

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**INTERESSE PÚBLICO – CONDIÇÕES
NECESSÁRIAS À SUA EXISTÊNCIA**

Oscar Vilaça de Melo Filho
Mestrando em Direito do Estado

São Paulo/2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

INTERESSE PÚBLICO – CONDIÇÕES NECESSÁRIAS À SUA EXISTÊNCIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, área de concentração em Direito Tributário, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho.

São Paulo - PUC
2007

AGRADECIMENTO ESPECIAL

A vida, a cada minuto, nos surpreende, mas, na verdade, somos responsáveis por ela, traçamos nossos caminhos, fazemos nossas escolhas.

Sempre tive a oportunidade de encontrar pessoas que mostravam as dificuldades dos caminhos, pessoas que viam facilmente os problemas que encontraria a diante, mesmo assim fui conquistando meus objetivos.

Tal fato me orgulhava muito, e sempre enchia o peito e dizia “o que consegui na minha vida foi por esforço próprio”.

Um dia, ao usar o velho discurso, fui surpreendido por uma frase que jamais esquecerei: “às vezes precisamos ser ajudados...”

Tais palavras soaram da boca do Professor Paulo de Barros Carvalho, e na primeira vez em minha vida senti uma mão me guiando profissionalmente, sem expectativas, sem interesses, sem cobranças. Doando, sem nada querer em troca. Coisa que só acontece entre familiares.

Passei a conviver em sala de aula, reuniões de grupo de estudos, e alguns eventos, e em cada encontro aprendia mais um pouco, não só de direito, mas de ser “gente”, de ser humilde, prestativo, fiel, amigo, enfim, a cada dia me sentia uma pessoa melhor.

Descobri no Professor Paulo de Barros Carvalho uma figura que não se fazia presente em minha vida, um pai.

Todas as palavras serão poucas para agradecer os ensinamentos que obtive através dele.

Muito obrigado, Professor!

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, que sempre deu o máximo possível para minha formação;

Aos professores Dr. Eurico di Santi, Dra. Maria Rita Ferragutti, Dra. Lucia Valle Figueiredo;

Aos amigos Adalberto, Joélio, Cristina, Oton e Gisele, que em São Paulo foram indispensáveis à presente realização;

A minha irmã que ao final me ajudou no presente trabalho e

A Deus que tem colocado pessoas assim em minha vida.

RESUMO

Hoje é bastante comum encontrarmos atos administrativos, legislativos e judiciais que têm como fundamento (motivação) o interesse público. Em nome do interesse público, o governo, por meio de seus poderes instituídos, tem tomado decisões que, na verdade, não encontram qualquer respaldo na vontade social, tampouco em seus interesses. Mas as palavras são vagas e ambíguas, e somado a isto existem muitos conceitos jurídicos indeterminados no direito, como exemplo “interesse público”. Face ao narrado, o judiciário muitas vezes se exime de controlar determinado ato, por este encontrar-se rotulado de “interesse público”, o que faz paralisar a ação judicial, que passa a acreditar que em dado caso estará maculando a separação dos poderes. E, assim, nos encontramos cada vez mais submetidos a atos que, em nome do “interesse público”, vêm impondo medidas que não encontram respaldo no modelo constitucional adotado pela República Federativa do Brasil. Enxergamos o quanto é difícil delimitar o conceito de “interesse público”, mas resolvemos traçar algumas condições necessárias à sua presença, para que assim, quando, ao serem maculadas uma dessas condições, possamos excluir tal situação do conceito de “interesse público”.

ABSTRACT

Today it is sufficiently common to find administrative, legislative and judicial acts that have as bedding (motivation) the public interest. On behalf of the public interest, the government, by means of its instituted powers, has taken decisions that, in the truth, do not find any endorsement in the social will, neither in its interests. But the words are vacant and ambiguous, and besides, there are many indeterminate legal concepts in law. As a good example, we can mention "public interest". Face to the report, judiciary power many times tends to control definitive act, for this to meet friction of "public interest", what it makes to paralyze the legal action, that starts to make believe that data in case will be staining the separation of powers. And, thus, in them we find each time more submitted the acts that, on behalf of the "public interest", come imposing measured that they do not find endorsement in the constitutional model adopted by the Federative Republic of Brazil. Therefore, we can see how much it is difficult to delimit the concept of "public interest", but we decide to trace some necessary conditions to its presence, for that thus, when, stained one of these conditions, let us exclude such situation of the concept of "public interest".

SUMÁRIO

Capítulo I

Uma visão Geral do Homem na Sociedade e do Direito

| | |
|--|----|
| 1.1 Uma breve introdução | 8 |
| 1.2 O Homem, a Sociedade e o Direito | 12 |
| 1.2 Direito e Ciência do Direito | 15 |

Capítulo II

Da “norma Jurídica”

| | |
|--|----|
| 2.1 Processo de Formação da “norma jurídica” | 22 |
| 2.2 Elementos necessários à formação da “norma jurídica” | 32 |
| 2.2.1 Princípios | 32 |
| 2.3 Postulados Jurídicos | 41 |

Capítulo III

Do Estado de Direito

| | |
|---|----|
| 3.1 Uma visão sobre o Estado de Direito | 45 |
|---|----|

Capítulo IV

Do Princípio do “due process of law”

| | |
|--|----|
| 4.1 Princípio do Devido Processo Legal | 58 |
| 4.1.1 Devido Processo Legal na Inglaterra e nos Estados Unidos | 58 |
| 4.2 Devido Processo Legal no Brasil | 67 |
| 4.3 Devido Processo Legal na Argentina | 73 |

Capítulo V

Da Segurança Jurídica

| | |
|---|----|
| 5.1 Segurança Jurídica: Conceito e visão no Direito Brasileiro | 76 |
| 5.2 Segurança Jurídica no Direito Alienígena | 83 |
| 5.3 A independência dos Juízes como condição necessária a Preservação da segurança Jurídica | 87 |
| 5.4 A Inconstitucionalidade e a Segurança Jurídica | 89 |
| 5.5 A Relativização da Segurança Jurídica | 93 |

Capítulo VI

Do Princípio da Confiança Legítima

| | |
|--|-----|
| 6.1 Uma Introdução ao Princípio da Proteção à Confiança Legítima | 97 |
| 6.2 Princípio da Confiança legítima no Direito Alienígena e sua Evolução Histórica | 104 |
| 6.3 Princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro | 110 |
| 6.4 Importância do Princípio da Confiança Legítima no Direito Tributário | 114 |
| 6.5 Princípio da Confiança Legítima e seus limites | 135 |

Capítulo VIII

| | |
|-----------------|-----|
| Conclusão | 136 |
|-----------------|-----|

| | |
|----------------------------------|-----|
| Referências Bibliográficas | 150 |
|----------------------------------|-----|

CAPÍTULO I
UMA VISÃO GERAL DO HOMEM NA SOCIEDADE E
DO DIREITO

1.1 ***UMA BREVE INTRODUÇÃO***

Onde existir um conjunto de seres, para que esses possam conviver em harmonia, é necessário haver regras de conduta a serem cumpridas, sob pena de, quando houver conflitos de interesses, esses não terão como serem solvidos.

