¹⁷ Contudo, a redação e a aprovação dessas Súmulas, anteriores à Constituição de 1988 (aprovadas nas Sessões Plenárias de 13/12/1963 e de 03/12/1969, respectivamente) não contemplam expressamente a necessidade de assegurar manifestação do interessado.⁵¹⁸

Foi a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 que se passou a oportunizar aos interessados nos processos administrativos em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, a matéria sempre gerou controvérsias.

No próprio Supremo Tribunal Federal encontra-se uma série de julgados (apontando apenas os relativamente recentes) entendendo desnecessária a oportunização da prévia manifestação do interessado. Como exemplos pode-se citar: RE nº 352.258-BA,⁵¹⁹ RE nº 224.283-SP,⁵²⁰ MS nº 25.256-PB.⁵²¹

Por outro lado, diversas outras decisões no mesmo Tribunal têm garantido ao administrado a prévia manifestação. Valem como exemplos os julgados: RE nº 452.721,⁵²² MS nº 24.268 e RE nº 594.296.

⁵¹⁷ STF. SÚMULA Nº 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. STF. SÚMULA Nº 473: 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.

⁵¹⁸ A Súmula nº 346 é totalmente omissa quanto aos direitos dos administrados. A Súmula nº 473 resguarda os direitos adquiridos e a apreciação judicial, sem contudo mencionar qualquer direito à manifestação do administrado.

⁵¹⁹ CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PRIMEIRO BIÊNIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, III DA CF/88. 1. Ato do Poder Público que, após ultrapassado o primeiro biênio de validade de concurso público, institui novo período de dois anos de eficácia do certame ofende o art. 37, III da CF/88. 2. Nulidade das nomeações realizadas com fundamento em tal ato, que pode ser declarada pela Administração sem a necessidade de prévio processo administrativo, em homenagem à Súmula STF nº 473. [...]. STF. RE 352.258, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 27/04/2004, DJ 14/05/2004.

⁵²⁰ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. Servidora concursada nomeada para cargo diverso. Ofensa ao art. 37, II da CF/88. Nulidade do ato de nomeação. Incidência, no caso, da regra consubstanciada na primeira parte da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Recurso a que se nega provimento. STF. RE 224.283, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, j. 11/09/2001, DJ 11/10/2001.

⁵²¹ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO. TCU: JULGAMENTO DA LEGALIDADE: CONTRADITÓRIO. DECADÊNCIA. I. - O Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, exercita o controle externo que lhe atribui a Constituição Federal, art. 71, III, no qual não está jungido a um processo contraditório ou contestatório. II. - Precedentes do Supremo Tribunal: MS 24.859/DF e MS 24.784/PB, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 27.8.2004 e 25.6.2004. III. - Inaplicabilidade, no caso, da decadência do art. 54 da Lei 9.784/1999. IV. - A acumulação de pensões somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. RE 163.204/SP, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 31.3.1995. V. - MS indeferido. STF. MS 25.256, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. 10/11/2005, DJ 24/03/2006.

⁵²² 1. Recurso Extraordinário. 2. Concurso Público. 3. Edital que não previu prazo de validade. Inexistência de ato de prorrogação. Alegação de validade de ato de anulação da nomeação realizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso. Precedentes invocados pelo recorrente: RE no 201.634-BA, 1ª Turma, Red. Para acórdão Min. Moreira Alves, DJ de 17.05.2002 e RE no 352.258-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.05.2004. 4. Nomeação posterior de 25 defensores públicos dentro do número de vagas originariamente previstos no edital. Precedentes: RE no 192.568-PI, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 13/06/1996; e RE no 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 30.04.1999. 5. Inobservância dos princípios da ampla defesa, do

Os dois últimos merecem análise mais detida.

Inicialmente o MS nº 24.268, que traz os contornos do que efetivamente deve ser oportunizado ao particular. O julgado recebeu a seguinte Ementa:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). STF. MS 24.268, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004, DJ 17/09/2004.

A relevância do julgado se comprova pela declaração de que o contraditório e a ampla defesa aplicam-se a todos os procedimentos administrativos, do que se pode concluir que não está restrita à manifestação nos casos onde restar configurado direito adquirido. Portanto, ainda que haja apenas o interesse do particular e, no que interessa a este estudo, uma justa expectativa, caracterizadora da confiança, deve ser assegurada a manifestação do interessado, o que demonstra a proteção procedimental da confiança.

A manifestação do interessado não está adstrita à matéria fática, mas sim à discussão do direito, portanto, à matéria jurídica.

Também, não basta qualquer oportunidade de manifestação ao interessado para cumprimento dos princípios constitucionais. Isto deve ocorrer de forma previamente estabelecida, mediante encadeamento de atos, portanto, mediante processo formal.

Por outro lado, deve-se dar à manifestação a devida importância e atenção. Para tanto, mostra-se necessário que a autoridade que analisará a manifestação do administrado

contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º LIV e LV). Revogação, por ato unilateral e sem a devida audiência, de situação constituída com relação a defensores públicos em estágio probatório. Impossibilidade de anulação arbitrária dos atos de nomeação dos defensores pelo Governador do Estado do Mato Grosso. Precedente: MS no 24.268-MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.09.2004. 6. Inadmissibilidade de exoneração *ad nutum* de funcionários públicos em estágio probatório. Aplicação da Súmula no 21/STF. Precedente: RE no 378.041-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 11.02.2005. 7. Repercussão social, política e jurisdicional. Defensoria Pública Estadual. Essencialidade e relevância nos termos do art. 134, da Constituição Federal. Precedentes: HC no 76.526-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 17/03/1998 e RE nº 135.328-SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20.04.2001. Recurso desprovido. STF. RE 452.721, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006.

seja isenta, tenha conhecimento técnico e, ainda que se trate de procedimento administrativo, deve atuar com imparcialidade, sem que lhe sejam cobrados resultados em prol da Administração. Portanto, de nada adiantaria a manifestação do particular se a Administração já estivesse predisposta a agir de determinada forma, em prejuízo ao particular.

No embasamento do voto no MS nº 24.268/MG o Ministro Gilmar Mendes, invocando a doutrina alemã, comenta que a garantia ao contraditório e ampla defesa contemplam o direito de informação (a Administração deve informar a parte contrária dos atos processuais), de manifestação (o interessado pode se manifestar escrita ou oralmente, sobre matéria fática e jurídica) e de ver seus argumentos considerados (juiz isento que fundamente as decisões).⁵²³

A decisão do RE nº 594.296 é relevante inicialmente por representar caso de repercussão geral, recentemente apreciada. Também por determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, mediante regular processo administrativo, sempre que a mudança pretendida pela Administração repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão. A decisão recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e

⁵²³ Consta do corpo do voto: "Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht) que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã --BVerfGE 70, 288-293; ver também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in Das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, n.º 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n.º 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n.º 97) (Tribunal Pleno, DJe de 13/12/10)". STF. MS 24.268, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004, DJ 17/09/2004.

da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. STF. RE 594.296, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 21/09/2011, Repercussão Geral - Mérito Acórdão Eletrônico, DJe-030 13/02/2012.

Dada a matéria tratada no presente estudo, importa ressaltar parte do conteúdo do voto condutor do Acórdão:

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Mostra-se, então, necessário, proceder-se à compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal. [...] Diverso não é o posicionamento da jurisprudência desta Suprema Corte, representado por acórdãos proferidos logo depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e que vêm se repetindo, desde então, citando-se, para ilustrar, os seguintes, proferidos em diferentes hipóteses em que a Administração Pública procedia à anulação ou à revogação de atos preteritamente editados: "ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular". (RE nº 158.543/RS, Relator o Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ de 6/10/95). "MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS EMPREGADOS DA ECT. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVER A LEGALIDADE DAS ASCENSÕES. NECESSIDADE DE AS PARTES ATINGIDAS PELO ATO COATOR INTEGRAREM A LIDE. 1. Decadência do direito de a Administração Pública rever a legalidade dos atos de ascensão funcional dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, praticados entre 1993 e 1995 (Art. 54 da Lei n. 9.784/1999). 2. Direito ao contraditório e à ampla defesa a ser garantido aos beneficiários de atos administrativos inerentes à sua condição funcional para a validade de decisões do Tribunal de Contas da União que importem em sua anulação ou revogação. Súmula Vinculante n. 3. Precedentes. 3. Mandado de segurança concedido" (MS nº 26.393/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/10). "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 473 DO STF. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV DO STF. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. II - Como tem consignado o Tribunal, por meio de remansosa jurisprudência, a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III - Agravo regimental improvido" (AI nº 710.085-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 6/3/09). [...] O que está sub judice, neste processo, é apenas a análise do eventual direito da servidora de que essa intervenção estatal em sua esfera de interesses fosse precedida de um devido processo administrativo, conclusão que se tem por irrefutável, conforme exposto ao longo deste voto. Assim, como isso inegavelmente não ocorreu, no caso em tela, conforme, aliás, reconhecido pelo próprio recorrente, corretas foram as decisões proferidas nos autos que determinaram a anulação do ato, restando facultado ao recorrente sua renovação, desde que respeitados os

princípios constitucionais inerentes a esse tipo de intervenção estatal na esfera de interesses de uma sua servidora. [...].

Imagina-se que com o reconhecimento da repercussão geral do aludido julgado, a matéria se consolide no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo a representar, de forma definitiva, a proteção procedimental à confiança.

Ainda no âmbito do STF merece comentário a Súmula Vinculante nº 3, publicada no Diário Oficial da União de 06 de junho de 2007, assim redigida:

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 de aposentadoria, reforma e pensão.

Embora reste assegurada a manifestação dos interessados perante o Tribunal de Contas da União nos processos que resultem em possíveis prejuízos aos administrados, excetuou-se os atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

A justificativa é de que tais atos seriam atos administrativos complexos,⁵²⁴ e como tais, teriam sua formação iniciada pela manifestação da Administração Pública e finalizada pelo registro no Tribunal de Contas. Portanto, não haveria antes da deliberação do Tribunal um ato acabado, motivo pelo qual não incidiria o contraditório e da ampla defesa.

Esse entendimento recebeu críticas, principalmente porque a deliberação do Tribunal de Contas pode resultar em prejuízos ao administrado, sem que o mesmo possa se manifestar previamente.⁵²⁵

Contudo, verificou-se, desde logo, que o próprio Supremo Tribunal Federal passou a mitigar o conteúdo da Súmula.

A partir do julgamento pelo Tribunal Pleno do MS nº 24.448/DF (julgado em 27/09/2007),⁵²⁶ portanto poucos meses após a publicação da Súmula, o STF passou a assegurar o contraditório e a ampla defesa quando a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão ocorrer após ultrapassado o prazo de

⁵²⁴ O Supremo Tribunal Federal tem entendido a longa data que a aposentadoria é um ato complexo, como se depreende, por exemplo, dos seguintes julgados: MS 8.886/ES, Rel. Min. Cândido Motta, Pleno, j. 06/12/1963, DJ 09/04/1964; MS nº 19.861/DF, Rel. Min. Thompson Flores, Pleno, j. 31/03/1971, DJ 16/06/1971; e mais recentemente pelos julgados: MS 28.929/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 25/10/2011, DJe 16/11/2011; MS 28.229/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 25/10/2011, DJe 30/11/2011; MS 28.107/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 25/10/2011, DJe 07/12/2011.

⁵²⁵ Nesse sentido: MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 253, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em: 06 jan. 13.

⁵²⁶ MANDADO DE SEGURANÇA. [...] ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. [...] PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. [...] 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida. STF. MS 24.448, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. 27/09/2007, DJe 142 14/11/2007.

cinco anos contados da prática do ato sujeito a registro, sem que o Tribunal de contas da União o tenha apreciado.

Esse entendimento foi seguido em diversos outros julgados, a exemplo dos seguintes: MS nº 25.116/DF (DJe 10/02/2011); MS nº 24.781/DF (DJe 09/06/2011); MS nº 27.640/DF (DJe 19/12/2011); MS nº 24.389/DF (DJe 17/02/2012).

Em que pese a existência da citada Súmula, o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu que é cabível a manifestação prévia dos atingidos pelos atos, desde que transcorrido determinado lapso temporal.

Ainda que mereça respeito o entendimento da Corte, entende-se que, se presentes os elementos caracterizadores da aplicação do princípio da proteção à confiança, cabível é a garantia ao contraditório e ampla defesa, ainda que não alcançado o prazo quinquenal.

Daí a se concluir que, embora atos complexos, que apenas se aperfeiçoarão com o reconhecimento da legalidade e pelo registro do Tribunal de Contas, quando a concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão puder trazer efeitos prejudiciais, deve ser dado ao interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa, representativos da proteção procedimental da confiança depositada pelos administrados na Administração Pública.

Destaca-se, ainda, que a garantia de contraditório e ampla defesa está presente em alguns textos legais, o que reforça a aplicabilidade da proteção procedimental à confiança.⁵²⁷

Resta demonstrado que a proteção procedimental da confiança é buscada de diferentes formas: I) em determinadas áreas por previsões expressas em textos legais; II) por previsões expressas em atos normativos; III) pela manifestação dos administrados diretamente perante a Administração Pública (valendo-se do direito de petição); IV) nas causas levadas à apreciação judicial; e V) pelo reiterado entendimento judicial nas causas levadas ao Poder Judiciário (como exemplo, a Súmula Vinculante nº 3).

Embora se defenda a ampla garantia de prévia manifestação daqueles que serão impactados negativamente pelas medidas da Administração, há de se reconhecer que há casos que tal medida se torna inviável, altamente lesiva ao patrimônio público ou irrelevante para o particular, pela ausência de incorporação de direitos ao seu patrimônio.⁵²⁸

⁵²⁷ Como exemplos pode-se citar: I) No controle dos serviços de telecomunicações, a previsão constante do art. 43 da Lei nº 9.472/97; II) No processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o estatuído no art. 3º, II e III; III) No processo decisório das agências reguladoras dos transportes aquaviário e terrestre, o constante no art. 68, § 1º da Lei nº 10.233/01; IV) No âmbito das licitações e contratos administrativos, o previsto no art. 49, § 3º e no art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Tais dispositivos foram tratados no tópico relativo à recepção do princípio na legislação.

⁵²⁸ Nesse sentido Patrícia Baptista arrola as hipóteses nas quais, em caráter excepcional, estaria a Administração autorizada a anular ato administrativo ilegal sem oportunizar prévia manifestação àqueles que por ele sejam beneficiados. Diz a autora: "b) a Administração, no entanto, estará dispensada de notificar previamente o(s) destinatário(s) do ato quando: b.1) o número de destinatários for tão grande que torne inviável ou excessivamente oneroso o dever de oitiva prévia; ou b.2) a vigência do ato pelo tempo necessário à promoção do contraditório se mostre insuportavelmente lesiva ao interesse ou patrimônio públicos; ou b.3) o ato ou seus efeitos ainda não tenha(m) se incorporado ao patrimônio dos destinatários, de modo que não haverá prejuízo

10.2.1 Proteção procedimental da confiança nas licitações

Analisada a atuação da proteção procedimental nos atos administrativos em geral, importa mencionar a aplicação nos procedimentos licitatórios ou procedimentos que os substituam, dada a abordagem do presente estudo.

Como antes apontado, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) tem expressa previsão pela possibilidade da Administração revogar ou anular o certame, impondo, para tanto, a obrigação de fundamentar o ato e oportunizar o contraditório e a ampla defesa.⁵²⁹ Também no que se refere aos contratos é dada à Administração a prerrogativa de rescisão, desde que assegurada a oitiva do interessado.⁵³⁰

Por certo que às licitações aplicam-se as regras gerais para os atos administrativos, valendo as ponderações realizadas anteriormente. Contudo, o que diferencia estes atos é a expressa previsão, em texto legal, das obrigações impostas à Administração.

É de se observar que nem a redação dos dispositivos legais da Lei de Licitações nem as Súmulas nºs 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal trazem restrição à oportunização do contraditório e ampla defesa na invalidação dos atos licitacionais.

Porém, assim como relatado em outras matérias, também no que concerne às licitações há controvérsia jurisprudencial.

As decisões que não reconhecem a obrigação de oportunizar a manifestação dos licitantes no caso de invalidação são embasadas nos seguintes entendimentos: I) de que a licitação não foi concluída, e, portanto, não há direito adquirido; II) que se trata de atos

com a respectiva supressão;” Por fim, embora reconheça a excepcionalidade da prévia notificação, aponta: “c) nos casos referidos na alínea “b”, embora dispensada de notificação individual prévia, a Administração tem o dever de informar posteriormente os destinatários da anulação levada a cabo, conferindo-lhes adequada oportunidade de defesa. Essa comunicação poderá ser individual, se o número de destinatários do ato comportar essa medida, ou coletiva, por meio de publicação nos jornais oficiais e de outros meios à disposição do Poder Público”. BAPTISTA, Patrícia. Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./dez. 2011, p. 215.

⁵²⁹ Lei nº 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurada o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

⁵³⁰ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

discricionários da Administração, portanto, não sujeitos a controle e tampouco a questionamento pelos administrados.^{531 532}

Em que pese as judiciosas razões apontadas nos julgados, não se pode com elas concordar. Primeiro porque a discricionariedade não tem sido reconhecida como motivação para afastar o controle e o questionamento dos administrados.⁵³³ Ademais, os atos administrativos exigem a observância das formalidades necessárias tanto no que concerne aos procedimentos quanto ao conteúdo.

Também porque se entende que para fazer valer a previsão constitucional do contraditório e ampla defesa não é necessária a existência de direito adquirido, mas sim uma legítima expectativa ou um interesse prestes a ser frustrado.

Por fim, é de recordar que o texto constitucional, em especial o art. 5º, inc. LIV não traz qualquer restrição nem menção a direito adquirido, motivo pelo qual entende-se aplicável a obrigatoriedade de prévia manifestação em todos os casos de invalidação dos atos licitatórios que resultem em impactos aos interesses dos administrados.

⁵³¹ Nesse sentido, no âmbito do STF, extrai-se da decisão monocrática do Min. Cezar Peluso o seguinte: "Uma coisa é a revogação da licitação por interesse público, e outra, completamente diversa, é a sua anulação por algum vício que a torne inválida. No último caso, até se pode defender que se observem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, visto que, na situação litigiosa que se instaura, não parece desarrazoado reconhecer ao licitante interessado a faculdade de opor razões jurídicas no sentido da higidez da licitação e da conseqüente ilegitimidade do ato de anulação. Mas não faz nenhum sentido, no primeiro caso, admitir que se observe o mesmo procedimento, e pela simples razão de que o juízo de conveniência e oportunidade a respeito da revogação da licitação é, pela sua própria natureza discricionária, privativo da autoridade administrativa". STF. AI 228554, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/06/2004, DJ 27/08/2004.

⁵³² No âmbito do STJ: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 49, § 3º, DA LEI 8.666/93. 1. A autoridade administrativa pode revogar licitação em andamento, em fase de abertura das propostas, por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado. 2. É salutar que o sistema de comunicações possa ser executado de modo que facilite a concorrência entre empresas do setor e possibilite meios de expansão do desenvolvimento da região onde vai ser utilizado. 3. Revogação de licitação em andamento com base em interesse público devidamente justificado não exige o cumprimento do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93. 4. Ato administrativo com a característica supramencionada é de natureza discricionária quanto ao momento da abertura de procedimento licitatório. 5. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame. 6. Mandado de segurança denegado. STJ. MS 7.017/DF, Rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, j. 18/12/2000, DJ 02/04/2001. Vide também: ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO – REVOGAÇÃO – CONTRADITÓRIO. 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. 3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido. 4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. 5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado. 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. 7. Recurso ordinário não provido. STJ. RMS 23.402/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.03.2008, DJe 02/04/2008.

⁵³³ Ao tratar da matéria Marçal Justen Filho comenta que: "Essa orientação não é mais professada pela generalidade da doutrina do Direito Administrativo. aliás, o próprio TCU vem rejeitando reiteradamente essa concepção [...]". JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Fórum, 2010, p. 661.

