

## **O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO PÚBLICO**

I. Introdução

II. A retratação e revogação de atos administrativos  
beneficentes

1. Retratação

2. Revogação

III. A retroatividade de leis

1. O conceito de retroatividade

2. A proibição de retroatividade e seus limites

3. Os limites da retroatividade em sentido impróprio

IV. Modificação da jurisprudência judicial superior

V. Visão de conjunto sintética

## I. INTRODUÇÃO

O princípio da proteção à confiança somente há poucos decênios foi descoberto e desenvolvido. Ele já era ocasionalmente, sem dúvida, mencionado anteriormente na literatura e já anteriormente - não de modo expresso - influenciou a prática do direito de maneira diferente. Mas como princípio independente, ele foi desenvolvido somente depois da segunda guerra e invocado para a solução de certas questões jurídicas assim como para a fundamentação de institutos jurídicos completos.

É digno de atenção que a proteção à confiança foi concebida e formada não pelo dador de leis, mas pela jurisprudência. O dador de leis seguiu-a em alguns âmbitos parciais; de resto, porém, domina, em grande medida, a jurisprudência. Ela encontrou na literatura aprovação preponderante. O início, fez a jurisprudência administrativa nos anos cinquenta, que desenvolveu o princípio da proteção à confiança para a limitação da retratação de atos administrativos beneficentes antijurídicos. Seguiu-se, então, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que, no fundo, empregou o princípio da proteção à confiança inicialmente para a limitação da retroatividade de leis, mas então, também, em escala maior, para a vinculação do dador de leis. Ademais, o princípio da proteção à confiança apareceu na discussão sobre a revogação de atos administrativos, a vinculatividade de informações da autoridade, a eficácia de contratos administrativos antijurídicos, o efeito externo de

prescrições administrativas, a vinculação da administração em sua própria prática, a determinação da propriedade, da fundamentação de um direito de garantia de um plano e - *last not least* - a limitação da retroatividade da modificação da jurisprudência judicial superior.

Na literatura, foi abertamente falado da "vitória do princípio da proteção à confiança". Entrementes, essa estimativa cedeu a uma observância sóbria. Os problemas e limites deste princípio ficaram mais claros. Mas não pode ser duvidoso que a idéia da proteção à confiança se estabeleceu firmemente em alguns âmbitos.

A proteção à confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais. Ela visa à conservação de estados de posse uma vez obtidos e dirige-se contra as modificações jurídicas posteriores.

Em contrapartida, porém, tais modificações são sempre de novo indicadas. Por um lado, deve o Estado ter a possibilidade de eliminar posições jurídicas antijurídicas, mesmo que o cidadão tenha contado com elas. Por outro, deve o Estado reagir a modificações na prática e poder adaptar suas regulações até agora às novas situações. Isso vale, sobretudo, em nosso tempo que está enformado por desenvolvimentos vertiginosos no âmbito econômico, técnico e social. O princípio da proteção à confiança situa-se em uma relação de tensão entre estabilidade e flexibilidade. Está do lado da estabilidade, não obstante deva sempre de novo ceder às exigências da flexibilidade.

A proteção à confiança está ancorada jurídico-constitucionalmente. A fundação jurídico-constitucional pode até ter sido um fundamento essencial para o seu rápido reconhecimento após a promulgação da Lei Fundamental. A Lei Fundamental concede aos direitos e interesses do cidadão uma alta hierarquia e põe as pessoas no centro da ordenação jurídica estatal. Disso resulta por si a proteção do cidadão confiante na existência do direito estatal. Os direitos fundamentais e o princípio do estado de direito respaldam isso.

É manifesto que a proteção à confiança atua muito diferentemente sobre os âmbitos distintos acima mencionados. Ela não é uma norma jurídica, que poderia ser aplicável uniformemente em toda parte, mas um princípio diretivo que carece da realização específica ao âmbito. Nisso deve ser distinguido:

- segundo os respectivos atos jurídicos ou modos de conduta do Estado, nos quais a confiança pode referir-se como fundamento (lei, ato administrativo, prática administrativa constante e assim por diante?);
- segundo as exigências que devem ser requeridas à dignidade da proteção da confiança (boa-fé, disposições e assim por diante?);
- segundo os fundamentos e seu peso que falam a favor de uma modificação (correção de erros, adaptação a circunstâncias alteradas?); e,
- segundo as conseqüências jurídicas da proteção à confiança reconhecida (proteção de existência, proteção patrimonial, regulações transitórias?).

Uma discussão geral destes pontos de vista ficaria muito abstrata. Por isso, eu irei escolher e tratar circunstanciadamente os três âmbitos mais importantes e interessantes, nos quais a proteção à confiança se torna atual, ou seja, primeiro a retratação e a revogação de atos administrativos, segundo, a retroatividade de leis e, terceiro, a modificação da jurisprudência superior. A seguir, eu, ainda, finalmente, irei abordar alguns elementos estruturais comuns da proteção à confiança.