As regras de condutas a serem observadas para que atendam as expectativas da sociedade devem sempre buscar interesses que sejam comuns da sociedade, que não venha trazer privilégios isolados, sob pena de se assim forem, não virem a satisfazer a coletividade, e conseqüentemente não serem dotadas de eficácia social.

O interesse comum, acima declinado tem recebido o rótulo de “interesse público”, sendo comum ouvirmos que o direito ao organizar a sociedade, deve sempre ter em vista a busca dos interesses da sociedade dos interesses comuns.

Quando falo em conjunto de seres, não estou apenas falando de seres humanos, mas sim de seres vivos. Por exemplo, para que haja a vida harmônica entre as abelhas de uma colméia, cada uma tem o seu trabalho a desenvolver, o mesmo ocorre em um formigueiro, e se analisarmos dentro de outras espécies animais, veremos que, em regra, os bandos têm seus líderes, que tomam as decisões e às vezes chegam a aplicar algumas sanções, entre elas a expulsão de um integrante grupo.

No mundo vegetal, também podemos observar que existem regras a serem observadas e seguidas, com finalidades diversas, como armazenar água, proteger-se de insetos, entre outras. Caso não se observem tais regras, os infratores sofrerão punições naturais.

No entanto, uma observação deve ser feita, que, entre as regras assinaladas, algumas são impostas pela própria natureza, não estando, sempre, sua existência ligada diretamente aos desejos de seus líderes (autoridades).

Na coletividade humana, não podia ser diferente, uma vez que cada homem tem seus interesses pessoais, seus valores éticos e morais. Caso não

houvesse regras de condutas, e se permitíssemos que cada um agisse da forma que melhor lhe aprouvesse, haveria então a impossibilidade do convívio social e conseqüentemente da própria sociedade.

Daí, poderemos fazer uma afirmação, que onde encontrarmos o homem, encontraremos a sociedade.

Os animais irracionais acima mencionados, bem como os vegetais, agem em obediência às regras de conduta, entretanto conduzidos pelo próprio instinto de sobrevivência, pela vontade de manter-se em consonância com seus pares, até pelo medo da exclusão. Apesar de observarem regras, é fácil detectar que estas não pertencem às mesmas espécies de regras de condutas pelo homem em sociedade.

Como as palavras possuem certa textura, sendo estas vagas e ambíguas, a palavra “REGRA” pode apresentar vários sinônimos, ou ser substituída por várias palavras, entre elas a palavra “LEI”, que por sua vez permite vários sinônimos ou substituições, fazendo-se necessário que se faça delimitar o campo semântico dos termos empregados nos texto científicos.

Montesquieu¹, em sua obra “L`Esprit des Lois”, define lei como: “Les lois, dans la signification la plus éntendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature de choses”. “Leis são relações necessárias que decorrem da natureza das coisas”. Essa definição do Barão de Montesquieu tem sentido amplíssimo, se aplicando as leis naturais, físicas, botânicas, inclusive as leis jurídicas, como bem observa André Franco Montoro, em sua obra Introdução à Ciência do Direito.

Iniciamos o trabalho com o presente discurso, para chamar à atenção de quão são presentes e importantes as **LEIS**, no mundo, e como a má aplicação destas pode causar grandes conflitos, guerras, e, em conseqüência, morte e o próprio desaparecimento da espécie humana. Nunca é demais relembrar que Adolf Hittler, em nome da observância da lei, quase exterminou uma classe que definia como “raça”.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, O Espírito das Leis – As formas de Governo e a Divisão de Poderes, Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota, 2ª. Edição. São Paulo, Saraiva 1992.

Em sua obra *Teoria Del Derecho*², Robles inicialmente chama essa regras de “normas jurídicas”, iniciando o capítulo sete da mencionada obra, afirma que as normas são gêneros da espécie “diretivas”, sendo as diretivas “*toda expressão lingüística cujo sentido é dirigir a ação humana*”³.

Por outro lado, o referido autor afirma que as “diretivas” têm um conceito muito mais amplo que as normas jurídicas. Exemplificando as “diretivas”: os conselhos, as ordens ou as ameaças, as quais realizamos em um ato de fala com o *animus* de dirigir as ações das pessoas humanas.

O autor faz uma crítica ao pensamento esposado por John Austin⁴, que afirmava que toda norma era um comando, retirando assim o desejo “puro” – isto é - um desejo sem uma ameaça pelo seu descumprimento - dos conceitos de normas e em apertada síntese, concluía que os elementos de um mandado ou uma ordem seriam: a pessoa que emite a ordem, o destinatário da ordem e a mensagem, que consiste na expressão de desejo da pessoa que emite a ordem; desejo que vai respaldado por uma ameaça, pela intenção de causar o mal à pessoa destinatária.

A pertinente crítica feita por Robles⁵ foi no sentido de que, na teoria de Austin, teria ele olvidado de inserir um elemento que é indispensável, qual seja, que a ordem ou o mandado seja proveniente de **uma autoridade competente**.

Com o intuito de provar tal afirmação, fundamentou sua tese exemplificando com o caso de uma ladrão, que, ao praticar um assalto, determina que uma pessoa lhe entregue todo o dinheiro e os demais bens, ameaçando esta

² ROBLES, Gregório, *Teoria Del Derecho – Fundamentos de Teoria Comunicacional Del Derecho*, Volume I, 1ª. Edición, Madrid, Civitas. 1998.