Embora ainda sejam normais as decisões em sentido diverso, aponta-se uma tendência demonstrada pelas Cortes Superiores,⁵³⁴ em especial pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem defendido esse entendimento em recentes julgados.⁵³⁵ Vale como exemplo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEILÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS E ATIVOS IMOBILIÁRIOS. ATO DE ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULAS 346 E 473/STF. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. PAGAMENTO JÁ EFETUADO PELO PARTICULAR. ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. 1. O *mandamus* foi impetrado contra ato do Governador do Estado de Alagoas que, sem a prévia oitiva do licitante vencedor do certame, anulou procedimento licitatório referente à alienação de ativos imobiliários e direitos creditórios oriundos das carteiras imobiliárias do Instituto de Previdência e Assistência à Saúde dos Servidores do Estado de Alagoas - IPASEAL -, cujo pagamento já foi efetuado pela empresa recorrente e a quantia correspondente transferida aos cofres do Tesouro Estadual. O Tribunal de Justiça de Alagoas reconheceu que, mesmo sem ter sido observado prévio contraditório e ampla defesa, é inevitável o reconhecimento da nulidade do certame, ante as várias irregularidades detectadas no procedimento de cessão de créditos. 2. Ao mesmo passo que a Constituição da República impõe à Administração Pública a observância da legalidade, conferindo-lhe o dever-poder de autotutela, atribui aos litigantes, em geral, seja em processos judiciais seja administrativos, a obediência à garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa (art. 5º. LV). Entretanto, não se deve confundir o poder de agir de ofício, ou seja, de iniciar um procedimento independentemente de provocação das partes, com a tomada de decisões sem a prévia oitiva dos interessados. É nesse contexto, portanto, que se inserem os enunciados das Súmulas 346 e 473/STF. 3. O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado. [...] 4. Sempre que a decisão administrativa afetar interesses de particulares, é imprescindível a observância do contraditório e da ampla defesa para que se aprecie a nulidade do processo licitatório. Precedentes do STF e do STJ. Conseqüentemente, mesmo que haja fortes indícios de ilegalidade do certame público, não há inutilidade na prévia oitiva das partes interessadas, pois não se pode afastar a hipótese, ainda que remota, de surgirem novos esclarecimentos que afetem o juízo decisório, a exemplo da comprovação de que os vícios apontados não trouxeram prejuízos ao interesse público. [...]. STJ. RMS 27.440/AL, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 08/09/2009, DJe 22/09/2009.

Portanto, dada a proteção procedimental da confiança, entende-se que a Administração deve a observância do contraditório e da ampla defesa a fim de resguardar as legítimas expectativas dos licitantes, quando da invalidação de procedimentos licitatórios que impactem negativamente os interesses dos particulares.

⁵³⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. CONTRATOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. GARANTIA DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Súmula 473/STF. Processo administrativo e garantia da ampla defesa. Inobservância. Agravo regimental não provido. STF. RE 342593 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. 17/09/2002, DJ 14/11/2002.

⁵³⁵ STJ. REsp 658.130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 05/09/2006, DJ 28/09/2006.

10.3 PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA

A proteção substancial da confiança atua de forma a manter e estabilizar as relações jurídicas entre a Administração Pública e o particular, diante de legítimas expectativas criadas neste por comportamentos da Administração. Pode se dar de diferentes formas: I) pela preservação do ato; e II) pela criação de regras de transição.⁵³⁶

10.3.1 Preservação do ato

No que se refere a este tema, o campo prioritário de pesquisa é a viabilidade de preservação dos atos, pela incidência do princípio da proteção à confiança, diante do desfazimento dos atos administrativos.

10.3.1.1 Desfazimento dos atos administrativos

Como decorrência do princípio da autotutela, possibilita-se à Administração Pública desfazer atos administrativos que não se mostrem coerentes com o interesse público, seja por aspectos de conveniência e oportunidade, seja por vícios em afronta ao ordenamento jurídico.⁵³⁷

Não se deve descurar que o controle dos atos administrativos pode ser feito de forma interna e externa. Romeu Felipe Bacellar Filho resume estas formas:

Assim, internamente, os atos inoportunos, inconvenientes e ilegais ou ilegítimos podem ter sua eficácia desconstituída pela própria Administração no exercício de seu poder de autotutela. O controle externo, mais limitado, requer a provocação do

⁵³⁶ Há de se apontar que tal classificação não é unânime. Sylvia Calmes entende que a proteção concreta da confiança se dá pela *incorporação à base da confiança (rattachement a la base de confiance)* e pela *compensação dos prejuízos (compensation du préjudice)*. A primeira forma consiste na manutenção da situação em favor do particular que confiou e manifestou a confiança mediante um comportamento. A segunda forma, referente à compensação dos prejuízos, consiste na reparação do inconveniente causado pela violação da confiança depositada pelo particular. A reparação pode se dar de três modos: I) reparação da situação do interessado sob ponto de vista estritamente jurídico (restituir ao particular a situação jurídica anterior à frustração da confiança. ex: permitir o prosseguimento das provas ao candidato em concurso público, se essas foram interrompidas com base numa informação equivocada da Administração); II) aplicação de disposições transitórias (estabelecimento de regimes de transição); III) indenização pelos prejuízos causados em decorrência da violação da confiança (ressarcimento pecuniário dos danos). CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 439-472.

⁵³⁷ Esse poder da Administração está consagrado em duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal, a saber, Súmula nº 346 e Súmula nº 473.

Judiciário, a quem compete desfazer atos administrativos ilegítimos, ou seja, ilegais.⁵³⁸

Para o presente estudo interessa apenas o controle realizado pela própria administração, de modo que não será analisado o controle externo dos atos.⁵³⁹ A abordagem será feita no âmbito dos atos administrativos, assim considerados os atos da Administração, não interessando os atos legislativos e os judiciais, embora reiteradamente, de forma instrumental, seja feita referência a esses.

Para possibilitar uma análise mais acurada das diferentes hipóteses de desfazimento dos atos administrativos, será feito separadamente o estudo dos institutos da revogação e anulação.

10.3.1.2 Direito da Administração rever seus atos por critérios de conveniência e oportunidade

A revogação é a forma de desfazimento dos atos administrativos fundamentada em razões de conveniência e oportunidade.

Ocorre quando a Administração Pública, mesmo diante de um ato válido, que atende a todas as prescrições legais, discricionariamente o retira do mundo jurídico, por inconveniente ou inoportuno ao interesse público no caso concreto.

Daí a ser feito pela própria Administração Pública, sendo vedado, a princípio, a apreciação ao Poder Judiciário, que em sua análise está limitado à legalidade ou aos motivos determinantes.⁵⁴⁰

Pode ser de ofício ou mediante provocação.

Quanto à competência, entende-se que está apta a revogar o ato a autoridade competente para editá-lo ou autoridade superior que possa conhecê-lo de ofício ou mediante recurso.^{541 542}

Embora garantida essa prerrogativa de rever seus próprios atos, como atuação discricionária da Administração, a revogação não pode ser utilizada desmedidamente.

⁵³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

⁵³⁹ Embora de forma instrumental sejam feitas referências, por exemplo, às determinações do TCU para invalidação de atos administrativos.

⁵⁴⁰ Romeu Felipe Bacellar Filho aponta exceção a essa regra, quando o Poder Judiciário “excepcionalmente, esteja no exercício de funções administrativas, caso em que pode revogar seus próprios atos”. Portanto, quando agir como entidade da Administração Pública, poderá revogar seus atos. A mesma observação é válida para o Poder Legislativo. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

⁵⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 253.

⁵⁴² Odete Medauar comunga do mesmo entendimento, mas aponta uma exceção: “No entanto, se a norma conferir à autoridade subordinada competência exclusiva para editar o ato, descaberá à autoridade superior revogá-lo”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 162.

Daí a necessidade de abordar os limites ao poder de revogar, dispostos implícita ou explicitamente na lei.

Apenas são passíveis de revogação os atos discricionários, uma vez que o fundamento da revogação é justamente a conveniência e oportunidade dos mesmos. Há atos que, por sua natureza, são irrevogáveis.

Dentre os atos que não podem ser revogados, pode-se citar: I) os atos que a lei declare irrevogáveis; II) os atos cujos efeitos já tenham se exaurido, esgotado, posto que não há mais efeitos jurídicos a serem evitados pela revogação; III) os atos vinculados, pois nestes a Administração não possui liberdade para decidir de acordo com conveniência e oportunidade (se não pode apreciar esses aspectos na origem do ato, não poderá fazê-lo posteriormente); IV) os meros atos administrativos, tais como certidões e atestados, que tem seus efeitos derivados de lei e, portanto, não há discricionariedade; V) os atos de controle, cuja competência para expedição é exaurida uma vez exercida; VI) os atos complexos, que dependem da concordância de vários órgãos da Administração Pública, e, por isso mesmo, não podem ser revogados pela vontade de um só deles ou de uma só pessoa; VII) atos que integram um procedimento, após a edição de ato posterior, posto que a cada novo ato, ocorre preclusão do anterior; VIII) atos cuja competência relativamente ao objeto já está exaurida, por exemplo, não é passível de revogação pela autoridade original um ato objeto de recurso já em fase de apreciação pela autoridade superior; e IX) os atos que geram direitos adquiridos, conforme previsto na Súmula nº 473 do STF, posto que resguardados pela Constituição Federal.

Denota-se, portanto, que os limites ao poder da Administração de revogar os atos administrativos decorrem da observância do interesse público.

Especificamente no que concerne às licitações, dispensas e inexigibilidades, a mera alegação de *interesse público* não basta para motivar a revogação, isto porque não é qualquer justificativa que atende aos ditames legais.⁵⁴³

Entende-se necessária a demonstração cabal, preferencialmente documentada, que demonstre qual o fato que, após o início do certame, o torna inoportuno ou inconveniente. Também não se pode prestar a revogação a corrigir falhas ou ausência de planejamento do procedimento licitatório ou procedimento que o substitua.

Nesse sentido, pertinentes as observações de Cristiana Fortini:

⁵⁴³ Lei nº 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

[...]

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

A revogação não traduz escudo que o administrador possa utilizar para mascarar a falta de preparo, requisito básico de toda e qualquer licitação, em especial quando do certame poderá resultar contratação a implicar gastos públicos. Nenhuma contratação que resulta de uma licitação revela-se açodada, implementada de imediato e distanciada de planejamento anterior. Destacam-se as exigências dos arts 15 a 17 e do art 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que por si só atestam a imperiosidade do planejamento licitatório.⁵⁴⁴

A mesma autora, ao abordar a conduta da Administração, defende que também nos procedimentos licitatórios devem ser observados a segurança jurídica e os princípios de boa-fé e da confiança legítima. E ao fazer um comparativo entre os chamamentos para certames licitatórios e concursos públicos, arremata:

Mas, em comum, há o canto da sereia, o poder atrativo que os editais exercem e que vão influenciar o comportamento do particular. Este, confiante de que os atos convocatórios não escondem armadilhas, mas, ao revés, são instrumentos por meio dos quais os entes clamam pela participação, pode aderir ao “convite” e não deve ser surpreendido pela Administração com a revogação, a qual, em verdade, pode não decorrer da volatilidade do interesse público, mas sim do despreparo, da incuria, da negligência.⁵⁴⁵

Aspecto relevante nos procedimentos licitatórios ou procedimentos que os substituam, é a expressa previsão legal, inserido no § 3^a do art. 49 da Lei nº 8.666/93, assegurando o contraditório e a ampla defesa no caso de desfazimento dos atos.

A esse respeito Jessé Torres Pereira Junior aponta que:

A revogação ou anulação pode ocorrer em qualquer fase do procedimento licitatório. Qualquer que seja, o exercício do direito à defesa há de ser garantido previamente à decisão, o que não significa que a inércia dos defendentes, exaurido o prazo da devida e cumprida intimação, paralise o curso regular do processo ou obste o agir estatal.⁵⁴⁶

Questão que merece análise diz respeito à possibilidade de revogação do ato revogatório e seus efeitos.

A revogação é ditada pela efetiva consecução do interesse público. Se, posteriormente, as razões de interesse público não mais existem, tornando o ato revogatório inconveniente ou inoportuno, entende-se possível a revogação do ato revogatório, tal como dos atos administrativos em geral.

Nesse caso não há impedimento, ao contrário, torna-se salutar que se devolva a eficácia do ato original, ripristinando-o.

Sobre o tema, assim se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁵⁴⁴ FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=79107>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

⁵⁴⁵ FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=79107>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

⁵⁴⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 531.

Caberia, afinal, perguntar, ante este efeito supressivo do ato revogador: *quid juris* se houver revogação do ato revogador? Isto é, se houver um terceiro provimento que elimina a supressão estabelecida pelo segundo ato? Neste caso há de entender-se que o único sentido do terceiro ato é reconstituir de direito o que resultou do primeiro. É dizer: está implícito nele o alcance de repristinar a situação original, embora, como é inerente à revogação, a partir da emissão do último ato, ou seja, sem efeito retroativo. Seu efeito é criar o que estava extinto, a partir da última revogação. Negar-lhe esta consequência corresponderia a considerar o ato um sem-sentido e contestar o que fora pretendido com sua emissão.⁵⁴⁷

José dos Santos Carvalho Filho traz os contornos para dar validade à repristinação:

O tema deve ser analisado sob dois aspectos. Antes, porém, é preciso não esquecer que o ato de revogação é de caráter **definitivo**, ou seja, exaure-se tão logo atinge o seu objetivo, que é o de fazer cessar a eficácia do ato revogado. Com o ato revogador, assim, desaparece do mundo jurídico o ato revogado.

O problema surge quando a Administração se arrepende da revogação, pretendendo o retorno do ato revogado para que ressurgam os seus efeitos. Nesse caso, como bem averba DIÓGENES GASPARINI, a só revogação não terá o efeito de repristinar o ato revogado, porque a isso se opõe o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, conquanto destinada a norma às leis revogada e revogadora. Na verdade, não se pode mais conceber que o ato revogado, expungido do universo jurídico, ressuscite pela só manifestação de desistência do Ato revogador. Esse é o primeiro aspecto a ser considerado.

O segundo ocorre quando a Administração quer mesmo restaurar a vigência do ato revogado e, no próprio ato em que se arrepende da revogação, expressa seu intento, de forma cabal e indubitável. Neste caso, o efeito é diferente, e isso porque num só ato a Administração faz cessar os efeitos da revogação e manifesta expressamente a sua vontade no sentido de revigorar o ato revogado. Na prática, **nasce um novo ato administrativo** com dois capítulos: um relativo à desistência da revogação, e outro consistindo no mesmo objeto que tinha o ato revogado. Esta hipótese não se afigura ilegal.

Ressalte-se apenas, para não deixar dúvidas, que a restauração do ato revogado tem o caráter de ato **novo**, ou seja, não aproveita os efeitos produzidos depois da revogação, mas tão-somente torna admitir a existência dos mesmos efeitos **a partir de sua vigência**.⁵⁴⁸

Assim, por questão de lógica, não se pode entender que a revogação do ato revogatório torna a reconhecer efeitos jurídicos ao ato revogado. Essa intenção deve estar expressa no último ato, e surtirá efeitos a partir de sua vigência.

Por fim, caso a revogação do ato administrativo, aqui também entendido o procedimento licitatório ou procedimento que o substitua, cause danos ao particular, entende-se que cabe a ele direito à indenização, em decorrência da responsabilidade extracontratual do Estado, o que será tratado em tópico próprio.⁵⁴⁹

Da presente análise cabe ressaltar que, embora assegurado à Administração o poder de revogar seus próprios atos, por critérios de conveniência e oportunidade, este direito não é ilimitado, pois deve estar vinculado à efetiva consecução do interesse público, além de

⁵⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 448.

⁵⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 140-141.

⁵⁴⁹ Daniele Coutinho Talamini, ao concluir tópico sobre “Revogação do Procedimento Licitatório” assim se manifesta: “Todavia, cabe afirmar, em termos gerais, que a revogação da licitação pode dar margem ao dever de indenizar os prejuízos causados e que o contraditório é, inclusive, exigência expressa da lei nos casos de desfazimento do procedimento licitatório (art. 49, § 3º)”. TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 198.

encontrar uma série de outros limites. Dentre estes, entende-se, a observância da confiança depositada pelo particular na Administração que, uma vez violada, poderá redundar na contestação do ato e no direito à indenização do particular.

Nos procedimentos licitatórios e nos procedimentos que o substituem, assegura-se o contraditório e a ampla defesa, com expressa previsão legal.

10.3.1.3 Poder-dever do Estado anular atos eivados de vícios

Como decorrência do princípio da legalidade e do sistema jurídico brasileiro, a ação administrativa deve estar em conformidade com a lei, “sendo defeso à Administração Pública agir *praeter legem* ou *contra legem*, podendo atuar apenas *secundum legem*”.⁵⁵⁰

Aspecto a ser esclarecido é o alcance desta ação *conforme a lei*, e a caracterização dos vícios passíveis de serem invocados para dar ensejo à anulação.⁵⁵¹

Por lei entende-se a própria Constituição Federal e todas as demais espécies legislativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal.⁵⁵² Todas prevalecem sobre o ato

⁵⁵⁰ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

⁵⁵¹ Há controvérsia doutrinária sobre as categorias de atos viciados. Inicialmente cabe destacar que, no âmbito do Direito Civil, os vícios podem resultar em nulidade absoluta ou relativa, a teor dos artigos 166 e 171 do Código Civil brasileiro. No âmbito do Direito Administrativo aparece a controvérsia, com diferentes entendimentos. Hely Lopes Meirelles considera sempre nulo o ato eivado de vício (embora mencione o ato inexistente, entende não importar essa distinção, posto que estes se equiparam aos atos nulos). MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 190-191; Oswaldo Aranha de Mello entende cabível a distinção entre atos nulos e anuláveis. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 655; Seabra Fagundes entende que existem atos nulos (ou absolutamente inválidos), anuláveis (ou relativamente inválidos) e irregulares. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 42-51. Celso Antônio Bandeira de Mello os diferencia entre atos inexistentes, nulos e anuláveis. Não será aprofundado o estudo desse tema, pois entende-se que, a mercê do entendimento julgado mais apropriado, o que importa para o presente estudo é a possibilidade ou não dos atos serem posteriormente considerados como geradores de efeitos jurídicos. Por entender mais apropriado o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, será trazida a diferenciação por ele proposta. Segundo o autor, ato inexistente é aquele cujo conteúdo possui um vício de tal gravidade que jamais pode ser objeto de prescrição, uma vez que o ordenamento jurídico expurga sua existência. Como exemplo, atos cujo objeto seja a prática de algum crime. O ato nulo é aquele cujo vício é insanável, ou seja, mesmo que a Administração Pública repita a sua prática, o vício persistirá. O ato anulável é aquele cujo vício pode ser sanado pela Administração Pública. Importa ressaltar que, embora fazendo essa distinção, o autor reconhece que em determinados casos os efeitos dos atos viciados poderão ou deverão ser resguardados. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 470-471.

⁵⁵² Constituição Federal:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

administrativo, de maneira que a Administração deve zelar por sua observância no desempenho de suas atividades, sob pena de nulidade.

Contudo, não são apenas essas espécies legislativas que estão aptas a impactar os atos administrativos. Afastando a literalidade e privilegiando a interpretação que tem sido dada às normas jurídicas, devem-se respeitar os demais valores protegidos pelo ordenamento jurídico, aí inclusos os princípios constitucionais, ainda que implícitos.

Portanto, a legalidade a ser buscada é aquela mais ampla, posto que “a legalidade, no moderno Estado Democrático de Direito, assume uma dimensão muito mais rica”.⁵⁵³ Assim, as referências a vícios neste trabalho retratam a violação ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas jurídicas e princípios constitucionais, nestes inclusos a moralidade e ética administrativa.

É esta a noção trazida por Lúcia Vale Figueiredo:

[...] o princípio da legalidade é bem mais amplo que mera sujeição do administrador à lei, pois o administrador, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.⁵⁵⁴

Com base no princípio da autotutela a Administração Pública poderá exercer, ela própria, o controle de seus atos, nos termos sumulados pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁵⁵ Embora da redação da Súmula seja possível entender que a anulação do ato administrativo com vício de ilegalidade é uma faculdade da Administração, o tema gera controvérsias na doutrina brasileira.

Entende-se que a princípio este é um poder-dever, que poderá, diante das circunstâncias do caso concreto, deixar de ser levado a efeito, a bem do interesse público. Essa posição é retratada por Odete Madauar:

Discute-se, no tema, se a Administração tem o dever ou a mera faculdade de anular. De regra, a Administração tem o dever de anular ato dotado de ilegalidade. Embora o poder e o dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que, em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-los, em benefício do interesse público, para que as conseqüências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato - em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato. Por vezes surgem casos de atos que produziram efeitos irretratáveis que tornariam inócua eventual anulação.⁵⁵⁶

Adilson Abreu Dallari vai além, ao afirmar:

⁵⁵³ MOREIRA, Gerfran Carneiro. Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 108.

⁵⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39-40.

⁵⁵⁵ STF. Súmula 473 – A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de nulidade que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em tais casos, a apreciação judicial.