## **II. A RETRATAÇÃO E REVOGAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS BENEFICENTES**

### **1. Retratação**

A proteção à confiança foi desenvolvida pela primeira vez em conexão com a retratação de atos administrativos beneficentes antijurídicos. Atos administrativos são, segundo o direito alemão, regulações soberanas de um caso particular por uma autoridade em relação ao cidadão ou um outro sujeito jurídico. Eles são beneficentes, quando eles fundamentam para o cidadão um direito ou uma vantagem jurídica considerável, por exemplo, quando concedem uma prestação pecuniária, declaram uma autorização jurídica de indústria e comércio ou dão um certificado.

Segundo concepção jurídica anterior, a autoridade administrativa tinha o direito, até mesmo, em regra, era obrigada, a retratar um ato administrativo antijurídico. Para a fundamentação referia-se ao princípio da legalidade. Isso parecia também, sem mais, conseqüente. Pela revogação do ato administrativo antijurídico a violação jurídica é corrigida e novamente produzido o estado conforme o direito.

A primeira invasão nessa concepção jurídica firme resultou por meio de uma decisão do Tribunal Administrativo Superior de Berlim de 14.11.1956 (DVBL. 1957, 503). Tratava-se do seguinte caso: a demandante, uma viúva de um funcionário, trasladou da República Democrática Alemã de então para Berlim-Leste depois de lhe haver sido prometido, por ato administrativo, a concessão de rendimentos de pensão. Um ano depois a autoridade competente comprovou que os pressupostos jurídicos para a concessão, porém, não existiam, os rendimentos de pensão, portanto, haviam sido concedidos falsamente. Em conseqüência, ela retratou o ato administrativo, suspendeu os pagamentos e exigiu da demandante a restituição dos rendimentos pagos a mais. Isso correspondia, sem mais, à jurisprudência de então. O Tribunal Administrativo Superior de Berlim decidiu, todavia, a favor da demandante. Ele comprovou que, no caso concreto, deveria ser observado não só o princípio da legalidade, mas também o princípio da proteção à confiança. A demandante confiou na existência do ato administrativo e, em conformidade com isso, alterou decisivamente suas condições de vida. Como, no caso concreto, seu interesse da confiança preponderava, o ato administrativo não deveria ser retratado.

O Tribunal Administrativo Federal confirmou a sentença do Tribunal Administrativo Superior de Berlim (BVerwGE 9, 251) e, na época posterior, desenvolveu, em numerosas decisões, uma doutrina da retratação ampla e diferenciada. Ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade de atos administrativos beneficentes antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio de proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente. Como ambos os princípios requerem validade, mas também estão em conflito um com o outro, deve, segundo a opinião do Tribunal Administrativo

Federal, ser ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse - ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo - é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, uma retratação limitada objetiva ou temporalmente.

Para a fundamentação da proteção à confiança o Tribunal Administrativo Federal refere-se, em parte, ao princípio da lealdade e boa-fé e, em parte, ao princípio da certeza jurídica. Iria contradizer lealdade e boa-fé se a autoridade fosse apoiar-se na antijuridicidade de um ato administrativo por ela mesma publicado em prejuízo do cidadão. A certeza jurídica exige que um ato administrativo não só se torne eficaz juridicamente, apesar de possível antijuridicidade, mas também fique juridicamente eficaz, em todo caso então, quando o cidadão partiu e poderia partir da eficácia jurídica. Por meio da certeza jurídica, que radica no estado de direito e, com isso, ela mesma possui hierarquia constitucional, a proteção à confiança também obtém seu fundamento jurídico-constitucional. Isso tem importância porque, com isso, esta pode ser oposta no mesmo nível ao princípio da legalidade que, igualmente, radica no direito constitucional. O princípio da lealdade e boa-fé possibilita, ao contrário, mais uma sintonização exata no processo de ponderação.

A jurisprudência-retratação do Tribunal Administrativo Federal encontrou aprovação bem preponderante na literatura. Mas também ela deparou-se com oposição. Sobretudo Forsthoff, do qual procedeu o manual dirigente do direito administrativo do pós-guerra, opôs decididamente. O estado de direito desistiria de si próprio se ele não desse à legalidade a primazia sobre todas as outras considerações jurídicas imagináveis (S. 254). Contra isso, porém, deve ser dito que a proteção à confiança, não é, como Forsthoff aceita, concedido *contra legem*, mas está ancorado e indicado jurídico-constitucionalmente.

Em seus pormenores, a doutrina da retratação do Tribunal Administrativo Federal aqui não precisa ser apresentada mais. O dador de leis a acolheu e na lei do procedimento administrativo, promulgada em 1976, a aceitou. Isso vale sem reservas para os pressupostos da proteção à confiança, enquanto as conseqüências jurídicas que se juntam a isso são complementadas por uma outra variante. Mas a jurisprudência anterior ainda permanece importante, porque ela contribui para o esclarecimento dos fundamentos da

proteção à confiança e pode ser invocada para a interpretação da regulação da retratação da lei do procedimento administrativo. Determinante é agora o § 48 da lei do procedimento administrativo que, todavia, contém uma regulação complicada (prescrições correspondentes encontram-se no § 44, X, do código social e no § 130 da ordenação de tributos).