³ ROBLES, Gregório *Teoria Del Derecho – Fundamentos de Teoria Comunicacional Del Derecho*, Volume I, 1ª. Edición, Madrid, Civitas. 1998, p. 146

⁴ John Austin (1790 – 1859) é um dos mais importantes teóricos do Direito e o principal representante do positivismo jurídico inglês. Para ele “toda norma é um comando” “Every law or rule(...) is a comand. Or, rather, laws or rules, properly so called, are species of comand”

⁵ ROBLES, Gregório *Teoria Del Derecho – Fundamentos de Teoria Comunicacional Del Derecho*, Volume I, 1ª. Edición, Madrid, Civitas. 1998, p. 146

pessoa com uma arma na cabeça. Encontramos aqui quem emite a mensagem (desejo), a quem é emitida a mensagem (a vítima), o desejo (o dinheiro e os bens) e a ameaça (o tiro, caso não aja de acordo com o determinado). Nem por isso podemos, de longe, afirmar que se trata de uma norma jurídica, pois quem está praticando todos esses atos é uma pessoa que não detém a competência para tanto. Sendo a competência, na visão de Robles, uma condição necessária para se verificar a existência da norma jurídica.

Ainda na visão de Robles, é possível que haja uma norma jurídica que não prescreva uma sanção ou ameaça para quem não a cumpra, entendendo que a sanção é um requisito de algumas normas e não de todas as normas, o que vem sendo seguido por muitos doutrinadores.

Como já afirmamos que as “regras” vão existir, onde existir a sociedade, nossa preocupação no presente trabalho é de identificar a existência ou não do interesse público em determinada norma jurídica.

1.2 O HOMEM, A SOCIEDADE E O DIREITO

A partir de agora vamos ao que de fato nos interessa, que é delimitar nosso estudo, fixar conceitos, e tentar produzir um raciocínio lógico-jurídico coerente, sem ter a pretensão de que todos aceitem, e tomem como verdade real. Pois durante as páginas seguintes, vamos ver que “não existe verdade”, que esta depende de vários fatores, e que o homem, como agente cognoscente, se faz necessário ao ordenamento jurídico. De forma que, apenas esperamos que, após a leitura das páginas seguintes, algo venha acrescentar ao leitor, mesmo que seja uma crítica com fundamentos.

As relações humanas se encontram regidas por normas, isso quer dizer regidas por regras de conduta que podem ser aplicadas a situações particulares ou ainda a situações gerais.

Torna-se muito difícil vislumbrar uma relação entre homens, que não se encontre pelo menos sujeita a uma certa forma de normatividade.

De maneira muito clara, o Professor Rodolfo Carlos Barra, em sua obra Tratado de Direito Administrativo⁶, exemplifica tal afirmação, in verbis:

“Incluso las relaciones de afecto se hallan regidas por normas Morales, por la costrumbre social, o, fundamentalmente, por la propia “ley Del amor”, según el tipo de relación de que se trate. La manifestacion de cariño, la asistencia, la lealdad, etc., obligan a quienes se aman com um fuerte grado de exigibilidad em la própria relación amorosa y hasta com la sanción, em caso de incumplimento, manifestada, em su grado máximo, através de la perdida minsma del cariño Del outro.”

Nas palavras de Engisch⁷, há a afirmação de que não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido. O homem nasce, cresce no seio da comunidade – à parte casos anormais – jamais se separa dela.

⁶ Carlos Barra, Rodolfo Tratado de Derecho Administrativo, Editora Ábaco de Rodolfo Depalma. 1ª. Edição – Ciudad de Buenos Aires – Argentina. 2001.

⁷ ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, Tradução de J. Batista Machado. 8ª. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 8ª. Edição, Lisboa, 2001. p.12

De tal sorte, não há campo fértil para a adoção das pretendidas hipóteses, defendidas pelas ideologias anarquistas, liberais ou niilistas, que sugerem a existência de um ser humano desvinculado de qualquer tipo de sujeição de normatividade, donde concluímos que o homem em sua essência encontra-se umbricado à sujeição de normatividade, seja de qual espécie for. O homem é um ser social.

Mas claro deve ficar que, nem todas as normas, que o homem em sociedade cumpre, são normas jurídicas, pois, para que detenham tal classificação, devem ter como condição necessária a sanção⁸ imposta por um terceiro distinto da relação intersubjetiva, forçando assim o cumprimento mesmo contra a vontade de uma das partes. Não se nega o reconhecimento da outorga ao terceiro de certa autoridade sobre as partes, sendo hoje encontrada tal autoridade no Estado.

Várias teorias existem para justificar o aparecimento da sociedade, levando cada uma um fator determinante para tanto.

A **teoria voluntarista** da ontogênese da sociedade funda-se na vontade humana entendendo que a sociedade é fruto da vontade humana e se expressa em um “contrato social”⁹.

Outra teoria, não menos importante, é conhecida como **teoria organicista, orgânica ou racional**, defende que a sociedade seria um produto da natureza, tendo sua estrutura na semelhança existente entre os homens, ou mesmo nas dessemelhanças, mas não na necessidade de, mesmo existindo estas estarem os homens em uma situação coesa (racionalidade).

⁸ Bem verdade que muitos doutrinadores não entendem que haja a necessidade de uma sanção na norma para que seja esta considerada como norma jurídica, como exemplo podemos citar Santini Romano, que entende que a sanção pode encontrar-se no ordenamento jurídico em sua complexidade, não necessariamente na norma específica de conduta.

⁹ A teoria voluntarista tem como defensores Hobbes, Locke, Rosseau, que acreditam que os homens pactuam, através do “contrato social”, para que as normas destes sejam capazes de dirimir conflitos, assegurar direitos individuais, e coonestar o mal necessário.

Existem ainda as teorias solidaristas, que justificam a sociedade como fruto da solidariedade social. Sem dúvida, estas vão buscar, na teoria da divisão do trabalho de Durkheim, suas bases, mas tem como grande defensor Duguit. Recebem tal denominação porque se baseiam cada vez mais no estreitamento cada vez maior da interdependência e cooperação dos homens, no intuito de obtenção da paz social.