⁵⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 160.

A doutrina e jurisprudência não aceitam a anulação desvinculada da necessidade de satisfação do interesse público. Ninguém mais sustenta que qualquer vício jurídico determina o inexorável dever de anular o ato administrativo, sem qualquer outra consideração. A validade de um ato jurídico é de natureza referencial; depende das circunstâncias e conseqüências. Desde longa data afirmam os franceses: *'pas de nullité sans grief'* (não há nulidade se não houver dano).⁵⁵⁷

Portanto, em que pese a limitação da atuação administrativa pelo princípio da legalidade, a obrigação de invalidar os atos administrativos viciados e não convalidáveis não é absoluta. Isto porque há outras normas jurídicas no ordenamento que limitam essa atuação.⁵⁵⁸

Cumprido lembrar que há diversos outros princípios constitucionais, de mesma hierarquia, que limitam essa atuação e exigem da Administração a análise da conveniência, para o interesse público, da retirada dos atos do mundo jurídico. Assim, o controle dos atos administrativos não deve se pautar apenas pelo parâmetro da subsunção à regra legal, mas deve considerar se o ato está em conformidade com o Direito, assim considerado o conjunto de regras e princípios que impactam o caso concreto.⁵⁵⁹

Dentre esses princípios pode-se citar o da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção à confiança, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público e eficiência, alguns com possibilidade de preservar situações jurídicas já consolidadas.

⁵⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 40, out./dez. 2002, p. 158.

⁵⁵⁸ Afirma Juarez Freitas que "O ato administrativo não estará vinculado apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional". FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 213.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, inclusive, vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Valem os julgados: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido. STF. MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 27/05/2004, DJ 05/11/2004; SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário (s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de 5 (cinco) anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa. STF. MS 26.05, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 17/12/2007, DJe-031 22/02/2008; Nesse mesmo sentido: STF. MS 26.406, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 01/07/2008, DJe-241 19/12/2008; STF. MS 26.628, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 17/12/2007, DJe-031 22/02/2008; STF. MS 26.782, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 17/12/2007, DJe-031 22/02/2008, dentre outros.

Vale mencionar que alguns desses princípios foram retratados expressa ou implicitamente em dispositivos legais. Pode-se citar como exemplo a Lei do Processo Administrativo Federal,⁵⁶⁰ que traz expressamente no *caput* do art. 2º menção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência, dentre outros. No inciso II do parágrafo único é mencionado o interesse público; no inciso IV, a boa-fé; no inciso VI, a necessidade de adequação entre meios e fins e no inciso XIII é trazido o critério de interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. Denota-se aí a preocupação com a manutenção da confiança, retratada pelo respeito às legítimas expectativas do administrado que confia numa constância dos procedimentos da Administração.

Comprova-se que a anulação dos atos ilegais não é absoluta, inclusive pela opção do legislador em inserir na citada Lei limitação temporal ao dever de invalidar. Dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/99 que o direito da Administração Pública 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.⁵⁶¹ Entende-se, ainda, que houve opção do legislador em resguardar a segurança jurídica e a confiança depositada pelos administrados na Administração Pública, em detrimento ao princípio da legalidade, ao prever que, ultrapassado o prazo legal, devem ser mantidos os atos inválidos.

Embora os dispositivos legais citados sejam exemplos da aplicação do princípio da proteção à confiança, por certo que sua atuação não se restringe a isso. Como princípio constitucional sua normatividade incide em toda atividade administrativa, norteando as relações entre a Administração Pública e os particulares. Em cada caso concreto há de ser

⁵⁶⁰ Lei nº 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

⁵⁶¹ Lei nº 9.784/99:

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.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

sopesado, assim como o princípio da legalidade, para se estabelecer qual deles terá primazia.

Os atos administrativos que resultam em vantagens ou outorgam benefícios ou direitos em favor dos particulares são chamados atos ampliativos de direitos. Também nesses casos aplica-se a princípio da proteção à confiança, visando impedir que os administrados sejam surpreendidos por condutas estatais que possam frustrar suas expectativas ou afrontar seus interesses, ainda que tais interesses e expectativas decorram de atos viciados.

Outro ponto que merece análise refere-se aos efeitos da invalidação dos atos administrativos viciados. Embora a Súmula 473 do STF disponha que os atos ilegais não geram direitos, entende-se que tal lógica não pode ser aplicada indistintamente.⁵⁶²

Ao anular um ato administrativo a Administração desfaz as relações até então existentes entre as partes, retornando ao *status quo ante*. Como decorrência desse retorno à situação anterior, voltando à legalidade, a anulação do ato opera efeitos *ex tunc*. Assim ocorre nos atos restritivos de direito, que impõem obrigações, deveres ou ônus ao administrado. Nesses casos, constatado que o ato é inválido (e inconvalidável), impõe-se a anulação *ex officio*, independentemente do tempo transcorrido.⁵⁶³ Não é demais recordar que, nesses casos, não incide a previsão do art. 54 da Lei nº 9.784/99, uma vez que os efeitos dos atos viciados não geram efeitos favoráveis ao particular.

Nos atos administrativos ampliativos de direitos, vislumbra-se limites à invalidação posto que, nesses casos, os atos viciados geraram efeitos favoráveis ao particular. Contudo, ainda que no caso concreto se mostre mais favorável ao interesse público a anulação do ato, diante da situação e dos efeitos já consolidados, é possível reconhecer que o ato anulado deixe de surtir efeitos jurídicos a partir da data de invalidação, portanto com efeitos *ex nunc*. Assim, com base na proteção à confiança depositada pelo particular na Administração (somando-se a isso a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos), embora se determine a invalidade do ato administrativo, os efeitos do ato invalidador serão *ex nunc*, dada a natureza ampliativa de direitos do ato inválido. Assim, resguarda-se os efeitos benéficos ao particular que depositou sua confiança na Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao declarar a reformulação de seu entendimento sobre a matéria e a necessidade de distinção entre atos restritivos e ampliativos, resume:

⁵⁶² Nesse sentido, relata Odete Medauar: “Embora a Súmula 473 do STF afirme que de atos ilegais não se originam direitos, é possível haver casos de efeitos que se exauriram de pronto ou se tornaram irretratáveis, ou se consolidaram por longo tempo, inviabilizando o retorno à situação anterior. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 161.

⁵⁶³ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71.

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais *restritivos* da esfera jurídica dos administrados se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais *ampliativos* da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.⁵⁶⁴

Em caso de anulação de atos administrativos que, embora ilegais, gozam de presunção de legitimidade e geram efeitos benéficos a terceiros, entende-se que a Administração deve dar àqueles que serão atingidos pela decisão, prévia oportunidade de contraditório e a ampla defesa.⁵⁶⁵

10.3.1.4 Formas de validação dos efeitos de atos viciados

Analisadas as possibilidades de anulação dos atos, importa ressaltar que, mesmo no caso de atos viciados, há formas previstas de validação dos seus efeitos jurídicos.

Portanto, entende-se que a atuação do princípio da proteção à confiança pode se dar também pela aplicação das formas de preservação dos efeitos dos atos viciados.

10.3.1.4.1 Convalidação

A anulação dos atos viciados visa recompor a ordem jurídica, violada em face de ilegalidades. No entanto, também a convalidação ou saneamento restaura a legalidade, pois “supre o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”.⁵⁶⁶

Aspecto a ser analisado é se a convalidação é ato discricionário. Entende-se que não, sendo este um dever da Administração, nos casos onde seja possível a convalidação.⁵⁶⁷ Isto porque, se preencherem os requisitos legais para os atos serem convalidados, sem acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, deverão

⁵⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 472.

⁵⁶⁵ Esse é o entendimento esposado, por exemplo, por Romeu Felipe Bacellar Filho, que ensina: “A anulação de um ato administrativo que importe em desconstituição de direitos haverá de ser precedida por devido processo legal, asseguradas ao destinatário as prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

⁵⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 248.

⁵⁶⁷ Neste sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 248; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 468. ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65-66.

ser convalidados,⁵⁶⁸ exceto no caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente.

Dada a clareza da síntese apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se que esta basta, por si mesma, para demonstrar o procedimento cabível a ser adotado pela Administração em caso de atos viciados:

Acompanhamos, pois, na matéria, os ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zancaner. Ciframo-nos aqui a sintetizar sua valiosa orientação, que assim se pode exprimir:

I- sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressaltando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário;

II- sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado *já esteja estabilizada* pelo Direito. Em tal caso, *já não mais haverá situação jurídica inválida* ante o sistema normativo e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito “prescricional”, para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados [...] e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.⁵⁶⁹

Importante ressaltar que não são passíveis de convalidação os atos viciados, impondo-se a anulação, nas seguintes situações: I) quando o ato foi impugnado pelo particular que teve seus direitos por ele atingidos; e II) pelo decurso do tempo, se a lei estabelecer um prazo para a anulação administrativa. Expirado este prazo o ato não poderá ser convalidado.

Outro aspecto que cabe ser analisado, e de crucial importância para o presente estudo, é se a convalidação dos atos viciados apresenta afronta ao interesse público e à legalidade.

Entende-se que a convalidação em nada se incompatibiliza com o interesse público nem ofende a legalidade. Ao contrário, para atender a interesses públicos, é conveniente que a ordem normativa atue de forma diferente diante das diversas hipóteses de atos inválidos. Recorda Celso Antônio Bandeira de Mello que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas e a pacificação dos vínculos estabelecidos. E conclui:

⁵⁶⁸ Emerson Gabardo comenta que “presentes os pressupostos jurídicos, a convalidação torna-se um dever”. Aponta, ainda, que tal conclusão segue parte substancial da doutrina, ainda que o ordenamento jurídico a considere mera faculdade, a critério da Administração. A referência legal é ao art. 55 da Lei nº 9.784/99, que prevê que a decisão que não acarrete lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros poderá ter seus defeitos sanáveis convalidados pela Administração. GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 204.

⁵⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 468-469.

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações - noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente - tem especial relevo no Direito Administrativo. Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos.⁵⁷⁰

Neste sentido tem se manifestado tanto a doutrina quanto a jurisprudência,⁵⁷¹ entendendo compatíveis os atos convalidatórios com a legalidade e o interesse público.

Quanto à forma, o convalidamento dos atos viciados pode se dar de diferentes modos: I) ratificação ou referendo, assim entendida a convalidação que supre o vício de incompetência, realizada pela autoridade competente para a prática do ato viciado. Neste caso a autoridade referenda o ato viciado, retirando-lhe a mácula;⁵⁷² II) retificação ou saneamento, que corrige o ponto viciado e retroage à data de origem do ato original; III) revalidação, que corrige falhas referentes ao prazo de validade do ato, com a renovação, pela Administração, da validade do ato, com efeitos retroativos.

Quanto à necessidade de formalização da convalidação, ressalta-se que, embora a adoção de determinadas medidas pela Administração denote o interesse pela convalidação, por serem os atos administrativos revestidos de formalidade (pressupondo, inclusive, a necessária motivação), deverão ser formalizados.

Entende-se, com escólio na lição de Emerson Gabardo, a possibilidade de existência de ato misto, que torne válida parte de seus efeitos, convalidando-a e invalida outra parte, anulando-a.⁵⁷³

⁵⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 465-466.

⁵⁷¹ DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. IRREGULARIDADE NA LEI QUE CRIOU OS CARGOS. CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONCURSO ISENTO DE EIVAS. CANDIDATOS APROVADOS QUE FORAM EMPOSSADOS E ESTÃO A EXERCER O CARGO HÁ MAIS DE UMA DÉCADA. HARMONIZAÇÃO. CONVALIDAÇÃO DO ATO TIDO COMO IRREGULAR. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. No direito público, não constitui uma excrescência ou uma aberração jurídica admitir-se a sanatória ou o convalidamento do ato nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado, mas que, após, pela omissão do poder público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Por unanimidade de votos, acolheram os embargos. TAPR. Embargos Infringentes (GR) nº 0143327-2/02, Rel. Juiz Conv. Wilde Pugliese, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, j. 04/04/2002, DJ 26/04/2002.

⁵⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74.

⁵⁷³ O autor, em estudo publicado em 2004, comentou: "A título de especulação é possível inferir que a evolução do Direito Administrativo passará pelo reconhecimento de um ato misto, que possibilita ao mesmo tempo a anulação de parte dos efeitos e a convalidação de outra parte". GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 206. Não se vislumbra óbice à adoção dessa medida, posto que formalidade, motivação e publicidade deverão ser cumpridas, independentemente do efeito visado no ato.

Embora parte da doutrina entenda que a conversão poderia ser uma espécie de convalidação, entende-se ser este um instituto autônomo, de modo que será tratado em outro tópico.

10.3.1.4.2 Conversão

A conversão é a validação de efeitos jurídicos que ocorre em atos administrativos nulos, trazendo, quando possível, efeitos retroativos, sanando o vício de ato antecedente. Transforma, substitui o ato nulo em outro, distinto, de diferente categoria tipológica. O interesse, neste caso, é aproveitar os efeitos jurídicos já produzidos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica:

Um exemplo seria o de uma concessão de uso feita sem licitação, quando a lei a exige; pode ser convertida em permissão precária, em que não há a mesma exigência; com isso, imprime-se validade ao uso do bem público, já consentido.⁵⁷⁴

Não se deve confundir, ainda, a conversão com a reforma, pois a segunda figura significa a alteração de uma ato válido, por critérios de oportunidade e conveniência. Esta surte efeitos a partir do ato de reforma, e não tem efeitos retroativos, como a conversão. Exemplo trazido pela mesma autora é um decreto desapropriatório que atinge parte de um imóvel. Feita uma reavaliação, entende-se necessário o atingimento da totalidade do bem, o que motivará um ato de reforma.⁵⁷⁵

10.3.1.4.3 Confirmação

Denota-se que a confirmação é a forma utilizada para manutenção dos efeitos dos atos viciados, que implica na renúncia, expressa ou tácita, da Administração anular o ato ilegal.

Admite-se a manutenção em determinadas circunstâncias, quando da invalidação do ato ilegal possa resultar um prejuízo maior para o interesse público do que da manutenção do ato.

Na confirmação se mantém o ato nulo, não se corrige a ilegalidade. Mantém-se conscientemente o ato ilegal, tal como praticado.

⁵⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 251.

⁵⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 251.

Normalmente se exige, para a manutenção do ato ilegal, que ele não cause dano ao erário e dano a direitos de terceiros, pois se trouxer prejuízos a terceiros, esses poderão impugnar o ato. Exige-se, também, que o destinatário do ato não tenha agido de má-fé.

A confirmação tácita é aquela que ocorre pelo decurso do tempo, em decorrência da prescrição. Não há manifesta renúncia da Administração, mas impossibilidade de anulação do ato, pela prescrição.

O exemplo relatado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro em palestra intitulada *Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo*, no *I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP* bem retrata essa ocorrência:

[...] um aluno fez vestibular pela FUVEST, com base numa liminar obtida na Justiça; teve a inscrição dele indeferida, pediu a liminar e fez o vestibular. Ganhou na primeira instância, ganhou na segunda instância e continuou fazendo Faculdade. Quando chegou na esfera Federal, no Supremo, ele perdeu o mandado de segurança, quando já tinha terminado a Faculdade. Vai se anular todo o curso que ele fez? Quer dizer, o prejuízo seria muito maior. O dinheiro que se investiu nele estaria perdido; a confirmação do ato não estará causando prejuízo a ninguém, porque ninguém mais poderia competir com ele e não houve má-fé, já que ele foi beneficiado por uma liminar concedida pela Justiça; nesse caso, o próprio Judiciário entendeu que o ato deveria ser mantido.⁵⁷⁶

Portanto, a exemplo da convalidação e da conversão, a confirmação também milita em favor da aplicabilidade do princípio da proteção à confiança, ainda que os atos apresentem vícios.

10.3.2 Regras de transição

A adoção de regras de transição possibilita ao particular preparar-se previamente à nova situação, quando da necessária alteração de comportamento da Administração Pública, que venha a impactar seus direitos.

Judith Martins-Costa ao apontar a constante tensão entre a estabilidade e a mudança no ordenamento jurídico, relata:

[...] o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, tal

⁵⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: **I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP**, 30 set. 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 30 dez.12.

qual a vida, equilibra-se entre os polos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *pânta rei*).⁵⁷⁷

O estabelecimento de regras de transição também não tem fórmula única. No âmbito do Direito alemão, suíço e comunitário europeu, o princípio da proteção à confiança mediante estabelecimento de regras de transição se realiza: I) pela necessidade de uma advertência; II) pela aplicação diferenciada de novas normas; ou III) pelo estabelecimento de um regime de acompanhamento ou de transição efetivo.⁵⁷⁸ A essas formas pode-se somar a previsão de alteração gradual dos direitos previstos na regra antiga, a manutenção da situação anterior em determinados casos, a particularização de casos específicos,⁵⁷⁹ dentre outras. Em todos os casos, o que se busca é que o particular se adapte às mudanças em sua situação.

Embora se reconheça que o campo de aplicabilidade prioritária dessa forma de proteção à confiança seja no âmbito normativo (em especial nas normas constitucionais ou legais),⁵⁸⁰ há de se apontar a possibilidade de sua ocorrência em outras situações.

Nos casos em que o particular pretende, com base no princípio da proteção à confiança, a incorporação definitiva ou de longa duração à sua base de confiança e que não seja possível à Administração conceder esta incorporação, as regras transitórias podem representar um instrumento adequado a essa proteção. Entende-se aplicável essa forma viabilizando-se a permanência de determinados procedimentos por um período de tempo previamente conhecido pelos destinatários, até que haja a adaptação dos particulares às novas normas. Ocorrência comum tem sido a informatização de procedimentos perante a Administração, o que, em muitos casos, demanda, além da aquisição de materiais e equipamentos, um treinamento para aprender a utilizar o sistema. Não raro, quando da alteração dos sistemas, são impostas novas exigências aos particulares. A fim de evitar a abrupta e inesperada alteração, com ônus imediato ao particular, é apreciável o estabelecimento de regras de transição.⁵⁸¹

As regras de transição tem embasamento na proporcionalidade, que permite a ponderação entre os interesses calcados na antiga e na nova situação.

⁵⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131.

⁵⁷⁸ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 451-452.

⁵⁷⁹ ARAÚJO. Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 209.

⁵⁸⁰ Nesses casos são mais comuns o estabelecimento de regras de transição, a exemplo das mudanças de regime jurídico de aposentadoria de servidores públicos.

⁵⁸¹ Como exemplos pode-se citar: necessidade de preenchimento de formulários e/ou apresentação de documentos digitais pela *internet* (ex: passaporte, registro de armas); encaminhamento de processos de renovação de Carteira Nacional de Habilitação e/ou a realização de exames para propiciar a expedição desse documento; apresentação de prestação de contas de forma eletrônica, perante órgãos de controle (ex: Tribunais de Contas); utilização de nota fiscal eletrônica; perante o Poder Judiciário, a utilização do processo eletrônico, entre outros.

Situação comum e que ilustra bem essa ocorrência é a alteração de normas, pela Administração, depois de uma determinada situação já iniciada pelo particular. As possibilidades que se apresentam são as seguintes: I) aplicação imediata da nova norma, inclusive para a situação iniciada, mas não finalizada sob a norma antiga; II) manutenção da regra antiga para as situações já iniciadas; III) aplicação de regras de transição.

Por certo que cada saída encontra suas limitações e seus óbices. No primeiro caso, a aplicação imediata normalmente traria impactos na confiança do cidadão, gerando insegurança jurídica e descontentamento. A segunda poderia trazer como efeito a geração de distintas respostas para uma mesma ocorrência. Por fim, dentre esses extremos, é possível o estabelecimento de diversas formas de transição, buscando um equilíbrio entre as partes e maior consensualidade na mudança de situações, diminuindo, destarte, os conflitos.

Embora as regras de transição tenham atuação prioritária no campo da normatização, aplicam-se também à mudança de comportamentos ou entendimentos da Administração.

No âmbito jurisprudencial, quando o órgão julgador muda o entendimento já consolidado, impacta a confiança daqueles que pautaram suas atitudes de acordo com a tendência judicial até então preponderante. Nesses casos, as formas possíveis de proteger a confiança dos particulares seriam: I) o anúncio progressivo das modificações possíveis e II) a exclusão de quaisquer efeitos retroativos aos julgamentos.⁵⁸²

No que concerne à declaração de inconstitucionalidade das leis, há decisões que a decretam, mas estabelecem que seus efeitos passam valer a partir de determinada data, a fim de possibilitar ao legislador a elaboração de uma lei constitucional, em observância à confiança depositada pelos particulares de forma legítima.