O § 48 da lei do procedimento administrativo determina inicialmente que um ato administrativo antijurídico *pode* ser retratado que, portanto, a autoridade competente deve decidir, segundo seu poder discricionário, sobre a retratação. A regulação de partida é, então, a seguir limitada exatamente para atos administrativos beneficentes por fundamentos da proteção à confiança. Nisso, a lei distingue entre atos administrativos que concedem uma prestação pecuniária ou uma prestação material divisível, por exemplo, subvenções, prestações sociais, ajudas e assim por diante, e outros atos administrativos, por exemplo, autorizações para construção, permissões jurídicas de indústria e comércio, naturalizações, autenticações e assim por diante. Notificações de prestação pecuniária não podem ser retratadas quando o beneficiado confiou na existência do ato administrativo e sua confiança é digna de proteção. Os outros atos administrativos podem, ao contrário, ser retratados, apesar da confiança digna de proteção, porém, o afetado obtém indenização para os danos patrimoniais formados da retratação. No primeiro caso, fala-se em proteção da existência, no segundo caso, em proteção patrimonial. As diferenças certamente não são tão grandes como inicialmente pode parecer. O dador de leis persegue exatamente a tendência de substituir somente o prejuízo à confiança. Isso pode ocorrer em notificações de prestação pecuniária pelo fato de o dever de reembolso do cidadão, resultante, no caso da retratação, do ato administrativo, e o dever de indenização da administração serem compensados em comparação um com o outro.

Pressuposto para a proteção à confiança - tanto em notificações de prestação pecuniária como em outros atos administrativos - é que o beneficente (1) confiou na existência do ato administrativo e (2) sua confiança seja digna de proteção sob a ponderação com o interesse público em uma retratação. Essa fórmula geral ainda é concretizada pela lei em sentido diferente. A dignidade de proteção não tem lugar de antemão se o beneficiado obteve o ato administrativo antijurídico

por engano, ameaça ou corrupção dolosa, ademais, se ele obteve o ato administrativo por declarações falsas ou incompletas, enfim, também então, se ele conhecia a antijuridicidade do ato administrativo ou em consequência de culpa grave não conhecia. É insignificante se o beneficiado, com vista às declarações falsas ou incompletas, cometeu uma culpa ou não; o dador de leis direciona somente para isto, que neste caso a antijuridicidade cai no âmbito de responsabilidade do favorecido. Em contrapartida, a dignidade de proteção deve ser afirmada, quando o favorecido consumiu as prestações concedidas ou quando ele fez disposições patrimoniais que ele não mais pode desfazer ou somente sob prejuízos não-exigíveis. Um consumo deve ser aceito, sobretudo, em prestações repetentes que servem o sustento da vida, por exemplo, rendimentos de salário, prestações sociais e bolsas. Disposições patrimoniais são, por exemplo, contratos que o beneficiado celebrou com vista a uma autorização para construção ou uma autorização para indústria e comércio. Todos esses critérios devem facilitar uma ponderação, mas não excluir. A ponderação conduz, em atos administrativos que têm como objeto prestações pecuniárias repetentes, freqüentemente a isto, que o ato administrativo pode ser retratado, sem dúvida, não para o passado, mas para o futuro - com a consequência que o beneficiado não precisa reembolsar as prestações recebidas, mas não obtém outras prestações.

Se existem os pressupostos da retratação, então pode o ato administrativo, contudo, somente no prazo de um ano, ser retratado (§ 48, IV, da lei do procedimento administrativo). Com isso, a proteção à confiança é mais uma vez ativada. O Tribunal Administrativo Federal, todavia, estendeu esta determinação do prazo tão amplamente que ela mal ainda pode ser eficaz.

## 2. Revogação

A retratação, que agora mesmo nós tratamos, concerne a atos administrativos *antijurídicos*. A revogação, a qual nós nos dedicaremos doravante, concerne a atos administrativos *conforme o direito*. Data determinante para a apreciação da conformidade ao direito é a data da publicação do ato administrativo. A revogação entra em consideração, sobretudo, então, quando após a publicação do

ato administrativo, a situação fática e jurídica que está na sua base se modifica e, com isso, o ato administrativo, conforme o direito (originalmente), não mais corresponde ao direito vigente quanto ao conteúdo. A revogação pode, ademais, entrar então em consideração, quando a situação fática e jurídica ficou, sem dúvida, imodificada, mas a autoridade, contudo, não mais quer conservar o ato administrativo, porque ele se mostra não mais necessário ou não mais conforme a finalidade. Se a revogação concerne a um ato administrativo *beneficente*, então se coloca outra vez o problema da proteção à confiança, isto é, a questão se e até que ponto a confiança, digna de proteção, do beneficiado, na persistência do ato administrativo será protegida.

Esta questão é regulada no § 49 da lei do procedimento administrativo. Segundo ele, uma revogação somente é admissível, quando existe um fundamento de contradição especial. A limitação a determinados fundamentos de revogação serve a proteção à confiança. Mas ela não exclui que pelos fundamentos da revogação também sejam compreendidos atos administrativos, em cuja existência o beneficiado confiou e podia confiar. Apesar disso, a revogação é admissível; mas o afetado pode pedir indenização para o dano patrimonial sofrido pela revogação. Para os pressupostos da proteção à confiança e a concessão da indenização valem os mesmos princípios como na retratação de atos administrativos.