E por fim, não menos importante, a teoria que defende a sociedade como uma instituição natural criada por Deus e aperfeiçoada pelos homens. Sendo esta o ambiente em que o homem nasce, cresce e morre. O grande defensor desta teoria é São Tomaz de Aquino, mas também outros grandes nomes a defendem, Suárez, Hauriou, entre outros.

No entanto o que não se pode negar é que a sociedade é formada por um conjunto de seres humanos e instituições por eles criadas, como afirma o Professor Paulino Jaques, em sua obra “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, Editora Forense, Rio, 1967.

Dentro de tal conjuntura, precisamos de forma acertada delimitar os institutos, e para tanto, necessitaremos delimitar campos semânticos mínimos de alguns institutos, afim de preservá-los, e conseqüentemente, proteger a sociedade do mau uso, ou do uso indiscriminado.

Hoje, como já bem asseveramos, o “interesse público”, tem sido utilizado de forma muitas vezes abusiva pelo Estado, afim de justificar certas práticas que não encontrariam respaldo no direito posto, mas ao rotulá-la de interesse público se tenta encobrir uma ilegalidade sobre tal manto.

E para efetuar tal delimitação, o Direito necessita buscar na Ciência do Direito respaldo lógico-jurídico e coerente.

1.3 DIREITO E CIÊNCIA DO DIREITO

Canotilho¹⁰, utilizando-se dos ensinamentos de K. Hesser, descreve que um dos conceitos do direito pode ser assim assimilado:

“um meio de ordenação racional e vinculada de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições. Articulando medidas ou regras, materiais com forma de procedimentos, o direito é, simultaneamente, medida material e forma de vida colectiva.....o direito é indissociável da realização da justiça”

Nota-se que tal definição do ilustre autor, na verdade, abrange o sentido amplo do termo direito, o qual iremos limitar nas linhas que seguem.

Há um grande confusão entre Direito e Ciência do Direito, até porque muitas vezes em que essas definições são passadas para os acadêmicos de graduação em direito, muitos entendem que “na prática” – ou seja no mundo fenomênico – tal distinção não terá qualquer repercussão, o que não se deve admitir.

Primeiro, antes de diferenciar Direito e Ciência do Direito, entendo ser necessário fazermos alguns esclarecimentos sobre o que vem a ser, e para que servem conceitos.

No Dicionário de Filosofia, de Nicola Abbagnano¹¹, o mesmo utiliza não menos de 05 páginas com a intenção de conceituar o que vem a ser, donde podemos de antemão, acreditar que encontramos aqui o nosso primeiro problema a ser solvido. O referido dicionário traz a seguinte definição:

“CONCEITO – em geral, todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo tem sentido generalíssimo.....Embora conceito seja normalmente indicado por um nome, não é o nome, já que diferentes nomes podem exprimir o mesmo

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed. Almedina. Coimbra 2003. p 243.

¹¹ Abbagnano, Nicola. Dicionário de Filosofia, Editora Martins Fontes. Tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi. São Paulo 2003.

conceito, ou diferentes conceitos podem ser indicados por equívoco, pelo mesmo nome....”

O Professor Celso Antônio Bandeira de Melo¹², exprime a idéia de que os conceitos jurídicos nada mais são do que termos relacionadores de normas, servindo como ponto de aglutinação de efeitos de direito. Sendo na verdade uma sistematização ou classificação. Afirmando ainda que na verdade é um processo lógico requerido para organizar um conhecimento e torná-lo produtivo. Conclui que cada conceito é um conjunto, que utilizamos como critérios de inclusão ou exclusão de alguma realidade para formar tais conjuntos, podendo ser criado pelo direito positivo ou não.

Afirma, por fim, o mencionado professor, que os conceitos devem ter um caráter de funcionalidade e não de “verdade”. Explicando que, mesmo quando há pacificação doutrinária ou jurisprudencial que se tem de um determinado conceito, não deve ser tida como “verdadeiro”, mas apenas houve uma aceitação maior dele.

Na verdade entendemos, ao fazermos um paralelo com a lógica, que conceito estaria equiparado à classe, que é tida como uma coleção agregada de objetos, denominados indivíduos ou elementos. Pode ser definida através da enumeração de seus elementos (extensão) ou pela indicação de propriedade comum de todos eles (intensão)¹³.

O Professor Paulo de Barros Carvalho, em suas explanações em aulas, com muita ponderação, entende que a afirmativa do Professor Celso Antônio, quanto à não existência de verdade nos conceitos, deve ser tomada de forma muito cautelosa, uma vez que, se não tivermos certos cuidados, poderemos aceitar certos conceitos que irão ao final dificultar o entendimento de uma questão no direito.

Uma interessante observação que vem a corroborar com a preocupação do Professor Paulo de Barros Carvalho é que de fato devemos ter muito cuidado ao conceituarmos, pois os conceitos não podem se oriundos de eluclupações

¹² Bandeira de Melo, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo 16ª. Edição, Malheiros, São Paulo 2003.

¹³ Sobre la Teoría de Clases, Autor: Alfred Tarski.

arbitrárias, deve ter uma base sólida e esta se encontra ou no direito positivo ou na Ciência do Direito.

De toda sorte, podemos observar que, dependendo do sistema de referência utilizado, chegaremos a certos conceitos.

O Direito positivo¹⁴ é o conjunto de **normas jurídicas** válidas num dado país. Observe que não se utilizou a palavra lei, e sim norma, que iremos diferenciar adiante. Ao passo que à Ciência do Direito¹⁵ é o fruto de um trabalho descritivo desse conjunto normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significações.

Partindo da premissa que direito é linguagem, não há como existir direito sem a linguagem. Desta forma, podemos afirmar que o direito positivo é uma linguagem prescritiva que tem por finalidade a coordenação, o disciplinamento da conduta humana na sociedade, das relações sociais, o que justifica a afirmação do Professor Paulo de Barros Carvalho que ao direito não importa os problemas intra-subjetivos, a não ser quando corresponda a um comportamento externo – as relações intersubjetivas.

Já à Ciência do Direito, que como já vimos tem a função de descrever, utiliza-se na verdade de uma linguagem descritiva, descrevendo o direito positivo, analisando-o, interpretando-o, e muitas vezes criando conceitos, ou criticando os criados pelo direito positivo.