Denota-se a preocupação de algumas Cortes, dentre elas o Supremo Tribunal Federal, em não trazer como resultado de suas decisões uma abrupta mudança de entendimento, contra o qual os jurisdicionados não estão preparados. Assim, uma técnica que tem sido eventualmente adotada é a modulação dos efeitos da decisão.

Como exemplo pode-se citar a conhecida decisão sobre a fidelidade partidária.⁵⁸³ Dada a relevância da matéria e os vastos efeitos da decisão sobre a atuação dos políticos,

⁵⁸² QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança jurídica e proteção da confiança**: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Dissertação (mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 130.

⁵⁸³ Trata-se do Mandado de Segurança nº 26.603/DF, referente à fidelidade partidária, cujos extratos da Ementa demonstram a matéria tratada e a preocupação com sua aplicabilidade, em face da alteração de posicionamento do Tribunal: MANDADO DE SEGURANÇA [...] FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIAÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - [...] - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO

entendeu o Supremo Tribunal Federal que a mitigação dos efeitos do julgado era providência necessária à compatibilização da matéria de fundo (fidelidade partidária) com a segurança jurídica e a proteção à confiança.

Assim, seja no âmbito do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, as regras de transição representam importante medida de pacificação social, mediante aplicação compatibilizada de novos comportamentos com a proteção à confiança.

10.3.3 Proteção substancial da confiança nas licitações

Inicialmente cumpre esclarecer que o ato de invalidação dos certames licitatórios demanda formalização e motivação.⁵⁸⁴ Sem tal cautela o ato pode ser invalidado, inclusive

POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE [...] A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL". - O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República. - O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. - A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. [...] REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. - Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. [...]. STF. MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 04/10/2007, DJe-241 19/12/2008.

⁵⁸⁴ Lei nº 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

pelo Judiciário, visto que a motivação é passível de análise judicial.⁵⁸⁵ Marçal Justen Filho explica os efeitos ao afirmar que “[...] a ausência dos pressupostos de fato invocados na decisão, o erro de fato ou qualquer outro defeito constituirão causa para a cassação do ato de anulação ou revogação”.⁵⁸⁶ Portanto, o ato imotivado ou com motivação falha enseja a aplicação do princípio da proteção à confiança, neste caso representado pela manutenção e estabilização da situação existente.

Contudo, é necessário comentar que não é da tradição do Poder Judiciário determinar a manutenção de procedimentos licitatórios anulados ou revogados pelo Administrador Público.⁵⁸⁷ Em ambos os casos, embora seja usual reconhecer a possibilidade da Administração desfazer os atos, o resultado é usualmente o mesmo, ou seja, o ressarcimento dos prejuízos sofridos.⁵⁸⁸

10.4 PROTEÇÃO COMPENSATÓRIA DA CONFIANÇA

A proteção compensatória é aquela que busca recompor os prejuízos causados ao particular pela violação da confiança por ele depositada no comportamento da Administração Pública.

Essa forma busca mensurar o dano à confiança em pecúnia.

Quanto à sua aplicabilidade, como já comentado quando tratado da proteção substancial da confiança, parece não ser a forma preferencial, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Nem sempre a aplicação das outras formas é viável ou interessante, seja para a Administração, seja para o particular atingido pelos atos administrativos.

No que concerne à proteção procedimental da confiança, pode ocorrer de ser viabilizada prévia manifestação do particular, sendo essa meramente para cumprir uma

[...]

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

⁵⁸⁵ Os atos administrativos devem observar, além dos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, também aqueles previstos no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, dentre os quais da finalidade, motivação, razoabilidade, segurança jurídica e interesse público. Segundo Hely Lopes Meirelles o ato administrativo apresenta cinco elementos ou requisitos, a saber: competência, finalidade, forma, objeto e motivo. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 134. O motivo implica na exposição das razões de fato e de direito, tornando assim a providência a ser tomada, legal e apropriada para a situação concreta. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que o pressuposto de direito refere-se ao dispositivo legal em que se baseia o ato, e pressuposto de fato como o conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 212.

⁵⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Fórum, 2010, p. 195.

⁵⁸⁷ São usuais as ponderações sobre aspectos orçamentários, financeiros, referentes às limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal, mudanças na conjuntura econômica, etc.

⁵⁸⁸ Sobre a matéria vide: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 655-657.

formalidade. Embora pelos estudos do princípio da proteção à confiança haja requisitos a serem observados para a consecução da proteção procedimental, a sociedade é composta por seres humanos que, como tais, são falíveis. Não seria de se estranhar que o administrador público, na intenção de alcançar determinado objetivo, apenas concedesse ao particular atingido a possibilidade de manifestação, sem que apreciasse suas razões de forma séria e imparcial. Ao contrário, pode-se dizer que não seria incomum que solicitasse a instrução processual no sentido de contraditar a pretensão do particular, de forma a alcançar o resultado previamente pretendido.⁵⁸⁹ Nessa hipótese, ainda que observada a prévia manifestação do particular (proteção procedimental), não sendo mantida a situação pretendida (proteção substancial) resultaria esse atingido pelos efeitos do ato administrativo. Portanto, não restaria outra possibilidade senão recorrer à proteção compensatória da confiança, ou seja, o ressarcimento do dano causado.

Comentando sobre a possibilidade do Estado alterar seu comportamento e os efeitos disso resultantes, aponta Almiro do Couto e Silva:

Já vimos, no entanto, que a supremacia do interesse público sobre os interesses individuais torna admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos de sua política e possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo ineliminável na atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança.⁵⁹⁰

Há casos em que a proteção substancial da confiança não interessaria mais ao particular, por ser inócua, diante da supressão irreversível da sua expectativa. Valter Shuenquener de Araújo traz dois exemplos que retratam essa situação: no primeiro um Município divulga as condições para prestação de serviços de queima de fogos no Ano Novo, restringindo a participação daqueles que tem débitos tributários, ainda que com a exigibilidade suspensa. Diante disso o particular fica alijado do certame. Dias depois do evento o Município reconhece que cometeu um equívoco e que estariam proibidos de participar apenas aqueles que tivessem débitos tributários com o Município sem a exigibilidade suspensa, possibilitando, portanto, a participação daqueles que estivessem discutindo administrativa ou judicialmente. Na situação relatada, a preservação do ato de nada serviria ao particular, restando apenas a proteção compensatória. O segundo exemplo trata de proibição por meio de nova lei, de comercialização de determinado produto que passará a ser produzido e comercializado unicamente pelo Estado. A manutenção do direito do particular em comercializar o produto após o fornecimento exclusivo pelo Estado pode

⁵⁸⁹ Há uma máxima comum nas *conversas de corredor* das entidades públicas, segundo a qual quando o administrador público diz que não pode fazer algo é porque não quer, pois, quando quer, direciona o comportamento da Administração de tal forma a alcançar o objetivo pretendido.

⁵⁹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, 2004, p. 130.

não ser proveitosa, pois as condições não seriam iguais às preexistentes. Assim pode ser mais interessante para o particular a indenização.⁵⁹¹

Quando não houver possibilidade de opção, a indenização é a forma residual utilizada quando nenhuma das outras puder ser aplicada. Isso significa que é a forma passível de utilização na maioria dos casos de violação à confiança, inclusive nas relações pré e pós-contratuais.

Contudo, isso não significa que deva ou possa ser utilizada indistintamente.

Assim como as demais formas, apresenta aspectos positivos e negativos.

Pode-se apontar, não exaustivamente, como aspectos positivos: I) a possibilidade de resguardar simultaneamente a confiança do particular e a imediata implantação das alterações que representem a consecução do interesse público. Assim, as alterações trazidas por um novo comportamento da Administração passam a ter validade imediata e para todos. Aqueles que foram impactados negativamente pela medida são indenizados; II) afasta suspeitas que podem surgir pela manutenção de uma situação pela preservação do ato, quando isso caracterizar um privilégio pessoal, inatingível pelos demais administrados.⁵⁹² O pagamento ocorre numa única vez ou por curto período, se comparado com os efeitos duradouros da manutenção da situação; III) passível de utilização quando for impossível, proibida ou desaconselhável a manutenção do ato.⁵⁹³

Como aspectos negativos, não exaustivamente, pode-se citar: I) a indenização que represente um grande desembolso para o Estado, importando o ônus financeiro um obstáculo à implantação, pela Administração, das medidas necessárias (a indenização representa um montante elevado, que dificultará a consecução de outros objetivos, pelo comprometimento de seus recursos totais). Tome-se como exemplo a concessão de alvará de construção, por um pequeno Município, com orçamento limitado, para determinada obra com metragem de 2000m², distribuídos em seis pavimentos. Construída a obra, quando da concessão do *habite-se* verifica-se que o plano de zoneamento municipal não permite a construção de seis pavimentos, mas tão somente de cinco. Nesse caso seria mais benéfica a manutenção da situação do particular ou a determinação da demolição de um pavimento, com a conseqüente indenização pelo poder público que autorizou a obra? Entende-se que a manutenção da situação pode representar maior vantagem não só para o particular, mas também para a Administração, pois o potencial prejuízo ao Município é pequeno (portanto suportável), se comparado com o desembolso, que não trará maiores benefícios, o que

⁵⁹¹ ARAÚJO. Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 233.

⁵⁹² Embora seja forçoso reconhecer que também em muitas situações o pagamento de indenizações pode gerar igual ou maior suspeita de benefício em favor do particular.

⁵⁹³ Com as devidas ressalvas realizadas quando do estudo da proteção substancial, do direito da Administração revogar e anular seus atos, pode-se citar alguns exemplos: concessão de alvará de funcionamento de atividade que posteriormente foi comprovada insalubre ou perigosa à vida humana ou ao meio ambiente, inclusive das pessoas que vivem no entorno; atos ilegais não atingidos pelo decurso de prazo que os tornem imutáveis; atos que se mostrem lesivos ao Estado, entre outros.

inclusive será compensado pela tributação da área.⁵⁹⁴ No caso narrado evita-se “gastos públicos desnecessários e a Administração ganhará em eficiência”;⁵⁹⁵ II) a indenização represente um ônus desproporcional para o Estado, em comparação com a manutenção do ato ou seus efeitos. Há casos em que a onerosidade não se justifica. Tome-se como exemplo o caso de um servidor que, com base no estatuto funcional vigente (aprovado por lei) solicitou licença-prêmio por assiduidade⁵⁹⁶ de três meses. Deferida a licença, o mesmo põe em prática seu plano de residir temporariamente no exterior e fazer um curso de línguas. Para tanto, compra as passagens aéreas, aluga imóvel, contrata e paga antecipadamente o curso pretendido, contrata plano de saúde pelo período da estadia, aluga automóvel, tira passaporte e obtém vistos, além de todas as demais providências e despesas de praxe. Passado um mês do período de afastamento, verifica-se que não foi cumprido um requisito para a concessão da licença, que era o afastamento de no máximo 25% dos servidores da unidade. Nesse caso seria mais apropriada para a Administração a invalidação do ato com a devida indenização dos prejuízos ao servidor ou a manutenção do ato? Também nesse caso entende-se que a manutenção do ato apresenta-se mais condizente com o princípio da proteção à confiança. Embora possa o servidor ser ressarcido pela violação da confiança depositada no ato administrativo, o desembolso a ser efetuado pela Administração, comparativamente à manutenção do ato, pode ser prejudicial à sociedade.⁵⁹⁷ Isto porque, se mantida a situação atual, o desembolso para a Administração será unicamente dos vencimentos do servidor, que goza de uma licença prevista em lei. Ao contrário, se a opção for pela anulação do ato, com o consequente retorno do servidor às atividades, restará à Administração o pagamento dos vencimentos do servidor, o ressarcimento dos danos por ele sofridos (materiais e eventualmente morais), além de, oportunamente, ter que conceder ao servidor, se não a totalidade, pelo menos o restante da licença a que o mesmo tem direito.

Embora aparentemente haja possibilidade de escolha entre as formas de proteção à confiança, nos casos concretos usualmente um ou dois modos de proteção se mostram passíveis de aplicação. Em qualquer caso, cumpre ao agente público ou ao juiz analisar as particularidades para a aplicação da forma que se mostrar mais benéfica às partes.

⁵⁹⁴ Em diversos Municípios a construção de um pavimento a mais do que é permitido no respectivo zoneamento não representa relevante prejuízo, pois há a comercialização do denominado *potencial construtivo* ou *transferência do direito de construir*, além de outra possibilidade, que é a *outorga onerosa do direito de construir*, figuras previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e regulamentadas em âmbito municipal.

⁵⁹⁵ ARAÚJO. Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 235.

⁵⁹⁶ A licença-prêmio por assiduidade é benefício previsto em diversos estatutos funcionais, tendo o servidor direito a três meses de afastamento a cada cinco anos de efetivo exercício, desde que não tenha sofrido, no quinquênio correspondente, penas disciplinares ou faltado sem abono. No período estão garantidos todos os seus direitos funcionais e vantagens do cargo.

⁵⁹⁷ Nesse caso, além da análise financeira, deve-se considerar o princípio da eficiência, previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal.

Para o presente estudo importa aprofundar a análise da responsabilidade patrimonial e consequente ressarcimento do dano à confiança, pela Administração Pública, em especial na fase pré-negocial. Contudo, embora não seja o objeto principal do presente estudo, comenta-se também alguns aspectos relevantes dessa violação nas fases contratual e pós-contratual.

10.4.1 Responsabilidade patrimonial da Administração

A responsabilidade patrimonial ou civil da Administração^{598 599} constitui-se no mecanismo de defesa do indivíduo frente ao Poder Público. É a garantia do cidadão de que, em caso de lesão causada pelo Estado no desempenho de suas atividades, será ressarcido. Tem por base os princípios da equidade e da igualdade, uma vez que o Estado, tal qual o particular, é responsável pelos atos danosos impingidos aos particulares. Como tal deverá ser responsabilizado pelo ressarcimento de suas atividades danosas.

A responsabilidade patrimonial do Estado divide-se em contratual e extracontratual.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Romeu Felipe Bacellar Filho aponta existir divergência doutrinária quanto à denominação dada ao tema. Comenta que “Para alguns, trata-se de responsabilidade do próprio Estado, por ser este o detentor de capacidade e personalidade jurídica – o titular de direitos e obrigações – para outros, a rotulação mais apropriada seria ‘responsabilidade da Administração Pública’, já que a responsabilização resulta de atos e omissões por pessoas jurídicas que a integram e não de atos do Estado organizado como entidade política”. Ainda segundo o autor, o “rótulo ‘responsabilidade do Estado’ abrange toda espécie de responsabilidade: relativa à atividade administrativa, judicial ou legislativa”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 194. Em que pese reconhecer-se as diferenças apontadas, no presente estudo serão utilizadas indistintamente as expressões, da forma usualmente encontrada na doutrina e na jurisprudência pátrias.

⁵⁹⁹ Paulo Bonavides defende que a denominação de responsabilidade civil é incorreta, posto que não está adstrita e tampouco regulada apenas por institutos do Direito Civil. E vai adiante, ao reconhecer que, dada a previsão constitucional, deva ser utilizada denominação condizente. Comenta: “Com efeito, desde que a responsabilidade se assentou em princípios de direito público, a mudança de nome se tornou algo imperativo e lógico. Ou se diz responsabilidade administrativa do Estado, como já tem sido do uso de publicistas, ou se elimina do substantivo o adjetivo. Todavia com mais razão faz-se mister dar outro passo avante, subindo, em seguida, ao ápice da pirâmide de normas e falar mais em responsabilidade constitucional do Estado do que em responsabilidade civil ou administrativa”. BONAVIDES, Paulo. As bases principiológicas da responsabilidade do Estado. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 69, p. 15-21, set./out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=75379>>. Acesso em: 14 jan. 2013. No presente estudo serão utilizadas, indistintamente as diferentes denominações, em especial *responsabilidade civil* e *responsabilidade patrimonial*, por ser tal terminologia da tradição no estudo da matéria.

⁶⁰⁰ Em termos gerais a responsabilidade civil apresenta uma série de classificações, a saber: I) quanto ao seu fato gerador classifica-se em responsabilidade contratual, se decorrente de descumprimento contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, no caso do agente causador do dano não estar vinculado contratualmente ao ofendido ou à vítima; II) quanto ao seu fundamento divide-se em responsabilidade subjetiva, fundada na culpa ou dolo, por ação ou omissão, que causem dano a determinada pessoa. Será responsabilidade objetiva se encontrar a sua justificativa no risco; III) quanto ao agente, será a responsabilidade direta se proveniente da própria pessoa imputada (agente responde por ato próprio). Será indireta se decorrente de ato de terceiro vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 94.

Colocados os pontos principais para o entendimento da responsabilidade patrimonial, passa-se a abordar agora a responsabilidade do Estado pela violação da confiança. Essa violação pode se dar durante as tratativas que antecedem a contratação, durante a relação contratual ou após a execução do contrato. Para o presente estudo interessa aprofundar-se na abordagem da fase pré-negocial.

10.4.2 Aspectos gerais da responsabilidade patrimonial

A palavra *responsabilidade* é a evolução do vocábulo latino *re-spondere*, que tem como significado o conceito de segurança, restituição ou compensação. Ensina Rui Stoco que:

A noção da “responsabilidade” pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.⁶⁰¹

Tanto no sentido etimológico quanto no sentido jurídico, a responsabilidade civil está relacionada à ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Importa, então, distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é um dever jurídico originário; a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro.⁶⁰²

Nas palavras de Maria Helena Diniz responsabilidade civil é definida como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁶⁰³

Depreende-se, portanto, que responsabilidade patrimonial é a obrigatoriedade de ressarcir os danos a quem os sofreu, independente se quem o originou agiu ilícita (culpa) ou lícitamente (nos casos da responsabilidade objetiva). Tal responsabilidade deve ser entendida por reparação de ordem econômica.

É o que prevê o Código Civil Brasileiro em seu artigo 927:

Art. 927 Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁶⁰¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 135.

⁶⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

⁶⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Denota-se no parágrafo único do dispositivo que se amplia o conceito de responsabilidade civil objetiva, com a chamada teoria do risco segundo a qual aquele que em virtude de sua atividade cria um risco de danos a terceiro, fica obrigado a reparar, sendo irrelevante que a ação do agente decorre de culpa.

10.4.3 Requisitos ou pressupostos da responsabilidade patrimonial

Aborda-se a seguir os requisitos para a configuração da responsabilidade civil ou patrimonial. São eles: conduta, imputabilidade, dano e nexa causal.

Ressalta-se que há dissenso na doutrina sobre quantos e quais são os requisitos. Como mostra dessa divergência pode-se citar que Fernando Noronha aponta a existência de cinco pressupostos: fato antijurídico, nexa de imputação, dano, nexa de causalidade e lesão de bem protegido.⁶⁰⁴

Silvio de Salvo Venosa relaciona quatro pressupostos ou requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexa causal, dano e culpa.⁶⁰⁵

Para Maria Helena Diniz são três os pressupostos: ação ou omissão, dano e relação de causalidade.⁶⁰⁶

Sergio Cavaliere Filho entende que a responsabilidade civil requer a existência de uma conduta culposa, um nexa causal e um dano, dispensando o elemento culpa quando se tratar de responsabilidade objetiva.⁶⁰⁷

Por fim, Luiz Alberto Blanchet, ao comentar especificamente sobre a responsabilidade do Estado, aponta como requisitos a materialidade, imputabilidade e nexa causal, ou pertinência lógica, correlacionando tais elementos com a existência de um prejuízo para o administrado.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469.

⁶⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 13.

⁶⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**: responsabilidade civil. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.

⁶⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶⁰⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 210-211.

Utiliza-se a seguir neste estudo aqueles apontados no início deste tópico, entendidos como aplicáveis à matéria ora tratada.⁶⁰⁹

10.4.3.1 Conduta - ação ou omissão

Conduta é todo ato humano, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito,⁶¹⁰ voluntário ou objetivamente imputável ao agente ou a terceira pessoa que por esse é responsável.

Maria Helena Diniz esclarece:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. [...] Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade a qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta.⁶¹¹

Importante salientar que a omissão somente será relevante quando importar na inobservância de um dever de agir.

Rui Stoco destaca que "não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica". E esclarece: "viola-se a norma jurídica, ou através de um *facere* (ação), ou de um *non facere* (omissão)".⁶¹²

10.4.3.2 Imputabilidade

Imputabilidade é a possibilidade de uma conduta ser atribuída a alguém.