Um fundamento de revogação legal é, sobretudo, a modificação da situação fática ou jurídica que está na base do ato administrativo. Assim pode, por exemplo, uma autorização para construção ser revogada se as regulações jurídicas de construção se modificaram decisivamente, o interesse público requer a revogação e o construtor ainda não fez uso da autorização, ou seja, ainda não começou com a construção. O construtor pode, todavia, pedir indenização pelas custas já para ele ocasionadas, por exemplo, para pagamentos aos arquitetos. Na prática, também é significativa a revogação de notificações de subvenção por causa do emprego contrário à finalidade. Subvenções não são concedidas em geral, mas, em regra, somente para determinadas finalidades, por exemplo, para a ampliação da superfície cultivada agrícola, para a aquisição de determinadas máquinas e assim por diante. Se o beneficiado não emprega a subvenção em conformidade com a finalidade indicada, então pode a

notificação de subvenção ser revogada e pedida a devolução dos pagamentos já prestados (§ 49 III da lei do procedimento administrativo).

### III A RETROATIVIDADE DE LEIS

Eu chego agora ao segundo grande complexo no qual a proteção à confiança desempenha um papel importante, ou seja, à retroatividade de leis. A Lei Fundamental alemã proíbe no artigo 103, II - em conformidade com o princípio: *nulla poena sine lege* -, leis penais retroativas, mas, de resto, não contém regulação expressa sobre a retroatividade de leis. Por conseguinte, são determinantes os princípios constitucionais gerais.

O Tribunal Constitucional Federal, que tem de decidir em último lugar sobre a constitucionalidade de leis, invoca sobretudo o princípio da proteção à confiança. Em um grande número de decisões ele desenvolveu uma doutrina da retroatividade ampla e diferenciada, que encontrou reconhecimento preponderante na literatura, mas também, em parte, ainda encontra oposição. É manifesto que existem determinados paralelos à retratação de atos administrativos que, como foi exposto agora mesmo, igualmente, é determinada pelo princípio da proteção à confiança. As diferenças, contudo, não devem ser olvidadas. Enquanto na retratação estão em jogo regulações de casos particulares no âmbito administrativo, na retroatividade de leis trata-se de regulações geral- abstratas do dador de leis parlamentar, que devem ser aferidas exclusivamente pela Constituição.

A retroatividade das leis levanta duas questões, ou seja, primeiro, se e quando, no fundo, existe um caso de retroatividade e, a seguir, segundo, se e sob quais pressupostos é admissível uma retroatividade.

#### 1. O conceito de retroatividade

A lei retroativa refere-se a fatos ou relações jurídicas que estão situados no passado. Com esta determinação geral, todavia, pouco ainda está ganho. A determinação exata do conceito de retroatividade depende disto, se se refere a critérios materiais ou temporais. Mesmo

o Tribunal Constitucional Federal não é inequívoco nesse sentido. Inicialmente, ele elegeu o ponto de referência material. Uma retroatividade existe então, "se a lei intervém em tipos concluídos, pertencentes ao passado, modificativamente posteriormente" (BVerfGE 11, 139, 145 f.). Desta "retroatividade em sentido próprio" ele distingue a "retroatividade em sentido impróprio", que deve, então, ser aceita, quando uma lei somente vale para o futuro, mas compreende fatos ou relações jurídicas que já nasceram no passado e ainda existem (BVerfGE, no lugar citado.). A distinção entre retroatividade própria e imprópria teve considerável importância, porque o Tribunal Constitucional Federal sustentava a concepção que a retroatividade em sentido próprio é, fundamentalmente, inadmissível, a retroatividade em sentido impróprio, ao contrário, admissível. Na literatura, ela encontrou oposição. Foi feito valer, sobretudo, que, muitas vezes, é duvidoso, quando existe um tipo concluído e, com isso, um caso da retroatividade em sentido próprio. Isso é tanto mais problemático quanto a essa distinção foram ligadas consequências jurídicas diferentes - inadmissibilidade ou admissibilidade da retroatividade.

O primeiro senado do Tribunal Constitucional Federal, contudo, perseverou até hoje nessa definição. O segundo senado, ao contrário, efetuou, há aproximadamente 15, anos uma mudança. Ele direciona doravante para o ponto de referência temporal. Uma retroatividade então existe, segundo isso, quando a lei determina que suas consequências jurídicas devem entrar em vigor em uma data que se situa antes da publicação, quando, portanto, a data da entrada em vigor é antedatada. Também o segundo senado, todavia, não pode passar por cima do fato que existem leis que, sem dúvida, somente valem para o futuro, mas (também) compreendem fatos ou relações jurídicas já nascidos no passado e doravante os desvalorizam. Ele não fala nesses casos, sem dúvida, de "retroatividade em sentido impróprio", mas de "conexão retroativa típica", porém, trata-a como a "retroatividade em sentido próprio". As diferenças entre o primeiro e o segundo senado são, por conseguinte, do tipo mais conceitual que material.