Em verdade, ao fazermos essa diferenciação, podemos ver que a Ciência do Direito é, na verdade, uma metalinguagem do direito positivo, sendo uma linguagem de sobrenível, estando acima do direito positivo falando sobre ele, e necessitando dele como objeto, passando, nesta situação, o direito positivo a ser a linguagem objeto da Ciência do Direito.

¹⁴ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

¹⁵ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

Essa premissa utilizada – direito é linguagem – é obtida através dos ensinamentos do Professor Gregorio Robles¹⁶, que, esposando a teoria comunicacional, “*concebe o direito como um sistema de comunicação cuja função pragmática é organizar a convivência humana mediante, basicamente, a regulação das ações*”, e que tal conclusão se obtém da afirmativa de que o direito é texto de caráter organizador-regulador (prescritivo).

Pode-se, *prima facie*, contestar tal afirmação, ao mencionarmos o direito consuetudinário, no entanto isso não é suficiente, pois, quando é feita tal afirmação – que o direito é texto – afirma-se que o direito está escrito ou suscetível de ser escrito – no caso o direito consuetudinário – e as decisões judiciais que emanarem do direito consuetudinário, são escritas (texto). Pensando ainda de uma forma mais radical – supondo a existência de uma decisão judicial sem ser escrita – é ela suscetível de conversão em escrita.

A afirmativa do ator de que direito é texto não traz qualquer incompatibilidade, com as teses que afirmam que o direito é o justo, ou que o direito é fato social, ou ainda que direito é moral. Apenas demonstra que para a existência do direito é necessário a *linguagem* “*A lingüística é sua forma natural de ser.*”¹⁷

Por fim, após as elucidações produzidas, podemos trazer à colação algumas características do Direito Positivo e da Ciência do Direito, quais sejam.

O direito positivo tem o caráter prescritivo, assim prescreve as condutas humanas que obedecem aos quatro modais deônticos; OBRIGADO, PERMITIDO, FACULTADO E VEDADO. Ao passo que a Ciência do Direito nada prescreve de

¹⁶ Robles, Gregório. O Direito Como Texto – quatro estudos de teoria comunicacional do direito – Barueri, São Paulo, Manole 2005.

¹⁷ Robles, Gregório. O Direito Como Texto – quatro estudos de teoria comunicacional do direito – Barueri, São Paulo, Manole 2005.

imediat¹⁸, sendo na verdade apenas uma descrição – linguagem descritiva – do direito positivo.

Na clara ótica do Professor Paulo de Barros Carvalho¹⁹, ao falar sobre a diferença entre Ciência do Direito e Direito Positivo, afirma: *“Tal discurso, eminentemente descritivo, fala de seu objeto – o direito positivo – que por sua vez também apresenta como um estrato de linguagem, porém de cunho prescritivo. Reside exatamente aqui uma diferença substancial: o direito posto é uma linguagem prescritiva (prescreve comportamentos), enquanto a Ciência do Direito é um discurso descritivo (descreve as normas jurídicas).”*

Com intuito de concluir preambularmente, não poderíamos deixar de citar nosso Mestre de sempre Professor Lourival Villanova²⁰ que, de forma mais uma vez lapidar, afirmou: *“Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas do Direito.”*

Feita a distinção entre Direito Positivo e Ciência do Direito, necessário se faz trazer à colação alguns pontos que servirão de objeto do presente estudo.

O Direito Positivo – neste caso lei – emana, via de regra, do Poder Legislativo, composto por representantes do povo e dos estados, eleitos pelo voto direto e secreto, no caso do Brasil, e a única exigência de escolaridade que se faz é que o representante seja alfabetizado²¹, de tal feita, de suma relevância a análise feita pelo professor Paulo de Barros Carvalho²², quando estuda certos erros, impropriedades, incoerência dos textos normativos, justifica-os dentre outros motivos a diversidade cultural e intelectual seus elaboradores²³. Conclui o autor que a

¹⁸ Quando afirmamos nada prescreve **de imediato** é porque adiante iremos ver sua importância para a formação das normas jurídicas.

¹⁹ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo

²⁰ VILLANOVA, Lourival. As estruturas Lógicas e o sistema de direito positivo. Revistas dos Tribunais, 1977, p. 3-4

²¹ Hoje no Brasil, temos notícias de que alguns juízes investidos na função eleitoral, têm aplicado um prova de leitura e de ditado, não muito complexa, para auferir se o candidato é ou não alfabetizado, pois é usual conceder-se a qualificação de alfabetizado, àquele que apenas desenha seu nome.

²² Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

²³ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

linguagem utilizada pelo direito positivo é linguagem técnica, mas assentada no discurso natural, onde é visível a ausência da linguagem científica. A presente crítica se faz apenas às leis, e a figura do legislador restringindo-se ao poder legislativo, bem como aos demais órgãos e entidades desprovidos de conhecimento técnico, pois os magistrados ao editarem normas individuais e concretas, são tidos como “legisladores”, não podendo se utilizar as escusas acima mencionadas para justificar suas imprecisões.

Apontado o tipo de linguagem utilizada pelo legislador, e as possibilidades de obscuridades, contradições, atecnias, devemos ainda levar em consideração que as palavras são vagas e ambíguas, o que vai ser mais um fator a ser solvido pelo jurista, na Ciência do Direito.²⁴

Para tanto, nosso trabalho seguirá a partir de agora a trilha de trazer à baila alguns elementos necessários à formação do que concluímos ser **norma jurídica**, e assim trazer elementos cuja sua presença seja necessária ao nominarmos dada situação de “interesse público”.

²⁴ Ensina a Professora Maria Helena Diniz, em suas aulas de Teoria Geral do Direito, que Jurisprudência – com letra maiúscula – é sinônimo de Ciência do Direito tendo outro sentido a palavra jurisprudência, quando escrita em letra minúscula. O Professor Eros Roberto Graus, em sua obra ensaio e discurso sobre a INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO, 3ª. Edição, São Paulo, Malheiros, afirma: “a interpretação do direito é uma prudência – o saber prático, a phrónesi, a que refere Aristóteles. Cogitam os que não são intérpretes autênticos, quando do direito tratam, da júris prudentia, e não da júris scientia, pratica a júris prudentia e não júris scientia. Daí podemos observar a origem da palavra jurisprudência como letra minúscula, a diferenciar da palavra Jurisprudência com letra maiúscula.