Alerta Luiz Alberto Blanchet que é necessário analisar se o resultado danoso deriva de situação atribuível ao Estado e explica:

À Administração ela deve ser atribuível, não na acepção meramente lógica, mas com embasamento jurídico, ou seja, a situação cujos efeitos foram danosos para o particular deve ser juridicamente imputável ao Estado.⁶¹³

⁶⁰⁹ O apontamento dos requisitos segue o entendimento esposado em estudo anterior, que será aqui exposto. LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2008, p. 158-160.

⁶¹⁰ O Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406/02 - traz o que se considera ato ilícito: Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

⁶¹² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 153.

Só haverá responsabilização quando a situação danosa for imputável a alguém.

10.4.3.3 Dano

Segundo Caio Mário “dano é elemento ou requisito essencial à etiologia da responsabilidade civil”.⁶¹⁴

É uma lesão de interesse. É uma diminuição ocorrida no patrimônio. Diz-se ser essencial posto que, se não houver o que reparar ou o que ressarcir, não existirá obrigação. Nesse sentido, manifesta-se Sérgio Cavalieri Filho:

Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.⁶¹⁵

Quanto à natureza, o dano pode ser material, quando atingir coisas móveis ou imóveis. É pessoal quando atinge a integridade física ou estética. O dano patrimonial é aquele que resulta numa lesão ao patrimônio. Patrimônio para Maria Helena Diniz é “uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa”.⁶¹⁶

O dano moral é a lesão a interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica. Afeta a esfera moral da pessoa, sua órbita espiritual, impingindo-lhe tristeza, dor e constrangimentos. O dano moral pode ser direto,⁶¹⁷ como por exemplo a vida, a liberdade e a honra ou indireto,⁶¹⁸ por exemplo, o abalo experimentado pela perda de um objeto de valor afetivo. O dano moral foi elevado à categoria de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

Ao analisar se o dano é ressarcível, deve-se ter em conta se ultrapassa os limites normais de superabilidade, inerentes à atividade. No presente estudo, importa esclarecer se os danos sofridos pelo particular pela violação à confiança depositada na Administração são

⁶¹³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 211.

⁶¹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

⁶¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

⁶¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

⁶¹⁷ Que consiste na “lesão de um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contidos no direito a personalidade”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

⁶¹⁸ Quando decorrente de um prejuízo patrimonial com efeitos na esfera moral do indivíduo.

efetivos, reais e superiores àqueles aos quais o particular está sujeito (e de antemão conhece e se propõe a arcar), nas relações mantidas com a Administração.

10.4.3.4 Nexo Causal

Nexo causal é o vínculo entre o dano e a conduta do agente. É o que une a ação ou omissão do agente e o dano resultante dessa conduta. É condição indispensável para impor ao agente a obrigação de indenizar o dano. Sobre a matéria esclarece Caio Mario da Silva Pereira: "é necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, [...] é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não ocorreria".⁶¹⁹

O nexo causal é de crucial importância tanto na responsabilidade subjetiva quanto na responsabilidade objetiva. Na última, ao restringir o elemento culpa de seu núcleo, transfere para o nexo causal a função de fator central, intermediando o resultado danoso ocasionado por uma conduta positiva ou negativa.

10.4.4 Pressuposto especial - culpa

Leciona Maria Helena Diniz que culpa é:

[...] em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.⁶²⁰

Daí se depreende que não é imperativa a intenção do agente em causar o dano para que resulte sua responsabilidade civil. Basta a conduta reprovável e censurável.

Relevante a constatação da culpa na caracterização da responsabilidade civil subjetiva. A culpa é caracterizada pela inobservância de preceitos legais e pode se dar em casos de imperícia, imprudência e negligência. Por imperícia entende-se a falta de habilidade ou aptidão para a realização de certa ação. A imprudência é caracterizada pela ação sem a adoção das devidas cautelas. A negligência é o desrespeito às normas que ordenam o agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.

⁶¹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75.

⁶²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34.

São várias as classificações para a culpa, considerando a natureza e extensão do instituto. Apenas para citar algumas, podemos trazer a culpa *lata*, levíssima e leve; culpa contratual e extracontratual (aquiliana); culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo* e culpa *in custodiendo*; culpa *in committendo* e *in omittendo*; culpa *in concreto* e culpa *in abstracto*; culpa exclusiva e culpa concorrente; culpa presumida.

No presente estudo mostra-se relevante a diferenciação entre culpa contratual e extracontratual.

Culpa contratual é aquela decorrente de descumprimento ou inexecução de estipulações contratuais. A culpa extracontratual ou aquiliana é aquela resultante da violação do dever fundado na transgressão da lei ou de um princípio geral do direito.

10.4.5 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A teoria da responsabilidade civil subjetiva é calcada na culpa. Para sua caracterização é necessária, além da demonstração do nexos causal entre a conduta do agente e o evento danoso, a prova da culpa do agente.

Porém, em diversos casos a teoria da responsabilização subjetiva não se mostra satisfatória à resolução da situação, posto que nem sempre a vítima é capaz de demonstrar esse elemento, muitas vezes devido à desigualdade econômica entre as partes. Vários autores passaram a entender, então, que a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfazia todos os casos.

A fim de viabilizar a responsabilização nesses casos em que a teoria da responsabilidade subjetiva não respondia às expectativas de recomposição dos danos, surgiu a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco que determinada atividade humana gera.

Assim, a responsabilidade civil objetiva está calcada na demonstração da existência do dano e da autoria do evento danoso. É o que retrata Sílvio Rodrigues:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.⁶²¹

⁶²¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. IV. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

No sistema jurídico brasileiro, em geral a responsabilidade civil é subjetiva. Contudo, há casos em que a Constituição ou as leis determinam a responsabilidade civil objetiva, a depender das pessoas⁶²² ou relações tuteladas.⁶²³ Sobre a matéria, resume Carlos Roberto Gonçalves:

[...] a lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.⁶²⁴

Traçadas as principais características dessas teorias, ambas coexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise da responsabilidade patrimonial do Estado pela violação à confiança dos particulares. Primeiro passo para tanto é identificar no ordenamento jurídico qual foi a forma eleita para responsabilização estatal.

10.4.6 A Constituição Federal e a responsabilidade da Administração

A Constituição Federal traz, em seu art. 37, § 6º, a opção do constituinte pela forma de responsabilidade usualmente dispensada à Administração Pública:

Art. 37.

[...]

§ 6º 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.

Depreende-se do dispositivo citado que não é exigida a demonstração de culpa do agente para que haja a responsabilização da entidade pública ou particular no exercício de atividade pública. Assim, a opção foi pela responsabilidade objetiva do Estado.

Portanto, a primeira parte assenta a responsabilidade objetiva da Administração e a segunda parte do dispositivo contempla a responsabilidade subjetiva do agente estatal, ao assegurar “o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.⁶²⁵

⁶²² Por exemplo, as pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, conforme previsão contida na Constituição Federal, art. 37, § 6º.

⁶²³ Por exemplo, as relações de consumo, tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, conforme previsão dos artigos 12 e 14.

⁶²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

⁶²⁵ Esclarecedor o julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público,

Contudo, embora coexistentes as duas formas de responsabilidade, resta claro que, em regra, a responsabilidade estatal é objetiva. O fundamento dessa opção é o princípio da isonomia e a distribuição equânime do ônus das atividades estatais, considerando que o Estado busca o interesse público e o bem comum, em benefício da sociedade de modo geral.

10.4.7 Responsabilidade da Administração na fase pré-negocial

Analisados os elementos gerais para uma correta compreensão da responsabilidade patrimonial, bem como os elementos aplicáveis à Administração, passa-se agora ao estudo dessa responsabilidade em cada uma das fases da relação negocial⁶²⁶ ressaltando-se, contudo, que a abordagem a ser privilegiada é na fase pré-negocial, trazendo-se as demais apenas para uma correta caracterização do instituto.

O campo de atuação da responsabilidade pré-negocial não coincide com o dos chamados pré-contratos ou contratos preliminares, isso porque, aí já existe contrato, e a responsabilidade pelo seu não cumprimento é a contratual. O dano pré-negocial, ou dano à confiança, ocorre no espaço do “ainda-não-contrato”,⁶²⁷ onde inexistente vínculo contratual.

A responsabilidade pré-negocial da Administração Pública está situada no âmbito de operação da chamada responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, que é aquela resultante da violação do dever fundado na transgressão da lei ou de um princípio geral do direito. No caso em análise, a violação ao princípio da proteção à confiança.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a responsabilidade patrimonial do Estado:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁶²⁸

dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. STF. RE 32704, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. 15/08/2006, DJ 08/09/2006.

⁶²⁶ Tais fases, pré-negocial, contratual e pós-contratual já foram caracterizadas em tópico próprio, onde também foram esclarecidos os deveres inerentes às partes em cada fase.

⁶²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 240.

⁶²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 947.

A responsabilidade por danos atinge também a proteção à confiança na fase que precede o ajuste (que poderá ou não ser concluído). Daí a não se vincular de forma exclusiva à formação de contratos, mas de quaisquer negócios jurídicos, motivo pelo qual vários autores defendem que a denominação correta é “responsabilidade pré-negocial”.⁶²⁹

Ainda que as partes não estejam unidas por vínculo contratual, considera-se que efetivamente se aproximaram numa situação de confiança que vincula os que têm em comum o fato de viverem em sociedade. São os laços do contato social,⁶³⁰ reforçados pelas tratativas mantidas e pela relação de confiança gerada nas partes.

Isso porque antes mesmo de concluir qualquer contrato, as partes devem agir de boa-fé, daí decorrendo sua vinculação aos deveres de segurança e de lealdade, abrangendo este último os de esclarecimento, informação e discipulação.⁶³¹ É na violação de tais deveres, secundários,⁶³² que reside “o fundamento do dever indenizatório, hoje já não vinculado exclusivamente à ação culposa”.⁶³³

Nas contratações administrativas essa fase denominada formativa (período de contatos e tratativas preliminares) tem uma característica especial, que é a existência de licitação ou procedimento que a substitua.

Essa fase é de grande importância, pois permite a formação de um juízo de valor sobre a conveniência ou não da contratação com a Administração. Por outro lado, por ser uma fase caracterizada por um procedimento normatizado, sua importância está na razão dos efeitos decorrentes das situações em que há inobservância de tais normas, resultando numa frustração das expectativas dos particulares, o que lhes causa danos e afronta a confiança.

A fim de evitar tais ocorrências, as partes devem manter ao longo das negociações deveres de conduta tais como: comunicar à outra eventuais causas de invalidez ou

⁶²⁹ Nesse sentido: COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999, p. 163; MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 241. Ambos os autores ressaltam que a abrangência é maior do que a inicialmente proposta por Jhering, que resultou no estudo da *culpa in contrahendo*, ponto de partida para tais estudos.

⁶³⁰ A doutrina civilista alemã recorreu à noção de contato social como forma de representar a fonte de certas relações obrigacionais, as quais poderiam resultar em responsabilidade pré-contratual. Em lugar do contrato, inválido ou simplesmente não celebrado, indicava-se o mero contato havido entre as partes, em determinados casos, como fonte de obrigações. No Brasil, Clóvis do Couto e Silva transpôs os limites das teorias sobre a *culpa in contrahendo* e passou a considerar fonte comum de todas as espécies de obrigações - contratuais e extracontratuais - fazendo-a abranger maior número de fenômenos (entre os quais inclui-se a própria vida em sociedade, qualificada como a forma mais remota de contato social).

⁶³¹ COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999, p. 164.

⁶³² Leciona Judith Martins-Costa que: “Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 487.

⁶³³ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 240.

modificação do negócio; não silenciar deliberadamente perante erro cometido pela parte contrária; evitar divergência entre a vontade e a declaração; abster-se de propor contratos nulos por impossibilidade de objeto; o dever de não permanecer em inércia injustificada, provocando assim danos à contraparte; não se retirar injustificadamente das tratativas quando estas já alcançaram determinado ponto capaz de gerar, no outro partícipe, a legítima expectativa de que as negociações resultarão na celebração contratual nos termos negociados ou prometidos, entre outras hipóteses. A violação de tais deveres enseja a responsabilização da parte que causa prejuízos à outra.⁶³⁴

Ensina Mário Júlio de Almeida Costa que:

[...] através da responsabilidade pré-contratual, o que diretamente se tutela é a confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações num plano de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, podendo-se chegar a formação de uma legítima expectativa da conclusão de um contrato válido e eficaz de conseqüente obtenção futura dos proveitos ao mesmo ligados.⁶³⁵

Ao analisar no âmbito do Direito português as causas da responsabilidade pré-contratual, Lino Diamvutu aponta que ensejam responsabilização: I) a violação de deveres de conduta na celebração de um contrato; II) a ruptura ilegítima, arbitrária, intempestiva ou injustificada das negociações pré-contratuais e III) casos em que uma das partes crie a convicção da celebração de um contrato válido, e essa venha a ser frustrada por subsequentes invalidades.⁶³⁶

Quanto aos deveres de conduta na celebração do contrato, remete-se à análise realizada em tópico próprio,⁶³⁷ onde foram apontados tais deveres nessa fase. Assim, da violação desses deveres de conduta, cabe a responsabilização também da Administração Pública, quando essa ensejar a violação.

Quanto à ruptura ilegítima, arbitrária, intempestiva ou injustificada das negociações pré-contratuais, devem ser identificados três requisitos para ensejar a responsabilização: I) a realização de negociações em que as partes ou pelo menos aquela que não deu ensejo ao

⁶³⁴ Judith Martins-Costa afirma que não é apenas o silêncio doloso que é sancionado com a responsabilidade por danos, e cita outras hipóteses: a mera violação da obrigação de informar lealmente o outro negociador (principalmente quando há entre os negociadores desigualdade de poderio como no caso de Estado e particulares) e a responsabilidade pela “perda de uma chance”. Comenta, ainda, que “os deveres de lealdade pré-contratual se espriam numa variada gama de hipóteses, seja a celebração de um contrato que depois vem a se revelar inválido, seja a quebra de deveres de informar sobre atributos da coisa a ser vendida, seja pela violação do dever de segredo por quem revela segredos ou fatos dos quais teve conhecimento em razão das tratativas, seja pelo chamado ‘recesso injustificado’, que consiste na retirada das negociações após ter gerado na contraparte a legítima expectativa de que o contrato seria celebrado, seja pela retirada, no último momento, e injustificadamente, das negociações para a repactuação de um acordo, etc”. MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 245.

⁶³⁵ COSTA, Mário Julio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 42.

⁶³⁶ DIAMVUTU, Lino. **A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa 2011. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aDZEi3AE0TQ%3D&tabid=331>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

⁶³⁷ Tratado do tópico: *Fase pré-negocial e os deveres decorrentes da confiança*.

rompimento tenha confiado na conclusão do contrato; II) a ruptura unilateral e desleal dessas negociações; e III) a existência de danos que tenham nexos de causalidade com o rompimento.

No primeiro destes aspectos deve-se ter claro que a negociação propriamente dita já teve início. Não podem ser invocados como caracterizadores de negociação séria meros pedidos de informação ou busca de dados. No caso específico dos certames licitatórios ou procedimentos que o substituam, deve ter sido superada a fase de retirada do edital, elaboração e respostas aos questionamentos e interpretação dos instrumentos convocatórios, realização de visitas, etc. É necessário que o certame já tenha avançado para uma etapa onde se demonstre a efetiva vontade das partes em manter negociações sérias. Entende-se que, a partir do momento da apresentação de documentos cadastrais e/ou propostas, configurado está o interesse em manter negociações sérias. Essa fase deve se desenvolver com base em critérios de probidade, lealdade e seriedade de propósitos.

Quanto à geração de legítima expectativa na contraparte, entende-se que, quanto mais se avança na negociação (representada nos procedimentos prévios às contratações com o poder público no avanço das diferentes etapas licitatórias ou dos procedimentos de dispensa e inexigibilidade), maior é a confiança criada.

No dizer de Lino Diamvutu:

E essa confiança é tanto mais justificadora de tutela quando os vários actos que integram a negociação vão reduzindo, pela sua consistência e pormenor, o grau de incerteza sobre a futura celebração do contrato. Esse grau de incerteza vai-se esbatendo à medida que a negociação vai avançando de modo que podemos afirmar que quanto mais se aproxima da fase da conclusão maiores expectativas gera nos negociadores.⁶³⁸

O segundo requisito deve ser analisado sob dois aspectos: a existência de uma ruptura unilateral das negociações⁶³⁹ e a caracterização dessa ruptura como desleal ou ilegítima. Não é demais recordar que a confiança deve se fundar em condutas que despertem sérias expectativas, e não que baseiem em mero estado psicológico ou convicção de origem puramente subjetiva.

Mário Júlio de Almeida Costa resume sobre a questão da ilegitimidade da ruptura, ao afirmar que:

[...] o problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar-se, independentemente dessa valoração

⁶³⁸ DIAMVUTU, Lino. **A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2011, p. 21. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aDZEi3AE0TQ%3D&tabid=331>. Acesso em: 18 jan. 2012.

⁶³⁹ Essa ruptura se dá quando uma das partes demonstra que não pretende prosseguir até a celebração do contrato. Isso pode se dar de forma expressa (mediante manifestação, seja verbal ou escrita) ou tácita (mediante atos concludentes). No caso da Administração Pública, serve como exemplo a mesma deixar de praticar os atos inerentes ao certame, não manter contato com o interessado e firmar contratação direta com terceiro.

peçoal, se ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária.⁶⁴⁰

O terceiro requisito é a existência de dano, sem o qual não há de se falar em reparação. O dano deve estar ligado à conduta da parte faltante, a Administração. No caso da Administração Pública, dada a opção consignada na Constituição Federal, a responsabilidade é objetiva.⁶⁴¹

Há casos nos quais uma das partes cria na outra a convicção da celebração de um contrato válido, que posteriormente é frustrada por invalidades supervenientes. Trata-se de ocorrências em que há celebração de um contrato ineficaz (*lato sensu*) por vício imputável a uma das partes, no caso, a Administração Pública. Frustrada a contratação, entende-se devida a responsabilização estatal.

São exemplos:⁶⁴² I) incompetência, ilegitimidade ou incapacidade da parte, ocultado à outra; II) a falta de consentimento ou ocorrência de vícios de consentimento; III) a falta ou abuso de poderes de representação; IV) a impossibilidade ou ilicitude do objeto, entre outros.

A atuação da Administração Pública ganha relevância posto ser a atividade estatal condicionada à moralidade administrativa, que pressupõe uma ética pública que afasta a deslealdade, a mentira, o engodo, a torpeza. Reforça, pois, a correção na forma de agir, seriedade, lealdade e probidade, representativos da conduta segundo a boa-fé.⁶⁴³

A correção da conduta é reforçada pela presunção de legalidade e legitimidade da ação administrativa e pela desigualdade material das partes negociadoras.

Entende-se que a responsabilidade pré-negocial decorrente da violação à confiança (inobservância do dever de correção e boa-fé) obedece ao regime jurídico de responsabilidade extracontratual e objetiva, ditada pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal.⁶⁴⁴ Reforça esta ideia a previsão legal inserta na Lei de Licitações e Contratos

⁶⁴⁰ COSTA, Mário Julio de Almeida. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 246.

⁶⁴¹ Em termos práticos, significa que poderá ensejar responsabilização tanto os atos ilícitos quanto os atos lícitos. Nesse sentido: "Ao contrário do direito privado, onde a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade". DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 642.

⁶⁴² Toma-se alguns exemplos trazidos por Dário Moura Vicente, aos quais são incorporados outros, devido ao escopo do presente estudo. VICENTE, Dário Moura. **Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 263.

⁶⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 247.

⁶⁴⁴ Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Administrativos que impõe à Administração o dever de indenizar por danos pré-negociais, mesmo na hipótese do contrato vir a ser declarado nulo, desde que os prejuízos sejam regularmente comprovados.⁶⁴⁵

10.4.7.1 Danos passíveis de ressarcimento pela violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais entre a Administração Pública e os particulares

Inicialmente cumpre esclarecer que não é todo e qualquer dano causado pela Administração na fase pré-negocial que é ressarcível. Sobre o tema vale transcrever o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho que retrata as características dos danos ressarcíveis.