*Exemplos:* uma lei para a modificação da lei do imposto de renda, que é publicada em 1.2.2000 e também entra em vigor no mesmo dia, determina que será revogado um benefício fiscal

concedido em 1999: caso da retroatividade em sentido próprio. - A lei do imposto de renda determina que os custos de aquisição para determinadas instalações de serviço podem ser deduzidos durante dez anos na razão de 10% cada. O A compra em 1997, com vista a esse benefício fiscal, uma instalação correspondente. Em 1.2.2000 a lei do imposto de renda é modificada e determina que esse benefício fiscal somente ainda será concedido até 31.12.2000. A modificação da lei atua, sem dúvida, somente para o futuro, mas refere-se a um processo que está situado no passado. A não pode, como esperado, deduzir 100%, mas somente 40% das custas de aquisição: caso da retroatividade em sentido impróprio.

## **2. A proibição de retroatividade e seus limites**

O Tribunal Constitucional Federal sustenta, em jurisprudência constante, a concepção que a retroatividade (em sentido próprio) de leis em prejuízo do cidadão é, fundamentalmente, inadmissível. Para a fundamentação, ele se refere ao princípio da proteção à confiança. O cidadão deve poder confiar nisto, que sua atuação, em conformidade com o direito vigente, ficará reconhecida pela ordenação jurídica com todas as conseqüências jurídicas com isso unidas originalmente e não será desvalorizada por uma modificação do direito retroativa (BVerfGE 13, 261, 271; 97, 67, 78 f.). Como o dador de leis somente está vinculado à Constituição de hierarquia mais alta, também deve-se deixar fundamentar jurídico-constitucionalmente a proibição de retroatividade, se ela precisa sustentar-se diante do dador de leis. O Tribunal Constitucional Federal refere-se, por isso, ao princípio do estado de direito, ancorado jurídico-constitucionalmente, que contém a certeza jurídica, da qual resulta, outra vez, o princípio da proteção à confiança. A corrente de derivação: princípio do estado de direito - certeza jurídica - proteção à confiança conduz ao chamado "princípio da proteção à confiança estatal-jurídico".

Diferentemente, a proteção à confiança também é derivada dos direitos fundamentais individuais, por exemplo, da garantia de propriedade do artigo 14, I, da Lei Fundamental. Ambas as fundamentações conduzem, todavia, tendencialmente ao mesmo resultado, de forma que a diferença praticamente não tem

importância. O princípio da proteção à confiança geral ou estatal-jurídico, em todo o caso, põe-se então em movimento, quando a proteção à confiança especial ou jurídico-fundamental não (mais) pode intervir.

A proibição de retroatividade, todavia, não vale sem exceção. Os limites e exceções resultam, outra vez, do princípio da proteção à confiança. A proibição de retroatividade não intervém, quando no caso concreto não existe confiança digna de proteção ou quando, sem dúvida, está dada, mas por causa de interesses públicos preponderantes em uma modificação da lei retroativa tem de renunciar. Em seus pormenores vale o seguinte:

a) o princípio da proteção à confiança está relacionado ao cidadão, ele direciona-se à proteção da confiança do cidadão. Disso resulta que ele somente entra em consideração, quando a lei retroativa intervém em direitos do cidadão e, com isso, é agravante. A retroatividade de leis que beneficiam o cidadão é, por conseguinte, sob esse aspecto, não-problemática;

b) o princípio da proteção à confiança, ademais, somente põe-se em movimento, quando o cidadão confiou na persistência da lei e sua confiança é digna de proteção. Antes de mais nada, valem os mesmos princípios que já foram expostos na retratação de atos administrativos. Uma diferença essencial, todavia, não deve ser olvidada. Como o ato administrativo afeta somente uma ou algumas pessoas, pode ser direcionado à situação individual e concreta do respectivo destinatário. Em leis, que têm caráter geral, isso, em regra, não é possível. É necessário, por conseguinte, abstrair e tipificar. Deve-se, portanto, perguntar se tipicamente o cidadão podia confiar na persistência da regulação vigente e, por conseguinte, a modificação da lei retroativa infringe a proteção à confiança.

A proteção à confiança não tem lugar, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, por exemplo, quando a regulação até agora era confusa ou duvidosa jurídico-constitucionalmente, porque, nesses casos, não nasceu uma base de confiança suficiente. Ela não tem lugar, ademais, quando o cidadão, a partir da data à qual a lei deve retroagir, deveria contar com a nova regulação. Isso já não é então o caso, quando uma

nova regulação é discutida em público, também então não, quando o governo federal apresenta um projeto correspondente no parlamento federal, mas então, quando o parlamento federal votou a nova regulação. Com isso, deve ser impedido que uma vantagem legal, pouco antes de sua revogação, ainda seja aproveitada desmesuradamente e, com isso, a nova regulação estorvada em sua fixação de objetivos;

c) a retroatividade é, ademais, admissível, quando ela é exigida por razões forçosas do bem-comum, que prevalecem sobre o interesse na confiança do cidadão. Nesse caso, a proteção à confiança fracassa não na dignidade da proteção, mas no interesse público urgente. Esse fundamento de retroatividade é mencionado, sem dúvida, sempre pelo Tribunal Constitucional Federal, mas até agora não obteve significado prático. Ele é imaginável, sobretudo, quando se trata da imposição efetiva de fixação de objetivos econômicos ou político-conjunturais; e, d) finalmente, uma retroatividade é também, então, admissível, quando o prejuízo do cidadão pela nova regulação retroativa somente é não-essencial. Fala-se, neste caso, da reserva de bagatela.