CAPÍTULO II
DA “NORMA JURÍDICA”

2.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO DA “NORMA JURÍDICA”:

Como já partimos da premissa de que direito é texto, necessário se faz analisar um pouco a linguagem, bem como as relações que estas mantêm no mundo fenomênico.

Podemos iniciar com uma acepção da palavra língua, sendo esta o “*sistema de signos, em vigor em determinada comunidade*”²⁵, desta forma, fica a idéia de idioma. Sendo feita tal delimitação, língua transforma-se apenas em um dos sistemas sígnicos que se prestam a fins comunicacionais.

Ocorre que a língua necessita de uma plataforma para que seja nela expressada, daí passamos a ter a **linguagem**, que detém um campo mais abrangente “*significando a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio dos signos, cujo conjunto sistematizado é a língua.*”²⁶

Indissociável ao termo “linguagem”, encontra-se o vocábulo signo, que nas palavras do Professor Paulo de Barros Carvalho²⁷ seria “*a unidade do sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é uma ente que tem o status lógico da relação. Nele um suporte físico se associa a um significado e a uma significação*”.

É de salientar que o Professor Paulo de Barros Carvalho, nos textos analisados, utilizou-se da terminologia utilizada por Edmund HURSSSEL²⁸, necessário

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros – Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hieraquia de linguagens. Apostila da adira de Lógica Jurídica – PUC 2004.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros – Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hieraquia de linguagens. Apostila da adira de Lógica Jurídica – PUC 2004.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros – Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hieraquia de linguagens. Apostila da adira de Lógica Jurídica – PUC 2004.

²⁸ É necessário fazer tal afirmação, que os estudos encontram-se fundamentados na terminologia husseriana, como esclarece o Professor Paulo de Barros Carvalho em seu texto – Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hieraquia de linguagens. Apostila da disciplina de Lógica Jurídica – PUC 2004, porque adverte o autor “que impera abundante descompasso existente entre os autores a respeito das denominações atribuídas a cada qual dos pontos deste triângulo, começando por aqueles que consideram signo no seio de uma relação meramente bifásica ou bilateral (CARNAP: indicador e indicado; SAUSSURE: significante e significado). De fato, se percorremos os livros e aprofundarmos na temática dos signos, vamos encontrar a mais variada terminologia. UBERTO ECO (O SIGNO. 3ª. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1895) utiliza *significante* para designar suporte físico, *significado* para designar a significação e *referente* para significado. Expõe, ainda, o nome que outros estudiosos adotam, como por exemplo PIERCE, para quem signo é o suporte físico, interpretante, a significação e objeto, o significado.”

se fazer tal esclarecimento, pois é comum encontrarmos em outros autores uma variação de nomenclatura, como esclarecemos em nota de rodapé.

No presente trabalho, é de sumo interesse que canalizemos as atenções nos sistemas idiomáticos, na verdade nos corpos de linguagem que são dotados de amplos recursos para auxiliarem e desenvolverem a comunicação inter-humana, como esclarece o Professor Paulo de Barros Carvalho²⁹: “*Verificaremos, desde logo, que a interação ocorre num contexto extremamente complexo, pois há múltiplas possibilidades de utilização das palavras, individualmente consideradas...*”.

Ao migrarmos para o âmbito da lógica, o termo “proposição” significa a expressão verbal de um juízo.

Passemos a explicar os motivos de termos migrado diretamente para o âmbito da lógica. É que, em verdade, ao analisarmos os suportes físicos (a lei), está terá um significado (um entendimento comum às pessoas), mas sua significação (que será própria do agente cognoscente) a meu ver, corresponderia um embrião da proposição jurídica, que nada mais é do que a exteriorização da significação pelo agente cognoscente.

Como é sabido, Kelsen utilizava a palavra proposição jurídica apenas em metalinguagem, ou seja, para exteriorizar o pensamento da Ciência do Direito, ao passo que o saudoso Professor Lourival Villanova utilizava os termos de forma distinta, falava em *proposições normativas* (relativas ao direito positivo) e *proposições descritivas* (relativas à Ciência do Direito), mas ambas abrangidas pelo termo *proposições jurídicas*.

Tais palavras iniciais sobre linguagem, signos, significados e significantes, proposições, têm uma razão de ser, pois comungamos do pensamento de que a lei é apenas um suporte físico, dela pode-se ter um significado comum, mas a significação que é extraída do entendimento que é feito pelo agente cognoscente

²⁹ – Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hierarquia de linguagens. Apostila da adira de Lógica Jurídica – PUC 2004.

sobre o suporte físico, após elaborada inteligência, chegará ao que denominamos de norma jurídica, e esta é que de fato influirá nas relações intersubjetivas.

Assim quando determinada lei, mencionar “interesse público”, a partir da inteligência acima declinada poderemos analisar em cada caso concreto a existência ao não deste.

A partir deste entendimento, é necessário que seja feito um estudo sobre os outros agentes que influirão no processo de elaboração da norma jurídica, como os princípios, os brocados, os postulados entre outros elementos, e será objeto deste presente trabalho, um pouco mais adiante.

O Professor Paulo de Barros Carvalho³⁰, um dos maiores difundores de tal pensamento no direito pátrio declara que, *in verbis*:

“ A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se traduz em nossas mentes, como resultado da percepção do mundo exterior, captados pelos sentidos..... A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito,. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador”

Concordando na íntegra com as afirmações do iluminado jurista, concluo que, apesar da Ciência do Direito ser distinta do Direito Positivo, ela é um instrumento indispensável à formação da consolidação da norma jurídica, uma vez que de determinado suporte físico único poderá ser feita várias leituras e inteligências, inclusive antagônicas. E é aqui que o cientista do direito desenvolve papel extraordinário de auxílio à sociedade, pois com o preparo que detém, pode desenvolver teses, limitar o campo semântico de certas palavras utilizadas pelo legislador, e suas criações servirem de base para os julgadores, que, apesar de competentes, muitas vezes por acúmulo laboral, não dispõe de tempo suficiente para fazer tais inteligências, não sendo raro, muitas vezes, encontramos em sentenças judiciais, pareceres jurídicos, citações doutrinárias que servem para uma

³⁰ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

argumentação, e para sustentar uma decisão não encontrada diretamente do suporte físico, tendo sido elaborada pela ciência do direito.