O dano ressarcível é aquele que se mostre especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido. A especialidade do dano o faz distinto daqueles casos em que uma atuação geral da Administração, utilizando o Poder de Polícia, possa trazer qualquer tipo de diminuição patrimonial ou afrontar interesses dos cidadãos. Ofereça-se como exemplo, as genéricas limitações administrativas ou a proibição do exercício temporário de atividade. Não haverá nestas hipóteses ou em situações similares qualquer direito a ressarcimento. A anormalidade do dano haverá de ser constatada pela superação de razoáveis limites de suportabilidade. Em qualquer caso, o bem ou interesse reclamados deverão de estar juridicamente protegidos, de modo a impedir que o ressarcimento possa abranger bens oriundos de comportamentos reprováveis ou interesses considerados escusos de acordo com o conjunto normativo.⁶⁴⁶

Luiz Alberto Blanchet aponta, além da especialidade e da anormalidade, outros elementos a serem observados para que o dano seja indenizável: a certeza e os efeitos permanentes do dano. Quanto à certeza, aponta que essa deve ser a certeza jurídica quanto à sua existência. Quanto à característica de ser permanente, explica que aqueles efeitos passageiros, que desaparecem ou se neutralizam de forma satisfatória para o particular não encontram espaço jurídico para determinar a responsabilização estatal, embora não se exclua a possibilidade de pleitear danos morais.⁶⁴⁷

§ 6º. 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.

⁶⁴⁵ Lei nº 8.666/93:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

⁶⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 236.

⁶⁴⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 218.

Portanto, além da necessária observância dos requisitos para a responsabilização da Administração, dadas as peculiaridades da fase pré-negocial, é necessário verificar se tudo o que o particular aponta como perdas e danos é passível de ressarcimento.

Esta análise passa pela compreensão do interesse positivo e do interesse negativo. Ruy Rosado de Aguiar Junior explica essa distinção:

A composição dos danos pode compreender interesses negativos e positivos. O interesse negativo é o “dano derivado da confiança”, conseqüente ao fato de ter a parte confiado no contrato, para cuja celebração e cumprimento pode ter efetuado despesas e assumido obrigações, preterindo outras alternativas (despesas com o operador que foi mandado a realizar curso na empresa fabricante da máquina, a final não entregue; financiamentos contratados para pagamento dos serviços não realizados etc.). A indenização pelo interesse negativo há de repor o lesado na situação em que estaria hoje, não tivesse contado com a eficácia do contrato. O interesse positivo é o interesse de cumprimento; corresponde ao aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido; é o acréscimo que o contratante, em caso de cumprimento da avença, auferiria com o valor da prestação, descontado o valor da contraprestação, e mais a vantagem decorrente da disponibilidade desse acréscimo, desde o dia previsto para o cumprimento até o da indenização. “O que o contraente ou pré-contraente deixou de ganhar também é indenizado. Toma-se por base, por exemplo, o que valeria no momento da prestação da indenização, o bem a ser prestado”.⁶⁴⁸

Passa-se agora à análise de cada tipo.

10.4.7.1.1 Interesse positivo

O interesse positivo se caracteriza no ganho esperado, no lucro, na vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveita o contratante. Representa a própria formalização do contrato.

O interesse contratual positivo implicaria o ressarcimento pelas vantagens que a parte prejudicada deixou de auferir com o cumprimento do contrato, caso fosse celebrado. Entende-se que somente um contrato válido pode servir de base à consecução do interesse positivo.

O interesse positivo conduz à ideia de lucro cessante, ou seja, o que o lesado razoavelmente deixou de lucrar.

Usualmente não é computado para fins de indenização pré-negocial porque esse é o que resultaria da realização do negócio. Exclui-se da indenização o interesse positivo pelo fato das perdas e danos não poderem se referir ao inadimplemento de um negócio que nunca foi concluído.

⁶⁴⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 267.

Contudo, em que pese ser esta a posição majoritária na doutrina, deve-se comentar que há corrente diversa, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, em países como Alemanha, Itália e Portugal.⁶⁴⁹

Tome-se como exemplo Portugal. Embora seja entendimento difundido que a violação da confiança na fase pré-negocial resulta na reparação dos danos negativos, há diversas decisões reconhecendo a possibilidade de abranger também os danos positivos.⁶⁵⁰

As condições que possibilitam tal entendimento são retratadas por Paulo Mota Pinto:

Admitimos, porém, a existência de tais casos, muitos excepcionais (mas também já reconhecidos na nossa jurisprudência), em que a indemnização se não limita ao interesse negativo, desde que a vinculação pré-contratual se tenha densificado já ao ponto de ter surgido um verdadeiro dever de conclusão do contrato, de tal modo que o “evento que obriga à reparação” passa a ser, justamente, a não conclusão do contrato. Nesses casos, poderá, pois, existir uma indemnização em dinheiro, medida pelo interesse positivo na conclusão. Mas não se vê razão para não admitir também, por aplicação do artigo 566.º, a indemnização por reconstituição natural mediante a conclusão do contrato, aceitando-se, mesmo, um direito do lesado à celebração do contrato, susceptível de execução específica, por aplicação (análogica, considerando a admissão de um dever de conclusão) do regime do contrato-promessa, desde que aquela seja possível no caso concreto.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Há entendimento divergente, pela possibilidade de reparação da integralidade dos danos causados *in contrahendo*, inclusive referente ao interesse positivo. Nesse sentido, dentre os autores portugueses: CORDEIRO, António Menezes. Dolo na conclusão do negócio: culpa *in contrahendo*. **Revista O Direito**, Lisboa, a. 125, 1993, p. 165 e PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 168-180. Também há este entendimento entre os alemães e os italianos. Por todos, vide SOARES, Paulo Brasil Dill. A boa fé como princípio nas relações pré-contratuais. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, a. 14, n. 20, p. 311-338.

⁶⁵⁰ Nesse sentido, servem como exemplos as recentes decisões do Supremo Tribunal de Justiça: I A responsabilidade pré-contratual decorre do dever de agir de boa fé e de forma diligente, por forma a proteger a confiança de cada um dos contraentes nas legítimas expectativas que o outro lhe criou durante as negociações. II Respeita à fase das negociações, visando a fixação do conteúdo do contrato e à da conclusão do negócio, que abrange a proposta contratual e vai até à sua aceitação. III A responsabilidade pré-contratual, como *tertium genus*, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extra-contratual tem de obedecer aos requisitos dos art.ºs 483º e 798º do C. Civil. IV A responsabilidade pré-contratual abarca o dano contratual negativo – o dano que o lesado não teria se não tivesse encetado as negociações – e pode abarcar o dano contratual positivo – quando as negociações tiverem atingido um nível tal que justifique a confiança na celebração do negócio. V [...] STJ. 3729/04.0TVLSB.L1.S1. Rel. Bettencourt de Faria, data do Acórdão 27/09/2012;

I - As regras da boa fé consagradas no art. 227.º do CC significam que, nas negociações preliminares e preparatórias do contrato, as partes se devem comportar como pessoas de bem, com correcção e lealdade. II - Se alguém inicia e prossegue negociações, criando na outra parte expectativas de negócio, mas com o propósito de as romper ou de não fechar o contrato, ou formando no decurso dessas negociações tal propósito de forma arbitrária, dessa maneira defraudando a confiança que a outra parte tenha formado na celebração deste, viola aquelas regras, devendo indemnizar os prejuízos que cause. III - A ordem jurídica pretende conciliar, na fase pré-contratual, o interesse da liberdade negocial com o interesse criado pela confiança no projecto de contrato. IV - O dever de agir segundo os ditames da boa fé consagrado no citado art. 227.º é válido tanto para os contratos consensuais como para os contratos formais, proibindo toda a conduta consistente no rompimento das negociações, que traduza uma apreciável falta de consideração pelos interesses da contraparte, e originando a sua violação arbitrária e culposa, isto é, merecedora de um juízo de censura ou reprovação, a obrigação de indemnizar os danos causados. V - Em princípio, apenas são objecto da obrigação de indemnizar os danos que constituam lesão do chamado interesse contratual negativo ou interesse da confiança, ou seja, os danos que o lesado não teria sofrido se não tivesse confiado na expectativa negocial criada pela parte contrária. VI - Podem também ser objecto de indemnização por culpa *in contrahendo* os danos integrantes do interesse contratual positivo, quando, pelo encontro da proposta e da aceitação, já tenha sido obtido acordo, faltando apenas a formalização do contrato, pois, nesse caso, é de entender que existe um verdadeiro dever de conclusão, cuja violação implica a indemnização do interesse do cumprimento, isto é, considerando-se como indemnizável o ganho que derivaria da celebração (formalização) do contrato e que não se obteve. [...] STJ. 44/07.1TBGDL.E1.S1. Rel. Silva Salazar, data do Acórdão 16/12/2010.

⁶⁵¹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1347-1348.

Portanto, embora se reconheça que a função primordial da reparação é devolver a vítima à condição em que se encontrava anteriormente, entende-se que o amadurecimento e desenvolvimento da teoria poderá, futuramente, sinalizar pela possibilidade de reparação dos interesses positivos, também quando envolver a Administração Pública.⁶⁵²

10.4.7.1.2 Interesse negativo ou dano da confiança

No âmbito da responsabilidade pré-contratual fala-se do interesse negativo, vinculado à ideia de confiança que as negociações da fase pré-negocial trazem às partes.

Explica Sílvio de Salvo Venosa que:

No amplo horizonte dos negócios, com muita frequência surgem questões referentes a promessas não cumpridas ou simples recusa injustificada de contratar. Trata-se do que a doutrina costuma denominar de "dano de confiança", dentro do que se entende por "interesse negativo". Fundamentalmente, denomina-se interesse negativo porque o interessado deseja que o ato ou negócio jurídico em questão nunca tivesse existido.⁶⁵³

Havendo o rompimento dessas negociações, sem que haja a formalização do contrato, a parte lesada não terá chances de ter o negócio concluído.

O que a parte faltosa deverá ser obrigada a indenizar, em matéria de responsabilidade pré-negocial, é o interesse negativo da parte lesada, também chamado interesse da confiança, que corresponde aos prejuízos que essa evitaria se não houvesse entrado em negociações injustamente frustradas (seja pelo recesso injustificado de uma das partes, seja pela revelação indevida de segredos ou informações, seja pelo não fornecimento de informações que teriam sido relevantes para formar o consenso contratual, seja pelo não cumprimento de promessas feitas na fase pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor, etc.). A indenização pelo interesse negativo abrange, portanto, os danos emergentes. Embora seja disseminada a compreensão que o interesse negativo corresponde ao dano emergente, há tanto na doutrina⁶⁵⁴ quanto na jurisprudência⁶⁵⁵ quem

⁶⁵² Atualmente outras restrições decorrentes de normas (aí inclusos os princípios) orçamentárias, financeiras, fiscais e de aplicação de percentuais da receita (inclusive constitucionais) destinados a diversas áreas (ex: educação, saúde, ciência e tecnologia) são fortes limitadores da responsabilização do Estado, pois muitas vezes servem de justificativa para a não concretização das contratações decorrentes de processos licitatórios e procedimentos que os substituem.

⁶⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. v. II. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 470.

⁶⁵⁴ Vide: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceitos, fontes e formação**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 190-194; MARTINS, António Carvalho. **Responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 96.

⁶⁵⁵ No Supremo Tribunal de Justiça Português tal entendimento já foi demonstrado inclusive no âmbito das relações com a Administração Pública: I - Há contrato administrativo se os deveres ou direitos pactuados são neutros ou indiferentes, acomodando-se tanto àquele como a um contrato civil. II - Na responsabilidade pré-negocial protege-se a confiança depositada por cada uma das partes na boa fé da outra e consequentes

entenda que o interesse negativo abrange também o lucro cessante, com o que não se concorda.

Por dano emergente entende-se a efetiva perda sofrida pela ocorrência danosa, normalmente representada por uma diminuição no patrimônio.

É condicionante que tais prejuízos decorram da ruptura das negociações e se liguem à confiança, ou seja, devem ter ocorrido depois e por causa da própria confiança do lesado, que justifica e embasa a responsabilidade pré-contratual daquele que violou a confiança e causou danos.

Essa relação entre a efetiva diminuição do patrimônio, ou entre o que deixou de obter (confiança fraudada) deve ser direta e imediata. Não engloba fatos ou atos que não se realizaram. Assim, o interesse negativo consiste naquele que teria o prejudicado se a conduta do outro partícipe das negociações não tivesse despertado nele a confiança na conclusão do contrato. Com base na confiança o prejudicado antecipou despesas, com vistas à sua execução, ou deixou de auferir vantagem certa.⁶⁵⁶

Dentre as despesas incursas no âmbito do interesse negativo Judith Martins-Costa exemplifica: em caso de campanha publicitária, os gastos com gravações, contratações de atores, honorários de artistas, projetos, etc.; o aluguel de armazéns, de navios, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por não ter providenciado acomodações em outro lugar para as mercadorias necessárias, ou por ter recusado outros negócios (perda de uma chance); prejuízo causado aos direitos de personalidade pela indevida violação de informações conhecidas na fase pré-negocial, entre outras.⁶⁵⁷

Ainda no âmbito das relações entre particulares e Administração Pública, pode-se citar como danos que representam o interesse negativo: despesas realizadas para obtenção de financiamentos ou linhas de crédito junto a instituições financeiras, para viabilizar a consecução do pretendido contrato; custos com abertura de empresas,⁶⁵⁸ despesas com projetos; despesas com consultorias a fim de adequar as atividades às normativas específicas do licitante ou da instituição financiadora; despesas com consultoria jurídica, contábil, econômica ou técnica; despesas notariais; despesas com documentação;

expectativas quanto à futura celebração do contrato ou à sua validade e eficácia. III - Se um dos contraentes é um profissional são-lhe exigíveis maiores cânones de competência e probidade no decurso das negociações. IV - Um município tem o dever de conhecer e respeitar a legalidade, designadamente quanto à obtenção do visto do Tribunal de Contas. V - A indemnização, neste caso, afere-se em princípio pelo interesse negativo ou da confiança, abrangendo danos emergentes e lucros cessantes. STJ. 99B136. JSTJ00036374, Rel. Nascimento Costa, data do Acórdão 16/03/1999.

⁶⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 249.

⁶⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 249-250.

⁶⁵⁸ Em muitos contratos há necessidade de abertura de empresa específica (ex: sociedade de propósito específico).

despesas com obras; aluguel ou compra de mobiliário, equipamentos, contratação de pessoal e aluguel de imóvel ou bens móveis, quando estes forem condição de contratação,⁶⁵⁹ aluguel ou compra de veículos e equipamentos; pagamento de despesas de viagem para representantes da empresa e/ou colaboradores/parceiros.

Outro custo que pode caracterizar dano emergente é aquele referente à imobilização de capital que será aplicado no negócio aventado, bem como o tempo despendido ou a execução de um trabalho que não se mostra efetivamente útil.⁶⁶⁰

Ao lesado cabe a prova do montante do prejuízo.

Restringe-se este às perdas que o lesado teve justamente porque o negócio não foi concluído, ou porque a promessa não foi cumprida, violando-se o dever de agir segundo a boa-fé pré-negocial, afrontando, por consequência, o princípio da proteção à confiança.

O agente causador do dano (dano representado pela violação à confiança devido à frustração de legítimas expectativas) na fase pré-negocial deve ressarcir os prejuízos da outra parte.

Isso vale também para a Administração Pública que poderá fazê-lo de duas formas: I) administrativamente, mediante procedimento próprio do qual resulte o reconhecimento da violação à confiança do particular, com o consequente pagamento de indenização;⁶⁶¹ II) judicialmente, se não houver acordo com o particular quanto à forma ou valor do pagamento da indenização. Neste caso deverá também arcar com os ônus processuais da sucumbência (custas e honorários advocatícios). Em qualquer caso deve-se pagar a correção monetária posto tratar-se essa de mera manutenção do valor de compra da moeda no tempo.

Por fim, deve-se abordar se é cabível o dever de indenizar os danos emergentes de natureza não patrimonial na fase pré-negocial.

O art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal determinam a indenização decorrente de violação dos direitos relativos à integridade moral, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem (inciso

⁶⁵⁹ Cabe o exemplo de edital de credenciamento para clínicas de determinada especialidade médica, a fim de serem prestados serviços para o Poder Público, com realização de exames e/ou consultas à população. Vencida a fase de apresentação de documentos e passando à fase de verificação das condições da clínica, sendo condição *sine qua non* para o credenciamento a apresentação de infraestrutura com mobiliário, equipamentos de informática e para exames, imóvel com determinadas características e quadro de profissionais habilitados, há notório prejuízo com o rompimento das negociações no processo de credenciamento, resultando em danos variados com as providências que apenas foram adotadas pelo particular na legítima expectativa de que a negociação era séria e resultaria na contratação.

⁶⁶⁰ Récio Cappelari aponta que: “Também dá ensejo ao ressarcimento a perda de tempo e trabalho na fase pré-negocial, uma vez que se tenha criado fundada aparência de sua real conclusão e, por consequência, tenha-se estabelecido confiança nesta expectativa de contrato, a qual é, após, repentina e injustificadamente denegada. Portanto, pode-se concluir que, mesmo inexistindo despesas *strictu sensu*, ou seja, gastos efetuados, ainda assim pode configurar-se a responsabilidade pré-contratual, decorrente da perda de tempo e trabalho, o que, *verbi gratia*, pode ser indenizado pela verificação do quantum de honorários comumente pagos ao profissional; além da perda de oportunidade de contratar com outrem, entre outras hipóteses a serem averiguadas em cada caso concreto”. CAPPELARI, Récio. **Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao direito brasileiro)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 39.

⁶⁶¹ Ressaltando que, nesse caso, deve ser possibilitada prévia manifestação do particular quanto ao montante da indenização, em decorrência da proteção procedimental da confiança.

V), e declarando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Embora haja ciência da dificuldade de comprovar o dano moral no rompimento das legítimas expectativas do administrado na fase pré-contratual, não se afasta a possibilidade de sua ocorrência, cabendo à parte que teve a confiança violada durante as negociações pleitear indenização por danos morais.

10.4.7.1.2.1 A perda de uma chance

A frustração das negociações pela Administração Pública na fase pré-negocial, em especial nas tratativas representadas pelas licitações, dispensas e inexigibilidades de licitação, apresenta características peculiares.

Isto porque, ainda que se possibilite a prévia manifestação daqueles que serão impactados pelas atitudes da Administração (assegurando a proteção procedimental), dificilmente o Poder Público volta atrás em suas decisões de anular ou revogar os atos administrativos (proteção substancial). Mesmo que o particular encontre respaldo judicial para a manutenção do ato, dada a usual demora na prestação jurisdicional, na grande maioria das vezes a medida, quando afinal assegurada, já restou sem efeitos práticos.^{662 663} Isto significa que em boa parte das vezes, a única garantia assegurada ao particular que teve sua confiança violada é a indenização (proteção compensatória).

Assim, em muitos casos é violada a confiança depositada, frustradas as legítimas expectativas e sem efeitos práticos a manutenção dos atos. Em suma, a confiança resta definitivamente afrontada.

Dadas essas características, releva estudar o ressarcimento pela perda de uma chance.

Gilberto Andreassa Junior esclarece em que consiste essa responsabilidade:

⁶⁶² Em boa parte das vezes a manutenção dos atos, com a determinação de manter hígidos seus efeitos vem em decisão tomada muito tempo depois da ocorrência. Não raro, tanto a Administração quanto o particular não se interessam mais pela contratação, dadas as alterações econômicas e fáticas, que tornam tanto a abertura do certame quanto a proposta apresentada desinteressantes, quando não impraticáveis.

⁶⁶³ Retrata o comentário o seguinte julgado, onde o próprio Judiciário reconhece que no momento do julgamento a pretensão seria inócua e sem utilidade: AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DE CUMPRIMENTO DO OBJETO - CONTRATAÇÃO DE BANDA E BATERIA DE FOGOS PARA AS FESTIVIDADES DE PASSAGEM DE ANO - IRREGULARIDADES NOS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS - PEDIDO LIMINAR QUE PERDEU SEU OBJETO COM O ADIMPLEMENTO DO OBJETO CONTRATADO PELAS EMPRESAS VENCEDORAS - PRETENZA SUSPENSÃO QUE AGORA SE AFIGURA DESTITUÍDA DE UTILIDADE - RECURSO EXTINTO PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. TJPR. AI 870391-3, Rel. Lélia Samardã Giacomét, 4ª Câmara Cível, j. 08.05.2012, DJ 865, 17/05/2012.