### **3. Os limites da retroatividade em sentido impróprio**

A retroatividade em sentido impróprio ou - segundo a terminologia do segundo senado do Tribunal Constitucional Federal - conexão retroativa típica, deve ser, igualmente, aferida pelo princípio da proteção à confiança. O Tribunal Constitucional Federal sustentava originalmente a concepção que ela - em oposição à retroatividade em sentido próprio - é, fundamentalmente, admissível e só excepcionalmente inadmissível. A confiança do cidadão nisto, que uma regulação legal para ele beneficente também persista no futuro é essencialmente reduzida. Em contrapartida, o dador de leis deve estar capacitado para regular novamente um âmbito jurídico e incluir nessa nova regulação os fatos já nascidos sob o direito anterior. A ponderação de ambos os interesses conduzia, por isso, em regra, para a admissibilidade da retroatividade em sentido impróprio.

Entrementes, mostrou-se que a alternativa - ou admissível ou inadmissível - é muito rígida. O conflito entre o interesse do cidadão na persistência de uma regulação, para ele beneficente, e o interesse público do dador de leis em uma nova regulação uniforme deixa-se solucionar pelo fato de serem adotadas, para os casos antigos, regulações transitórias que amortizam e moderam os agravamentos e inconveniências da nova regulação. Deve ser pensado, por exemplo, em uma continuidade de validez, por graus ou expiratória, do direito até agora para os casos antigos, na abolição por graus de vantagens, na preparação de alternativas ou na concessão de indenização. Se e quais regulações transitórias devem ser adotadas depende, outra vez, do interesse na confiança do cidadão e dos interesses públicos contrários em uma nova regulação uniforme que compreenda todos os casos.

#### **IV. MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL SUPERIOR**

Agora para a jurisprudência. A sentença judicial deve, no interesse da paz jurídica e da certeza jurídica, resolver um conflito jurídico definitivamente. Ela torna-se, por conseguinte, coisa julgada, e somente ainda sob pressupostos rigorosamente limitados pode ser modificada ou revogada. A sentença judicial proporciona, em virtude de sua existência e sua vinculatividade, certeza jurídica e proteção à confiança.

O efeito vinculativo da sentença judicial limita-se juridicamente às respectivas partes processuais e ao seu caso conflituoso. Sucede, todavia, sempre de novo, que sentenças judiciais, mais além, são invocadas como precedentes para casos de índole igual de outros procedimentos. Isso vale, sobretudo, para as decisões dos tribunais superiores. O cidadão pode contar com isto, que seu caso, sem dúvida, será apreciado e decidido segundo as prescrições do direito vigente, mas na interpretação que elas experimentaram na jurisprudência judicial superior. Formam-se princípios de jurisprudência que não possuem a hierarquia de leis, mas, na prática, porém, correspondem-lhes amplamente.

Com isso coloca-se a questão, se e sob quais pressupostos os tribunais superiores podem desviar-se de sua própria jurisprudência,

ademais, se isso é afirmado, se a jurisprudência nova, modificada, é determinante somente para o futuro ou deve ser aplicada também a fatos anteriores, mas ainda pendentes de decisão.

- a) *A continuidade da jurisprudência judicial superior* é, seguramente, de importância considerável para a certeza jurídica. Uma mudança freqüente da jurisprudência judicial superior iria criar ainda confusão maior que a modificação constante das leis que, sempre de novo, é lastimada. Os tribunais superiores na Alemanha consideram, em conformidade com isso, um desvio da jurisprudência judicial superior até agora somente então sustentável e admissível, quando, para isso, falam razões graves. Isso não é totalmente livre de objeções. Uma modificação e evolução da jurisprudência não pode depender disto, se pontos de vista especiais sugerem isso, mas se novas compreensões e visões conduzem ao resultado que a interpretação das leis até agora não (mais) satisfaz a situação jurídica real. Também o princípio da proteção à confiança não pode impedir a evolução da jurisprudência. Correto é, contudo, que os tribunais não devem desistir de sua jurisprudência até agora superficial e precipitadamente, mas primeiro então, quando ela, após exame pormenorizado, não mais parece sustentável e a nova jurisprudência pode ser assegurada suficientemente. Assim, por certo, as declarações dos tribunais também devem ser entendidas.
- b) *A modificação da jurisprudência* atua em si somente para o futuro. É de se esperar que os tribunais inferiores e a prática administrativa, futuramente, irão tomar por base para as suas decisões e medidas a jurisprudência judicial superior nova. Ela pode, porém, obter caráter retroativo, exatamente então, quando ela compreende casos que nasceram antes da decisão judicial superior, mas agora somente pendem em decisão.