O Dr. Eros Grau³¹ afirma insiste-se no equívoco de que “A interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas”³². Tal insatisfação tem razão de ser, pois na verdade a interpretação do Direito não pode ser tida como mera compreensão do significado das normas, até porque as normas jurídicas não existem só em um suporte físico (lei), serão construídas através destes, conforme já averiguamos anteriormente.

Como já vem ensinando o Professor Paulo de Barros Carvalho³³, o homem é indispensável ao processo de formação da norma, sendo este o agente cognoscente a quem é atribuída a atividade intelectual.

“É no átimo da aplicação que aparece o homem, atuando por meio dos órgãos singulares ou coletivos, na sua integralidade psicofísica, com seus valores éticos, com seus ideais políticos, sociais, religiosos, fazendo a seleção entre as interpretações possíveis, examinando-as axiologicamente, para eleger entre outras, expedindo então a nova regra jurídica.

.....
A aplicação do direito é exatamente seu aspecto dinâmico, ali onde as normas se sucedem, gradativamente, tendo sempre no homem, como expressão da comunidade social, seu elemento intercalar, sua fonte de energia, o responsável pela movimentação das estruturas”³⁴

Para que não cause estranheza, hoje é bastante corrente e correta a idéia de que a interpretação do direito se confunde, ou melhor explicitando, é na verdade a aplicação do direito, por isso o referido autor utiliza-se do termo aplicação.

³¹ EROS, Roberto Grau. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 1ª. Edição. Malheiros São Paulo 2005.

³² Fácil de detectar que o Dr. Roberto Eros Grau, quando menciona a palavra significado, não está se utilizando das terminologias husserinas, pois se o estivesse estaria utilizando a palavra **significação**, conforme já elucidamos anteriormente.

³³ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

³⁴ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo. p.90.

Na verdade, aplicar o direito não é nada mais que um processo de positivação, é algo mediante o qual alguém interpreta a amplitude do preceito legal (suporte físico – lei), fazendo-o incidir no caso particular e sacando, assim, a norma individual e concreta³⁵, a regular dada situação.

Na mesma esteira, o Ministro Eros Roberto Grau³⁶ afirma: “o fato é que a norma jurídica é constituída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito”, tal processo de concretização do direito nada mais é do que a aplicação do direito.

Na verdade, não haveria qualquer sentido, a mera ocorrência da interpretação, sem que houvesse uma concretização deste, ou melhor, uma aplicação do direito. Sem isso, a interpretação ficaria inócua e inservível.

A visão de Friedrich Muller³⁷ não é destoante do que até agora foi declinado. Na verdade, já afirmamos que os textos legislativos são em regra produzidos por pessoas que não detêm qualificação jurídica, nem conhecimento técnico para tanto, – produzindo assim lei sem sentidos unívocos ou evidentes e ademais, por outro lado, não devemos nos olvidar das vaguidades e ambigüidades inerentes às palavras - claro, óbvio, excetuados alguns juristas de renome que integram nosso parlamento. No entanto, não seria esta a condição suficiente para que houvesse espaço à interpretação.

Deve-se somar as situações acima narradas que o intérprete, na visão de Muller, a qual esposamos, deve também analisar as externalidades que estejam interligados à aplicação da lei (suporte físico), para a partir daí proceder à concretização do direito.

A título exemplificativo do exposto, sabemos que, em regra, os contratos administrativos só podem sofrer acréscimos no percentual de até 25%. No entanto, em uma determinada obra contratada pela esfera federal, várias situações fáticas

³⁵ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

³⁶ EROS, Roberto Grau. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 1ª. Edição. Malheiros São Paulo 2005.

³⁷ MULLER, Friedrich. Jusristische Methodik. 5ª. Edição. Berlin, Duncken & Humbolt, 1993.

ocorreram durante a execução de um referido contrato, inclusive tendo sido necessária a mudança da tecnologia a ser utilizada, causando um acréscimo muito superior a 25%, o que, se aplicássemos literalmente a lei, sem ser feita qualquer interpretação, não seria possível concluir a obra.

No entanto, por já terem sido gastos milhões em dinheiro público, na referida obra, e se não fosse aditado o contrato em percentual superior a 25%, a obra não seria concluída, logo todos os milhões seriam perdidos pelo “Estado”. O prejuízo ao erário seria enorme, se no referido caso fosse aplicada a lei em sua literalidade, sem ser levada em consideração externalidades ocorridas no caso concreto.

A partir de uma situação como essa, foi feita uma interpretação, até então nunca pensada, e que causou celeuma à época, porque poderia ser um forma de a partir de então se burlar o percentual máximo previsto em lei.

O Tribunal de Contas da União, ao fazer um sopesamento, entendeu ser possível o aditamento muito superior ao previsto no texto legal, utilizando-se para tanto dos fatos (do caso concreto), dos princípios e da análise do ordenamento como um todo, pois conforme entendimento do Ministro Eros Roberto Grau³⁸, o direito não pode ser interpretado em tiras.

Um ponto que não pode deixar de ser abordado, no entanto, é que, *prima facie*, de uma breve leitura descompromissada, pode se chegar a uma conclusão errada, e prejudicial ao Direito, principalmente quando erigida sobre o falso rótulo de “interesse público”, que vem deveras sendo utilizado para encobrir uma ilegalidade.

Mais uma vez ressaltamos a importância da interpretação para detectar a existência ou não de “interesse público” em dado caso.

³⁸ EROS, Roberto Grau. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 1ª. Edição. Malheiros São Paulo 2005.

Temos vários métodos de interpretação na hermenêutica jurídica, não sendo, no entanto, este o objeto do presente trabalho. Entre eles, temos o método de interpretação literal, que hoje, como sabemos, é refutado por muitos, inclusive, chegando a não ser classificado como um método de interpretação.

Mas apesar de entender e compartilhar das críticas que ao referido método são feitas, entendo que apesar delas, existe um ponto interessante e muitas vezes esquecido pelos aplicadores que refutam tal método.

Pois bem, as palavras, apesar de vagas e ambíguas, são portadoras do que chamarei de “campo semântico mínimo”, ou seja, elas em si só trazem uma mensagem que apesar de suscetíveis de várias interpretações, em contrapartida pelo próprio sentido inadmitem outros que se desejam imputar.