A responsabilidade civil por perda de chance reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Isto ocorre, pois nos dias de hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir.⁶⁶⁴

A ocorrência dessa modalidade se dá quando, de um ato presente praticado pelo lesionante, resulta para outrem a impossibilidade de continuar num processo aleatório com vistas a obter um ganho ou evitar uma perda.⁶⁶⁵

As situações nas quais pode ocorrer esta modalidade são inúmeras, como exemplifica Fernando Noronha: estudante fica impedido de prestar o vestibular em razão de acidente que sofre, ou só vai fazê-lo em condições adversas, não obtendo êxito; um concursando ao cargo de juiz é impedido de realizar a última e definitiva prova; um trabalhador fica impossibilitado de se habilitar a uma promoção; cliente perde ação judicial em razão de seu advogado não ter apresentado o rol de testemunhas, ou não recorreu da sentença desfavorável, mas suscetível de discussão; uma mulher estava recém casada com um médico em início de carreira quando este foi morto, assim, se esvaindo as expectativas dela por uma vida venturosa e economicamente bem-sucedida; um órgão público deixa de realizar uma licitação obrigatória e impede determinada empresa de participar da concorrência; uma pequena empresa detentora de tecnologia nova e que havia iniciado negociações com uma grande empresa, com vista à conclusão de um contrato que projetaria o nome daquela a escala nacional (razão pela qual até fizera preços inferiores aos que seriam razoáveis) vê tudo se desfazer, devido a manobras fraudulentas de uma concorrente.⁶⁶⁶

No âmbito das tratativas com a Administração Pública tome-se como exemplo um particular que, dadas as tratativas representadas pela superação das diversas fases numa licitação, ou o regular desenvolvimento de negociações em dispensas e inexigibilidades de licitação, tem como certo que essas resultarão numa futura contratação. Como sabe de suas condições para fornecimento de produtos e serviços, deixa de celebrar novos contratos, diante da necessária mobilização de recursos financeiros, humanos e materiais para o futuro cumprimento das obrigações frente à Administração. Ressalte-se que, de antemão, o particular já sabe quais serão seus encargos e de que forma deverá cumpri-los, posto que a minuta de contrato e/ou as condições e prazos foram a ele apresentados desde o início pelo

⁶⁶⁴ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade civil: direito das obrigações e direito negocial**. v. 2. São Paulo: RT, 2010, p. 544.

⁶⁶⁵ Nesse sentido: "Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda". CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 74-75:

⁶⁶⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 676.

instrumento convocatório ou pelas condições apresentadas para apresentação de proposta visando eventual dispensa ou inexigibilidade.⁶⁶⁷

Frustradas as expectativas do particular, resta a esse, além dos eventuais prejuízos materiais já experimentados, também a perda de uma chance de chegar a uma contratação e obter ganhos dela decorrentes.

O embasamento para reparação do dano é o princípio da reparação integral dos danos, que pressupõe que todas as formas de dano devem ser reparadas integralmente.

Analisada a fundamentação dessa teoria, deve-se dar os contornos para que a mesma seja aplicável.

Segundo Fernando Noronha os danos ligados a chances perdidas devem ser certos, decorrentes de determinado fato antijurídico e ser objeto de prova suficiente para comprovar sua ocorrência, se for dano presente, ou a verossimilhança de que virão a ocorrer, se for dano futuro. A única incerteza admissível é se o lesado obteria o benefício aventado, não fosse interrompida a sua trajetória por ato de outrem.⁶⁶⁸ Nesses casos, embora haja dúvida sobre os eventos futuros, é certo que existe uma chance séria e real de que venham a ocorrer.

Rafael Peteffi da Silva complementa no sentido de ser digna de procedência a demanda do réu quando restar demonstrada que a chance perdida representa muito mais do que uma simples esperança subjetiva.⁶⁶⁹

Na aplicação da teoria da perda de uma chance, o que se repara é a chance que a vítima deixou de ter. Não se busca reparar o que se perdeu ou o que se deixou de ganhar no futuro. Portanto, não se deve vincular a chance perdida com o resultado final.

A oportunidade de ganhar ou de evitar um prejuízo, por si só, já é incorporada ao patrimônio jurídico do indivíduo, e sua violação enseja indenização. Defende Sérgio Savi:

Em determinados casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Embora utilizadas preferencialmente essas figuras, há outras onde se enquadram as observações, como por exemplo, os credenciamentos.

⁶⁶⁸ Nesse sentido, comenta: "o dano da perda de chance, para ser reparável, ainda terá que ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tiver sido perdida, traria o benefício esperado". NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de uma chance. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 23, ano 6, jul./set. 2005, p. 29.

⁶⁶⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

⁶⁷⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102-103.

A dificuldade havida outrora na obtenção da indenização era justamente o equívoco ao formular a pretensão, quando se buscava o valor que deixou de ganhar ou que deixaria de perder.⁶⁷¹

Corroborar tal assertiva Judith Martins-Costa, que entende indenizável justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certos benefícios. Chance esta que, por ato culposo do lesante, deixou de existir. A chance deve ser séria, real e certa, pois embora a realização da chance nunca seja certa, a perda dela deve ser certa. Complementa afirmando não ver óbice à aplicação criteriosa da teoria, pois o que o art. 403 do Código Civil afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (perda da probabilidade séria e real), restam configurados os pressupostos do dever de indenizar.⁶⁷²

Outro aspecto relevante é o reconhecimento da espécie de dano representada pela perda de uma chance.

A primeira distinção é a configuração dessa perda como dano material (patrimonial) ou imaterial (moral). Há juristas que entendem que da perda de uma chance podem resultar tanto danos materiais como danos morais⁶⁷³ e outros que reconhecem a possibilidade de caracterizar apenas danos materiais.

A corrente que reconhece na perda da chance apenas danos materiais entende que essa tem caráter material, onde não se avalia a dor suportada pela vítima, mas sim o que deixou de ganhar diante da perda de uma chance. Outro argumento é que no dano moral ocorre afronta ao patrimônio imaterial, notadamente aos direitos de personalidade, o que não ocorre no caso da perda da chance, que consiste na frustração de uma probabilidade.

Em que pese merecer respeito tal entendimento, filia-se àqueles que defendem como possível a ocorrência de ambos. Para tanto, parte-se da premissa que o dano pela perda da chance estaria ligado ao resultado final, assim, se a chance perdida foi de ter êxito numa causa em juízo, deve-se analisar o que se buscava na causa. Se a pretensão era o recebimento de uma quantia, o dano seria patrimonial. Se, contudo, a providência buscada

⁶⁷¹ Nesse sentido comenta Sérgio Savi que o óbice à indenização se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente a vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem. Assim fazendo, esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

⁶⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003; p. 360-362.

⁶⁷³ Dentre os que defendem esta posição estão CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008 e Roberto Abreu e Silva, que afirma: "Em síntese, a chance perdida configura um dano injusto indenizável ou reparável quando há prejuízo material ou imaterial causado a pessoa inocente pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência) e violadora de interesses juridicamente protegido no direito positivo (CRFB/88, art. 5º, Código Civil, Código do Consumidor, etc)". SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. **Revista da EMRJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, 2006, p. 39.

fosse a guarda de um filho, o dano seria imaterial. Um exemplo reincidente na doutrina é do atleta corredor que está a poucos metros da linha de chegada que lhe daria, com séria chance, a vitória, mas que é agarrado por uma pessoa que o impede de continuar na disputa. Imagine-se que ao vencedor estaria destinada uma quantia em dinheiro, além do reconhecimento público pelo sucesso alcançado, coroando meses de desgastantes treinamentos. Com o ato retira-se a oportunidade de ser vitorioso. Há prejuízo material pela perda da chance, representada pelo valor do prêmio e não se afasta a possibilidade de danos morais, em decorrência de eventual trauma ao atleta que fica doente e precisa se submeter a sério tratamento médico e psicológico para poder voltar a correr, dada a seriedade do abalo que atingiu sua saúde física e psíquica. Entende-se que o autor deverá arcar com indenização pela perda da chance da vítima de se sagrar vencedora, além dos danos morais sofridos pelo atleta.

Cabe ainda enfrentar outra discussão, quanto à caracterização desse dano. Quando material, deve ser considerado lucro cessante, dano emergente⁶⁷⁴ ou uma terceira espécie de dano material?⁶⁷⁵

Embora haja grande divergência doutrinária não apenas quanto a essa classificação, mas quanto a diversos outros aspectos envolvendo a perda de uma chance,⁶⁷⁶ entende-se que a caracterização é como dano emergente, posto que violada a chance antes existente. Assim, o que deve ser reparado é a chance em si, não sendo necessário comprovar o resultado a ser alcançado, se não existisse o ato danoso, mas sim que existia uma probabilidade de que isto acontecesse e que essa era uma chance séria e real, sendo esta chance dotada de certeza.

Quanto à reparação, esta deve se dar dentro das probabilidades de êxito da chance e não no resultado final.⁶⁷⁷ Reforça esse entendimento Glenda Gonçalves Gondim, que aponta:

⁶⁷⁴ Para Sérgio Savi a perda de uma chance é modalidade de dano material, da espécie dano emergente, visto que a chance já existe no patrimônio da vítima quando do momento da ocorrência da lesão. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

⁶⁷⁵ Nesse sentido, comenta Sílvio de Salvo Venosa, ao defender ser uma terceira modalidade de dano patrimonial, intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante: "a vantagem que se espera alcançar é atual; no entanto, é incerta, pois o que se analisa é a potencialidade de uma perda e não o que a vítima efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante) ou o que efetivamente perdeu (dano emergente)". VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 95.

⁶⁷⁶ Ignez Guimarães retrata tais divergências: "Tema tormentoso é o da natureza jurídica da perda de uma vantagem. Trata-se de questão controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ocorre que é comum, no Brasil, ser a indenização pela perda de uma chance tratada pelos Tribunais como se dano moral fosse ou, então, como se fosse lucro cessante. Há quem a considere como espécie intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante; há quem defenda de que se trata de uma subespécie de dano emergente; há quem acredite ser uma concepção mitigada do nexo causal o seu fundamento e há quem defenda ser uma ampliação do conceito de dano". GUIMARÃES, Ignez. Considerações críticas sobre a quantificação da perda de uma chance à luz da casuística. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR**, Umuarama, v. 13, n. 1, jan./jun. 2010, p. 73-74.

⁶⁷⁷ Sobre a matéria vide SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

Não há que se cogitar uma reparação equivalente ao benefício que provavelmente ocorreria, devendo o valor ser apurado pela chance e não pela perda, não podendo ser avaliado o dano causado, mas apenas a chance, tendo em vista que esta é comprovadamente a lesão do ofendido.⁶⁷⁸

No que concerne à matéria objeto deste estudo, entende-se possível a responsabilização da Administração Pública⁶⁷⁹ quando restar violada a confiança depositada no particular, em especial nos casos em que este respondeu a convocações realizadas mediante chamamento público.⁶⁸⁰

Rafael Peteffi da Silva, ao comentar acórdão do STJ versando sobre licitação, datado de 1990, que não reconheceu na oportunidade a aplicabilidade da teoria, comenta:

Parece carecedora de fundamentação a diferenciação entre a chance de vencer uma demanda judicial e a chance de vencer uma licitação, sendo o valor econômico da segunda tão evidente quanto a primeira. Aliás, a licitação pública guarda características semelhantes aos concursos públicos, sendo ambos exemplos de processos aleatórios.⁶⁸¹

Portanto, quanto à aplicabilidade na matéria referente às tratativas na fase pré-negocial, entre particular e Administração Pública, entende-se também plenamente cabível.⁶⁸²

⁶⁷⁸ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 840, out. 2005, p. 33.

⁶⁷⁹ APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA PARA TRABALHO. PRÉ-EXCLUSÃO DE COOPERATIVA. EXISTÊNCIA DE ACORDO FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO. DISCRIMINAÇÃO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS PROSPECTIVOS AO PEDIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE. 1. É abusivo o item 2.4 dos editais nºs 1363/2006 e 1723/2006, que proíbem a participação das cooperativas nos certames licitatórios. 2. [...]. 4. Outrossim, descabe o pedido de indenização por danos morais porque a mera exclusão da autora dos certames licitatórios promovidos pelo BANRISUL não se enquadra como dano *in re ipsa*, cujo reconhecimento independe de prova. Cuida-se, isto sim, de indenização decorrente da perda de uma chance, tendo o autor a incumbência de provar que, caso inexistente a ação ou omissão do réu, teria efetivamente obtido o bem da vida almejado. Como, no caso, não há como saber se a apelante teria ou não condições de melhorar a sua situação econômica não há como acolher o seu pedido. Revela-se absolutamente incerto se teria o lucro ou a vantagem que alega ter perdido. [...]. TJRS. Apelação Cível nº 70021001383, Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, 2ª Câmara Cível, j. 05/12/2007, DJ 18/12/2007.

⁶⁸⁰ APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA APROVADA E NOMEADA EM CONCURSO PÚBLICO. POSTERIOR ANULAÇÃO DO CERTAME. PERDA DO CARGO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS. Mesmo sendo legítima a anulação do concurso público por verificada irregularidade, o Poder Público responde pelos danos causados ao particular. Para o caso, são identificados danos morais e materiais, estes pela perda de uma chance de continuar na segurança do serviço público. Recurso não provido. TJPR. AC 729595-0, Rel. Pericles Bellusci de Batista Pereira, 2ª Câmara Cível, j. 15/02/2011, DJ 577 23/02/2011.

⁶⁸¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 197.

⁶⁸² RESPONSABILIDADE CIVIL - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CONTRATAÇÃO MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO QUE SE FRUSTOU DEPOIS DE PERCORRIDOS VÁRIOS TRÂMITES - INVESTIMENTOS REALIZADOS PELA CONTRATADA - DANOS - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - INEXISTÊNCIA DE LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES NOS MOLDES PLEITEADOS - [...]. I - A responsabilidade pré-contratual impõe às partes o dever de boa-fé objetiva, aplicando-se também no ramo da administração pública. Se a concessionária trata dos trâmites para a dispensa de licitação e, por via expressa e documentada, assevera a possível contratação do particular, tendo este investido vultosa soma na expectativa do contrato, frustrado este sem culpa do contratado, impõe-se o dever de reparar o dano arcado com os investimentos. TJSE. Apelação Cível nº 2734/2006, Rel. Juíza Convocada Rosalgina Almeida P. Liborio, j. 19/12/2006, DJ 26.02.2007.

10.4.8 Responsabilidade da Administração na fase contratual

Para que ocorra a responsabilidade civil contratual (obrigacional), é necessário verificar a existência de dois requisitos: I) a validade do contrato e II) o nexo de causalidade entre o dano e o descumprimento contratual.

O art. 389 do Código Civil Brasileiro⁶⁸³ prevê que o inadimplemento de uma obrigação enseja a responsabilização do devedor, com o dever de indenizar. Assim, do descumprimento da obrigação contratual decorre a responsabilidade do devedor em indenizar as perdas e danos, com acréscimo de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Ensina Rogério Ferraz Donnini que “o dano desponta à medida que a obrigação pactuada não é cumprida ou na hipótese de cumprimento inadequado, falho, distante, portanto, daquilo que foi acordado entre credor e devedor”.⁶⁸⁴ Depreende-se, portanto, que a obrigação de ressarcir decorre do descumprimento dos deveres contratualmente estabelecidos, sejam primários, secundários ou acessórios de conduta, inclusive aqueles gerados pelos princípios da boa-fé e da proteção à confiança.

Maria Gonzalez Borges lista casos típicos de descumprimento contratual envolvendo a Administração Pública. Dentre várias ocorrências, destacam-se: I) pagar valores contratados com atraso; II) deixar, sistematicamente, de pagar débitos já contraídos nas gestões anteriores, sobretudo se os antecessores pertencem a facções políticas diversas das dos atuais governantes; III) recusar o pagamento de débitos contraídos em gestões anteriores, alegando-se, pura e simplesmente, que as contratações a que se referem foram superfaturadas; IV) obrigar o administrado a recorrer à via judicial para obter o pagamento de seus créditos, embora a legitimidade das importâncias a serem cobradas esteja amplamente reconhecida pelos órgãos técnicos administrativos competentes.⁶⁸⁵ Todas estas ocorrências são passíveis de responsabilização da Administração.⁶⁸⁶

⁶⁸³ Lei nº 10.406/02:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁶⁸⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

⁶⁸⁵ BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Temas de Direito Administrativo atual: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 190-191.

⁶⁸⁶ Sobre atraso nos pagamentos e quitação sem correção monetária, ocorrência bastante comum, decidiu o STJ: Administrativo. Correção Monetária. Contrato de prestação de serviço. Pagamento com atraso. Súmulas 284 e 282/STF. 1. [...]. 2. A jurisprudência desta Corte é firme e pacífica quanto à incidência de correção monetária nos pagamentos em atraso, mesmo que não haja previsão contratual. 3. A única exceção é quando o credor, ao receber a parcela devida, mesmo em atraso, dá quitação plena. 4. A simples consignação de recebimento no anverso da fatura não induz à quitação plena. 5. Recurso Especial improvido. STJ. REsp. 402.742/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 26/03/2002, DJ 06/05/2002. Vale também: Contrato de obras públicas. Atraso no pagamento. Correção. Legitimidade da cobrança. Precedentes. 1- O atraso no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária. 2- Entendimento predominante

Nesse tipo de ocorrência, para efeito de indenização, busca-se o interesse contratual positivo, que implica no ressarcimento pelas vantagens que a parte lesada deixou de auferir com o cumprimento do contrato. Assim, devem ser apurados os danos que a vítima do inadimplemento sofreu, bem como aquilo que ela deixou de auferir com o descumprimento.⁶⁸⁷

10.4.9 Responsabilidade da Administração na fase pós-contratual

A fase pós-contratual é aquela, após a extinção do contrato, na qual persistem deveres, como os acessórios de conduta, mesmo após o cumprimento da prestação.

O descumprimento de tais deveres acessórios viola também os princípios da boa-fé e da proteção à confiança, acarretando a responsabilidade pós-contratual, também chamada culpa *post factum finitum*.

Há controvérsia entre os autores sobre a natureza da responsabilidade civil pós-contratual. A primeira corrente defende ser de natureza extracontratual ou aquiliana, uma vez que o contrato já está extinto e os deveres subsistentes estariam baseados em princípios tais como o da boa-fé e da proteção à confiança.

Outra corrente entende que a responsabilidade é contratual, posto que decorrentes dos deveres acessórios de conduta, pautados num comportamento baseado na boa-fé, inerentes ao contrato e que, embora não integrem a prestação principal, seguem com seus efeitos mesmo após a extinção do contrato.

Uma terceira corrente inclui essa responsabilidade pós-contratual no regime denominado terceira via, que embasa a responsabilidade pós-contratual em vínculos próprios, específicos, baseados nos deveres gerais derivados da boa-fé e da proteção à confiança que norteiam o tráfico jurídico.

Em que pese a discussão doutrinária, na prática caberá ao juiz, diante do caso concreto, caracterizar a natureza do dever violado. Assim, poderá caracterizar a responsabilidade pós-contratual como calcada nos princípios (tais como da boa-fé e da proteção à confiança), o que se entende mais apropriado, e que resultaria na responsabilidade extracontratual, ou poderá caracterizá-la em contratual, fixando a indenização dela decorrente.

desta Corte, que não discrepa da orientação traçada pelo Egrégio STF, com o qual coincide o acórdão recorrido. 3- [...]. STJ, REsp. 36.107/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, 2ª Turma, j. 24/11/1993, DJ 13/12/1993.

⁶⁸⁷ Nesse sentido dispõe o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/02:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Tal responsabilidade é típica nos casos de não expedição, pela Administração, de atestados de fornecimento, capacidade técnica ou conclusão de obras, declarações de que o particular cumpriu tempestivamente e na forma contratada o objeto do ajuste, o fornecimento de informações sobre não estar o particular suspenso para contratar com a Administração, o fornecimento de informações sobre não ter sido o particular declarado inidôneo, entre outros.

10.5 NOVA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estudados os impactos do princípio da proteção à confiança nas relações entre Administração Pública e particulares e as formas de proteger a confiança, é forçoso concluir que deve ser estabelecida uma nova forma de conduta da Administração perante os administrados. A Administração deve atuar de forma mais planejada, comedida, sem risco de cometer exageros ou abuso de poder. Nesse sentido, comenta Fabrício Motta:

[...] espera-se que a Administração atue de forma planejada, transparente, contínua, previsível, sem avanços muito acelerados nem retornos bruscos, sempre objetivando salvaguardar o interesse público.⁶⁸⁸

Deve a Administração se desvincular de atitudes tipicamente de império, que possam resultar em violação às expectativas dos particulares.

Essa nova perspectiva de atuação da Administração demanda a tutela, nessas relações, da boa-fé⁶⁸⁹ e da confiança dos administrados,⁶⁹⁰ aí incluídas as expectativas

⁶⁸⁸ MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In. MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 141.