*Exemplos:* segundo o § 316 do código penal, incorre em um delito quem conduz um veículo automóvel, embora ele, por causa de consumo de álcool, não esteja capacitado para conduzir o veículo sem risco. A lei mesma não determina um limite rigoroso. O Tribunal Federal aceitava outrora que a incapacidade de conduzir absoluta inicia em 1,3 mililitros, mas posteriormente reduziu esse limite para

1,1 mililitro. Poderia a nova jurisprudência também ser aplicada a pessoas que antes dirigiram com 1,2 mililitro, mas somente depois foram demandadas? Comparar para isso BVerfGE NJW 1990, 3140; BayOLG NJW 1990, 2833. - Segundo a jurisprudência de outrora do Tribunal Financeiro Federal um determinado investimento caía sob um benefício fiscal legal; doravante o tribunal modifica sua jurisprudência com a consequência que este benefício fiscal deixa de existir. Pode o empresário que, com vista à jurisprudência de outrora, efetuou um investimento correspondente, apoiar-se ainda na jurisprudência de outrora ou ele deve pagar o imposto em conformidade com a nova jurisprudência?

O cidadão, que contou com a jurisprudência até agora e dispôs correspondentemente, é decepcionado quando os fundamentos jurídicos de suas disposições são retirados por meio da nova jurisprudência. Para ele não existe diferença se um benefício fiscal para determinados investimentos é eliminado por lei retroativa ou não tem lugar porque a lei, sem dúvida, permanece, mas, por uma mudança de jurisprudência, é interpretada restritivamente.

Na literatura, por conseguinte, em parte, é sustentada a opinião que uma tal modificação da jurisprudência retroativa corresponde à modificação da lei retroativa e, por isso - como esta - é, fundamentalmente, inadmissível, a nova jurisprudência, portanto, somente pode ser aplicada a casos situados no futuro, não também àqueles situados no passado. A literatura preponderante, contudo, recusa esta equiparação. A jurisprudência, sem dúvida, ainda não deixa reconhecer uma imagem uniforme, apesar disso, está defronte de uma tal equiparação, pelo menos, cepticamente.

Em consideração circunstanciada, mostra-se que a equiparação, inicialmente talvez evidente, entre modificação da lei e modificação da jurisprudência não é sustentável.

Duvidoso já é, se e quando, no fundo, existe uma modificação da jurisprudência. A modificação da lei resulta de um ato de dação de lei especial e, por conseguinte, é fixada por escrito, rigorosamente determinada temporalmente e publicada no diário oficial. A modificação da jurisprudência, ao contrário, está relacionada à coisa, de forma que freqüentemente é difícil de delimitá-la material e temporalmente de modo claro. Em consideração entram, no máximo, modificações que se relacionam com princípios de jurisprudência

formais. Mas, também então, ainda carece da publicidade inequívoca, uma vez que as decisões judiciais não são publicadas, mas somente comunicadas às partes e, de resto, conhecidas mais ou menos casualmente por coleção de sentenças, revistas especializadas ou outras publicações.

Isso são, contudo, pontos de vista mais práticos. Decisivo é a diferença funcional entre a dação de leis e a jurisprudência. Pela modificação da lei o direito até agora é substituído e criado novo direito. Pela jurisprudência, ao contrário, não é criado novo direito, mas o direito existente, e que continua existente, somente interpretado de novo e agora acertadamente. Ela revela o verdadeiro conteúdo de sentido das respectivas normas jurídicas. Por isso, é também só conseqüente que ela seja aplicada a todos os casos por ela compreendidos, também àqueles que já nasceram antes da modificação da jurisprudência. Se os casos antigos ainda deveriam ser apreciados segundo a jurisprudência de outrora, então eles deveriam - na perspectiva atual - ser decididos conscientemente de modo falso. Isso, contudo, dificilmente se deixa compatibilizar com o princípio do estado de direito e a essência da jurisprudência.

Acresce a isso que, segundo a opinião contrária, aquele que iniciou o conflito jurídico e conquistou a modificação da jurisprudência a seu favor deveria deixar-se dizer que ele, sem dúvida, tem razão, que também no futuro a nova jurisprudência se aplicará, mas que ele, contudo, não terá razão, porque o seu caso, situado antes da modificação da jurisprudência, ainda deve ser decidido segundo a jurisprudência antiga. Seria, então, sem sentido, ainda demandar com o objetivo de produzir uma modificação na jurisprudência. Isso teria, simultaneamente, o entorpecimento da jurisprudência como conseqüência, uma vez que os tribunais somente podem tornar-se ativos quando eles são chamados. Se se já se direciona para a proteção à confiança, então a confiança na observância do direito, doravante reconhecido correto, certamente, não deve ser menos estimada que a confiança na jurisprudência de outrora.