⁶⁸⁹ Entende-se que a previsão inserta no art. 2º, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/99 de que a Administração Pública deve atuar de acordo com “os padrões éticos da probidade, decoro e boa-fé” introduziu no universo da Administração Pública, de forma expressa, o princípio da boa-fé. Daí a operar, também, “nas relações obrigacionais em que é parte a Administração Pública”. Não bastasse a previsão na citada lei, que regulamenta o processo administrativo na União, consta no art. 422 do Código Civil de 2002 que: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Quanto à eventual dúvida concernente à sua aplicabilidade nos contratos celebrados com a Administração, há de se ressaltar o disposto no art. 54 da Lei nº 8.666/93, que traz a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado, abrangendo, por certo o princípio da boa-fé, inclusive em sua concepção de proteção à confiança.

⁶⁹⁰ Nesse sentido, ressalta Judith Martins-Costa: “A Administração – ainda que atuando como autoridade decisória – está adstrita a conformar a própria conduta a normas de comportamento que, mesmo não expressamente previstas na lei ou em atos administrativos, permitem realizar o interesse público sem o excessivo sacrifício da esfera jurídica dos cidadãos. Daí que, objetivamente gerada a confiança por atos, palavras ou comportamentos concludentes, esta se incorpora ao patrimônio jurídico daqueles a quem são dirigidos esses atos, palavras ou comportamentos: o Ordenamento jurídico tutela os efeitos produzidos pela ação geradora de confiança em quem nela legitimamente confiou, coibindo ou limitando a ação administrativa, ou impondo deveres à Administração”. MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 236.

geradas, bem como a manutenção das mesmas em respeito à confiança por elas despertada na sociedade.

Essa forma de agir deve condicionar as ações da Administração também nas relações negociais e extra negociais quando o princípio da confiança é especificado pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva,⁶⁹¹ ambos constituindo a sua dupla face.⁶⁹²

Quanto à observância do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, ressalta Jesús Gonzalez Pérez:

Porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones entre las Administraciones públicas y entre las Administraciones públicas y los administrados.⁶⁹³

Diz Judith Martins-Costa que surge uma nova ética para a Administração Pública, traduzida na necessidade das palavras e ações da Administração serem levadas a sério, porque geradoras de legítima confiança nos particulares.

O cada vez mais frequente apelo à confiança na relação da Administração com o cidadão ressalta a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança para resolver os problemas do Estado de Direito.⁶⁹⁴

Assim, embora se reconheça que os princípios da legalidade e da segurança tenham em sua base a proteção à confiança, há de se esclarecer que o termo confiança trazia um outro significado, de previsibilidade e certeza dos atos estatais, tendo como base a separação entre a sociedade e o Estado, a relativa estreiteza das funções administrativas, a relativa estabilidade da produção normativa estatal e a ideia de que a relação entre os particulares e o Estado seriam *relações de poder, de sujeição ou de subordinação*. Hoje a compreensão de confiança é outra, segundo Judith Martins-Costa, de proteção jurídica e postulado ético que, além de constituir pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica, representa também uma necessidade “que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas”. E adiante arremata:

⁶⁹¹ Judith Martins Costa destaca que ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias de “boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do ‘alter’*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 412.

⁶⁹² MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 237.

⁶⁹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2004, p. 53.

⁶⁹⁴ Almiro do Couto e Silva há muito já apontava a polarização existente entre os princípios da legalidade e da segurança, demonstrando a necessidade de ponderação e de prevalência ora de um, ora de outro, para alcançar a Justiça. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 46-63.

[...] em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), impondo deveres de cooperação e de colaboração que se espraiam em numerosas formas de relacionamento: parcerias, negócios jurídicos das mais diversa índole e configuração, tratativas, atos-formativos, atos-fatos, etc.⁶⁹⁵

No plano dogmático a expressão princípio da confiança indica a fonte produtora de deveres jurídicos e o limite ao exercício de direitos e poderes. Assim ressalta de um lado a “valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança”, condição indispensável das ações e das relações afetas à direção do Estado, e de outro a sua completa feição, uma vez que “a confiança não é pensável *in abstracto*, longe das particulares ações e situações”.⁶⁹⁶

Essa proteção à confiança demanda da Administração a observância de alguns deveres como de não revogar ou revisar atos lícitos, porém inoportunos; dever de não recuar de promessas feitas; o dever de não invalidar atos ilegais, em certas situações, se já consolidados pelo tempo (eficácia negativa). Ou ainda os deveres de colaboração e cooperação (eficácia positiva).

Sempre que a atuação administrativa possa impactar negativamente no particular, deverá ser resguardada a este a prévia manifestação, tanto no que se refere à alteração do ato quanto a eventual montante indenizatório. Por fim, sempre que as demais formas se mostrarem inviáveis, deverá a Administração se responsabilizar por seus atos danosos.

⁶⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 232-233.

⁶⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 233.

11 CONCLUSÃO

A confiança está em voga nos últimos anos devido aos impactos causados na economia. A desconfiança de investidores resulta na dificuldade dos Estados em obter recursos para viabilizar empreendimentos e investimentos em áreas prioritárias. Contudo, esse é o resultado mais visível dessa desconfiança, mas não o único. Nas atividades inerentes à Administração Pública são grandes os impactos, tais como negativa dos particulares em fornecer cotações e orçamentos, em participar de certames, em contratar com a Administração e, em parte das vezes, o impacto é financeiro, com a elevação de preços cotados, com o cômputo de percentuais para precaver eventuais descumprimentos das obrigações assumidas pelo Estado.

Na busca do *interesse público* o Estado, diante da impossibilidade de alcançá-lo por meios próprios, passa a utilizar de meios consensuais, interagindo com agentes públicos e particulares, por meio de relações negociais. Afasta-se assim da clássica concepção de império para a posição de consenso.

Por outro lado, a sociedade cobra uma atuação estatal diferente, não com um Estado grande que tudo supre, mas sim com um Estado suficiente e, principalmente, eficiente.

Para viabilizar a atividade administrativa, o regime jurídico-administrativo fundamenta-se em princípios e regras específicos, dentre os quais alguns que reservam à Administração a possibilidade de alterar seus atos e interferir nos ajustes firmados.

Embora nesses casos normalmente a atuação estatal esteja fundamentada nessas previsões, é usual que os particulares tenham suas expectativas violadas, gerando desconfiança que resulta em instabilidade nas relações com o Estado e impactos negativos nas atividades econômicas.

Dada a notória influência da confiança, inclusive como fator de pacificação nos comportamentos individuais e nas relações sociais, e seu impacto na economia e no direito, essa tem sido objeto de estudos no âmbito da psicologia, da sociologia, da economia e do direito, entre outros.

A confiança se mostra um valor jurídico a ser protegido. Contudo, há certas condições de aplicabilidade da proteção à confiança. Para ser passível de proteção, deve ser constatado um comportamento estatal gerador de legítimas expectativas, que o indivíduo racionalmente confiou na situação e na sua manutenção, que em decorrência disso tenha praticado atos que demonstrem a confiança praticada no Estado e, por derradeiro, que exista um comportamento estatal que frustre a confiança.

Os particulares interagem com a Administração Pública na presunção de legitimidade dos atos, e na certeza de que ela age de acordo com a moralidade e a legalidade a que está constitucionalmente obrigada.

Visando dar segurança às relações entre o Estado e os particulares, sobressai a necessidade de proteger a confiança legitimamente depositada pelos particulares na Administração.

A proteção à confiança se dá por aplicação de vários princípios, dentre os quais da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade.

O princípio que de forma mais específica resguarda as expectativas dos particulares é o princípio da proteção à confiança, deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito.

O princípio da proteção à confiança tem influência em todas as atividades estatais e tem como finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou comportamentos estatais.

A aplicabilidade dos princípios como influenciadores do comportamento estatal decorre da atual interpretação constitucional, que os reconhece como normas jurídicas com prevalência, muitas vezes, inclusive sobre o direito positivado.

Originado no Direito alemão, esse princípio teve grande desenvolvimento nos países da Comunidade Européia, sendo reconhecido como princípio geral próprio dos estados membros no Direito comunitário.

O caminho percorrido no desenvolvimento do princípio da proteção à confiança no Brasil assemelha-se ao ocorrido na Alemanha, Espanha e França. Surge inicialmente na jurisprudência e na doutrina para, então, despontar no direito positivado.

No Brasil foi reconhecido como princípio constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente resguardava a confiança com fundamento em outros princípios ou institutos jurídicos, passou a recepcioná-lo de forma direta, com expressa menção ao *princípio da proteção à confiança*, consagrando-o, desta forma, na jurisprudência dos tribunais superiores.

Seguindo a tendência observada nos demais países analisados, de aparecimento na jurisprudência e na doutrina para então passar à positivação, verifica-se que é encontrado na legislação federal, com maior clareza na lei que regulamenta o processo administrativo da União, mas também em diversos outros diplomas legais, de forma transversa. Tais previsões retratam as três formas de proteção à confiança, ou seja, procedimental, substancial e compensatória.

A aplicação do princípio é de grande impacto nas relações entre os particulares e a Administração Pública, seja na fase pré-negocial, contratual ou pós-contratual. Em cada

uma dessas fases são reconhecidos deveres decorrentes da confiança. Na fase pré-negocial os principais deveres são de proteção, de informação e de lealdade.

Dadas as características dos procedimentos licitatórios, obrigatórios por previsão constitucional e cujos trâmites são disciplinados por lei, entende-se que o chamamento dos particulares com a manifestação inequívoca dos mesmos em participar das diversas etapas do certame caracterizam o compromisso estatal em manter negociações sérias. A mesma lógica é aplicável aos procedimentos formais que substituem as licitações.

O princípio influi consideravelmente nas relações entre a Administração Pública e os particulares.

Ainda que tais relações estejam sujeitas ao regime jurídico-administrativo, não se vislumbra óbices à aplicação do princípio frente aos princípios basilares do regime, a saber, da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, posto que, pela atual interpretação constitucional, mediante ponderação é possível interagir na busca do interesse público.

Embora a Administração Pública tenha influência dos princípios da autotutela e do controle, estes não se mostram absolutos, motivo pelo qual é possível compatibilizar a aplicação desses com o princípio da proteção à confiança.

Por outro lado, também influem decisivamente na proteção à confiança outros princípios facilitadores, a exemplo da razoabilidade, da proporcionalidade e da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Os reiterados julgamentos envolvendo casos assemelhados em que foram aproveitados elementos *extra-jurídicos* para solução de conflitos, dão ensejo a uma sistematização que resulta no surgimento de casos típicos, que podem nortear a aplicação de soluções generalizadas para os casos análogos. Assim, figuras como *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *supsessio*, *surrectio*, inalegabilidade de nulidades formais e desequilíbrio no exercício jurídico representam limitações às mudanças de comportamento da Administração Pública.

A proteção à confiança nas relações entre particulares e Administração Pública opera de três formas: procedimental, substancial e compensatória.

A proteção procedimental garante a necessidade de ser observado um procedimento processual prévio à adoção de medidas, pela Administração, que resultem na violação de uma expectativa legítima, tragam prejuízos ou reduzam vantagens já concedidas aos administrados. Esse procedimento deve propiciar expressa manifestação pelo contraditório e ampla defesa e também no caso de fixação administrativa de montante indenizatório.

A proteção substancial tutela a confiança do particular mediante a manutenção e estabilização das relações jurídicas decorrentes da relação entre a Administração Pública e o particular, diante de legítimas expectativas criadas neste por comportamentos da

Administração. Pode se dar de diferentes formas: pela preservação do ato e pela criação de regras de transição. A preservação do ato tem sido a forma preferida, inclusive quando acionado o Poder Judiciário. Previsões legais limitando o tempo para desfazimento de atos viciados e institutos jurídicos como a convalidação, conversão e confirmação são exemplos de formas utilizadas para manutenção de expectativas legitimamente geradas, direitos consolidados e comportamentos reiterados da Administração.

A proteção compensatória representa o dever estatal de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas legitimamente depositadas pelos particulares no comportamento da Administração. O ressarcimento deve abranger o interesse negativo ou dano da confiança, que corresponde aos prejuízos que seriam evitados se a vítima não houvesse entrado nas negociações injustamente frustradas pela Administração. Abrange, portanto, os danos emergentes.

Outro aspecto a merecer indenização é perda de uma chance de chegar a uma contratação e obter ganhos dela decorrentes, especialmente se o particular teve essa perda em decorrência da confiança, depois frustrada, nas tratativas sérias da Administração, representadas pelos procedimentos licitatórios ou procedimentos que os substituam.

O momento atual demanda da Administração Pública a proteção à confiança gerada por suas atitudes nos particulares. Para tanto a Administração deve atuar de forma mais planejada, comedida, sem risco de cometer exageros ou abuso de poder.

Isso impõe uma nova ética, com a manutenção das promessas levadas a público; pelo incondicional cumprimento das leis, regras e editais; pelo reconhecimento administrativo dos direitos dos interessados; pela abstenção de práticas protelatórias à consecução dos direitos dos administrados; pela manutenção dos direitos e situações consolidados; pelo resguardo às expectativas criadas por comportamentos reiterados da Administração; pela garantia de prévia manifestação daqueles que serão impactados negativamente por atos administrativos; pela adimplência e ressarcimento de prejuízos sem que o particular necessite recorrer ao Judiciário, entre tantas outras atitudes.

É dessa forma, com observância do princípio da proteção à confiança e com atitudes que demonstrem regularidade e lisura de propósitos que a Administração Pública poderá gozar da confiança da sociedade e dos particulares que com ela pretendam manter relações negociais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceitos, fontes e formação**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade civil: direito das obrigações e direito negocial**. v. 2. São Paulo: RT, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, n. 28, p. 77-82, out./dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 13, p. 4, abr./maio 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2013.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1988.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In **Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito**

adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BAHIA. **Lei do Estado da Bahia 9.433/05**. Disponível em: <http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei_licitacoes_9433.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BAPTISTA, Patrícia. Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 195-217, jan./dez. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, Salvador, jan/mar 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso em: 22 jan. 2013.

BARRETO, Ricardo Menna. Tempo, Direito e Confiança a partir de uma observação sistêmico-complexa. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 11, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-11/262-barreto-ricardo-menna-tempo-direito-e-confianca-a-partir-de-uma-observacao-sistemico-complexa>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In **Interesses públicos versus privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991.

BONAVIDES, Paulo. As bases principiológicas da responsabilidade do Estado. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 69, p. 15-21, set./out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75379>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, p. 1-23, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

_____. **Temas de Direito Administrativo atual**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172/66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 8.078/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 8.666/93**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 8.987/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.html>. Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 9.074/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 25 out. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 9.472/97**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 07 nov. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 9.784/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 9.868/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 9.882/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 10.233/01**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 10.257/01**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 16 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 10.406/02**. Código Civil Brasileiro. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 10.520/02**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 10.848/04**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012.

BRASIL. **Lei Federal 11.079/04**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 27 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 346**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 15 set. 2012.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário. **Revista do Tribunal Regional Federal**, 1 Região, Brasília, v. 18, n. 8, p. 71-83, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELARI, Récio. **Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao direito brasileiro)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CASTILLO BLANCO, Federico A. El Principio Europeo de Confianza Legítima y su Incorporación al Ordenamiento Jurídico Español. **Noticias de la Unión Europea**, Granada, n. 205, p. 29-52, fev. 2002. Disponível em:
<<http://www.uimunicipalistas.org/centrodoc/php/verDocumento.php?Parametro=331&Opcion=4>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

COLEMAN, James S. **Foundations of Social Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, ano 65, v. II, set. 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 01 jan. 2013.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**: parte geral. tomo I, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. A responsabilidade "post factum finitum" no direito civil e do consumidor. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24750-24752-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** - uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

COUTO e SILVA, Almiro do. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, abr./jun. 1996.

_____. 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, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

_____. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, p. 123-132, 2004.

_____. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 163-171, jul./set. 1999.

COVEY, Stephen M. R. **O poder da confiança**: o elemento que faz toda a diferença. São Paulo: Campus, 2008.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Cleverson Renan da. **A confiança nas relações interorganizacionais cooperativas**: estudo múltiplo de casos em empresas de biotecnologia no Brasil. Tese (doutorado em administração). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

CUNHA, Daniela. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 40, out./dez. 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Pressupostos do ato administrativo - vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: **I Seminário de Direito Administrativo - TCMSP**, 30 set. 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 30 dez.12.

DIAMVUTU, Lino. **A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa 2011. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aDZEi3AE0TQ%3D&tabid=331>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1796>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Evandro Rodrigues de et al. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, p. 1405-1428, dez. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000600007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2012.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. ed. rev. e aumentada. 16. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens. **Revista da ABRASD - Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, Porto Alegre, n. 1, p. 241-266, out. 2011.

FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 56-62, maio 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79107>>. Acesso em: 31 dez. 2012.

FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 37, p. 118-139, 2002.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

FUKUYAMA, Francis. **Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GOMES, Orlando. **Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 840, p. 11-36, out. 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004.

GUIMARÃES, Ignez. Considerações críticas sobre a quantificação da perda de uma chance à luz da casuística. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR**, Umuarama, v. 13, n. 1, p. 65-85, jan./jun. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Conceito de interesse público e a “personificação” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985.

LEWIS, J. David; WEIGERT, Andrew. Trust as a social reality. **University of North Carolina Press**, v. 63, n. 4, p. 967-985, 1985.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, Porto Seguro, out. 2007. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

_____. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 3, n.10, p.143-163, jul./set. 2005.

_____. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, António Carvalho. **Responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

_____. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, p. 87-126, out. 2006.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

_____. Responsabilidade pré-contratual da administração e proteção da confiança no Direito Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 58, p.131-152, dez. 2003.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, p.131-149, jan./mar. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, 1997.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62588>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Gerfran Carneiro. Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa Wagner (Coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NAVARRO, Leila; GASALLA, José Maria. **Confiança: a chave para o sucesso pessoal e empresarial**. São Paulo: Integrare, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Responsabilidade por perda de uma chance. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 23, ano 6, p. 28-46, jul./set. 2005.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, p. 1-33, mai./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo &**

Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 19 set. 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-34, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56600>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1998.

PARANÁ. **Lei do Estado do Paraná 15.608/07**. Disponível em: <<http://celepar7cta.pr.gov.br/SEEG/sumulas.nsf/319b106715f69a4b03256efc00601826/b9a73f02292062988325733e0068bfbe?OpenDocument>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista Eletrônica Thesis**, São Paulo, jun. 2008. Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/8_luciano.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, p. 47-83, 2004.

PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002.

QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança jurídica e proteção da confiança**: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Dissertação

(mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo**, Belo Horizonte, p. 55-58, abr./dez. 2009.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

RIZZARO, Arnaldo. Teoria da Aparência. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, p. 222-231, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. IV. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SÁNCHEZ, Israel Buenrostro. La Confianza: um concepto sociológico desactivado. **Revista de literatura, arte y cultura de la Universidad Autónoma de Nuevo León**, San Nicolás de los Garza, n. 62, p. 70-76. Disponível em: <<http://www.armasyletras.uanl.mx/62/>>. Acesso em: 22 out. 2012.

SÃO PAULO. **Lei do Estado de São Paulo 13.121/08**. Disponível em: <<http://www.pregao.sp.gov.br/legislacao/leis/lei13121.html>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

SARMENTO, Daniel et all. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCARTON, Luciana Maria; WINCK, César Augustus; Leonardi, Alex. Confiança em redes segundo a teoria da nova economia institucional. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 66-78, mai./ago. 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 18, jun. 2005. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/revis/revis18/art11_18.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2012.

SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford Press, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. **Revista da EMRJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao Direito dos EUA. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

SOARES, Paulo Brasil Dill. A boa fé como princípio nas relações pré-contratuais. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, a. 14, n. 20, p. 311-338, 2010.

SOUZA, Edela Lanzer Pereira. **Desenvolvimento organizacional**: casos e instrumentos brasileiros. São Paulo: Edgard Blucher, 1975.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 81, p. 165-171, 1987.

TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TREVISAN, Marco Antônio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**, n. 16, p. 199-215, out./dez. 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 3. ed. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos em espécie. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contatos. v. II. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

VICENTE, Dário Moura. **Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 95-104, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ZANINI, Marco T. F.; LUSK, Edward J.; WOLFF, Birgitta. Confiança dentro das organizações da nova economia: uma análise empírica sobre as conseqüências da incerteza institucional. **RAC**, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 72-91, jan./mar. 2009.