Resumidamente, deixa-se comprovar que o cidadão não pode confiar na persistência da jurisprudência até agora, também não, enquanto se tratar de casos já situados no passado. A jurisprudência

judicial superior não é, portanto, idônea para formar uma base de confiança.

Mas, com isso, o cidadão, que se orientou na jurisprudência de outrora, não está colocado absolutamente indefeso. Ele pode pedir que na apreciação de seu caso a modificação da jurisprudência seja considerada. Isso pode suceder com auxílio de regulações e institutos jurídicos que também em outros casos são idôneos para considerar situações especiais do cidadão - assim, pode ser pensado, por exemplo, no direito civil nas prescrições sobre o desaparecimento da base do negócio, no direito penal nas regulações sobre o erro de direito, no direito administrativo nas prescrições sobre a limitação da retratação e da revogação assim como sobre as possibilidades de configuração do poder discricionário.

## V. VISÃO DE CONJUNTO SINTÉTICA

Uma visão de conjunto sobre esses três campos de aplicação mostra que a proteção à confiança não só aparece em conexões diversas, mas também atua em formas muito diferentes. Todavia, deixam-se fazer algumas declarações comuns:

1. a proteção à confiança está hoje, na República Federal da Alemanha, em geral, reconhecida como princípio de direito fundamental. Ela está fundamentada jurídico-constitucionalmente e vincula, por conseguinte, todo o poder estatal, não só o executivo, mas também o legislativo e a jurisdição;

2. preponderantemente, a proteção à confiança é fundamentada com o princípio do estado de direito, ancorado jurídico-constitucionalmente, e com o princípio, desse resultante, da certeza jurídica. Ademais, ultimamente é referido progressivamente aos direitos fundamentais que, em seu âmbito de proteção, concedem proteção à confiança. Em conformidade com isso, deve ser distinguido entre a proteção à confiança jurídico-fundamental e a proteção à confiança estatal-jurídica geral, que sempre então se aplica, quando a proteção à confiança jurídico-fundamental não intervém. Na jurisprudência administrativa, além disso, é invocado o princípio da lealdade e boa-fé. As fundamentações diferentes não se contradizem, mas apresentam somente cunhagens diversas da idéia do

estado de direito. Por conseguinte, disso também não resultam conseqüências diferentes para a aplicação na prática;

3. a proteção à confiança não é uma norma jurídica aplicável diretamente, mas um princípio de direito que ainda carece de desenvolvimento. Em geral, porém, deixa-se dizer que ele somente se aplica quando:

a) está dado um tipo de confiança que é idôneo para fundamentar confiança na existência de uma decisão estatal ou na conseqüência da conduta estatal, e

b) a confiança, referente a isso, do cidadão é digna de proteção no caso particular.

Para a): como tipos de confiança, somente entram em consideração decisões e medidas estatais que justificam uma atitude de confiança correspondente do cidadão. Isso certamente é o caso nos atos administrativos beneficentes, uma vez que eles conferem determinadas prestações concretas e direcionadas ao cidadão particular. As leis devem ser consideradas diferentemente. O cidadão pode, sem dúvida, confiar nisto, que uma regulação legal não seja trocada por uma outra regulação posteriormente por sua conta (retroatividade em sentido próprio). Mas ele não pode confiar nisto, que uma regulação legal também permaneça no futuro (efeito futuro exclusivo). No meio, situam-se as prescrições legais que, sem dúvida, somente valem para o futuro, mas referem-se a situações fáticas e relações jurídicas nascidas no passado e ainda existentes (chamada retroatividade em sentido impróprio). Elas fundamentam só um tipo de confiança reduzido. No âmbito da jurisprudência, a sentença judicial, que decide o caso particular, forma um fundamento de confiança - até bastante estável -, mas não a jurisprudência superior, que somente tem significado prejudicial, mas não juridicamente vinculativo para os tribunais inferiores e prática administrativa.

Para b): digna de proteção é a confiança, quando o cidadão confiou e pôde confiar. Pontos de vista determinantes nisso são se o cidadão, no fundo, conhecia o fundamento de confiança, se ele podia contar com a persistência da lei ou do ato administrativo, se ele adotou disposições correspondentes. Nos atos administrativos pode, e deve, ser direcionado para a conduta individual do cidadão e as circunstâncias concretas do caso particular. Nas leis não pode, ao contrário, tratar-se das circunstâncias respectivas do destinatário da

norma particular. Antes deve - em conformidade com o caráter geral das leis - ser decidido uniformemente e, por conseguinte, direcionado para as circunstâncias típicas dos destinatários das leis;

4. a proteção à confiança pode entrar em conflito com outros bens jurídicos e interesses, em particular, com o princípio da legalidade e da constitucionalidade, que exige a correção de atos antijurídicos, e com os interesses legítimos do Estado de adaptar o direito às circunstâncias alteradas ou aos novos conhecimentos ou de introduzir, até com o auxílio do direito, novos desenvolvimentos. Em tais casos de conflito deve ser ponderado entre o interesse da confiança do particular e o interesse da modificação do Estado e, sob consideração de todos os pontos de vista relevantes, esforçar-se por uma compensação ótima; e,

5. 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.