Um fato que, para mim, elucidou tal problema foi ocorrido no ano de 1998, com a reforma Administrativa Federal, com a instituição do teto único para as três esferas do poder – Executivo, Legislativo e Judiciário – que antes tinham seus tetos independentes e viviam harmonicamente, conforme mandamento constitucional.

No entanto, a referida Emenda Constitucional no. 19, além de fixar um teto único, de forma nunca vista antes no direito, estabeleceu que a lei para estabelecimento deste fosse de iniciativa conjunta, registra-se que hoje já não mais é assim.

Bem, antes da referida Emenda Constitucional, quando se ia calcular as remunerações dos servidores públicos, para efeito de teto remuneratório, caso o servidor acumulasse legalmente cargos públicos, ou ainda percebesse uma pensão, ou um provento, cada parcela desta era analisada de forma autônoma. Logo, caso um servidor percebesse a título de remuneração o valor X, e o teto fosse X+1, e percebesse a título de pensão o valor X, tendo por base o mesmo teto X+1, perceberia a remuneração bem como a pensão, ambas de forma integral por não atingirem o teto remuneratório.

Ocorre que, com a nova redação constitucional, foi incluído o termo “cumulativamente ou não”. Bem, a meu ver, posso estar enganado, o termo é preciso, e a forma redigida pelo legislador teve a cautela de fazer a junção de todas as percepções do servidor público (a qualquer título remuneratório) para que após contabilizado o todo, fosse assim comparado ao valor fixado como teto, e o sobejo devolvido a título de excesso de remuneração.

No entanto, vários acordos políticos à época, entre os poderes – uma vez que a iniciativa da lei era conjunta – para que se chegasse a um consenso quanto ao valor do teto, quiseram condicionar a um entendimento que, cumulativamente, não quer dizer cumulativamente, ou melhor, que a cumulatividade era interna, dentro da remuneração de cada cargo. Bem, se assim fosse, não haveria a necessidade do termo “cumulativamente ou não”. Só a título de informação, tal desejo de interpretação não foi acolhido e a polêmica sobre o valor do teto remuneratório perdurou por quase 05 anos, ainda não implantada de forma satisfatória.

No presente caso, a “interpretação forçada”, que na verdade não é interpretação, não prosperou, mas como sabemos, em vários outros casos, tem sido feita uma interpretação, que foge a qualquer parâmetro, seja da vontade do legislador ou seja da vontade da lei ou ainda da sociedade civil.

Então, é exatamente aqui que vejo a importância da interpretação literal, não como a única, a melhor, mas sim como essencial, pois repete-se, através desta pode-se delimitar um campo semântico mínimo, a ser obedecido pelo intérprete, desde de que óbvio tratando-se de uma lei constitucional, formal e materialmente.

Neste sentido, com maior propriedade, Larenz³⁹ vem afirmando:

“Por conseguinte, o sentido literal a extrair do uso lingüístico geral ou, sempre que ele exista, do uso lingüístico especial da lei ou do uso lingüístico jurídico geral, serve à interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinando por outro lado, enquanto sentido literal possível – quer seja segundo o uso

³⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, Tradução de José Lamengo. 3ª. Edição, Fundação Calonste Gulbonkian.

lingüístico de outrora, que seja segundo o atual -, o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior actividade do intérprete.”

De certo modo, entendo que Wittgenstein⁴⁰ também via a importância da interpretação literal, sob o prisma aqui analisado, pois elucidou em sua obra: *“há sentidos, que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de esteriótipos de conteúdos já existentes na comunicação lingüística geral”*.

Vejo, em tal entendimento, exatamente uma parte do que resolvemos chamar de “campo semântico mínimo”.

Partindo desta “limitação”, fornecida através da interpretação literal, podemos limitar a atuação do intérprete, pois é usual falarmos que através da interpretação há o processo de construção da norma jurídica, ou o intérprete é quem constrói a norma jurídica.

Na verdade, se seguirmos tal entendimento, poderíamos, mais uma vez, estar dando um poder excessivo ao intérprete para a concretização do direito, por isso devemos abrandar as terminologias. Deveríamos, na verdade, que dizer que o intérprete reproduz a norma .

Utilizando-se da mesma idéia, Humberto Ávila⁴¹ conclui: *“Daí dizer que interpretar é construir, a partir de algo, por isso significa reconstruir”*.

Apesar de descrever o direito (linguagem descritiva), a Ciência do Direito desempenha um papel fundamental na aplicação do direito, criando conceitos, fazendo críticas à impossibilidade de alguns termos, mostrando que o direito não se resume a determinado suporte físico, e sim é composto por um ordenamento muito mais rico do que o que é traduzido, em uma simples leitura de determinada lei.

⁴⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratados Lógicos-Filosófico – Investigações Filosóficas*. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa, Fundação Caloutoste Gulbernkian, 1981.

⁴¹ ÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros. p 25.

Na visão de Engisch⁴² a Ciência do Direito goza de um privilégio, dito pelo autor quase que exclusivo, porque, como as outras ciências, ela não abre caminho ao lado ou atrás do direito, mas, antes, pode aperfeiçoar o direito mesmo e a vida que nele e sob sua égide decorre.

Ao chegarmos ao presente ponto do trabalho, resta esclarecido que a norma jurídica, na verdade, é oriunda de processo de intelecção feita pelo agente cognoscente – o homem – e que para sua elaboração necessário se faz uma viagem por todo ordenamento jurídico, investigando princípios, postulados, presença ou não de hierarquia, e ainda os fatos, segundo a visão de Friedrich Muller.

Ainda parafraseando Engisch⁴³, podemos concluir que aquilo que os juristas, genuinamente datados criadores, pensaram e trouxeram à clara luz do dia – as interpretações – de conhecimento jurídico, tem sido em todos os tempos uma bênção para o próprio direito.

Por fim, Wittengstein⁴⁴, ao afirmar “*que os limites do meu mundo são os limites de minha linguagem*”, vem auxiliar a compreensão da diversidade de normas jurídicas que podem ser retiradas, de um único suporte físico, de uma única lei, conjulgando-se ainda ao processo de formação da norma jurídica, a presença do homem.

Feitas as presentes elucidações, ao interpretarmos qualquer suporte físico que mencione o “interesse público”, o primeiro marco a ser seguido e inafastável é a interpretação literal, para assim bloquearmos ilegalidades administrativas.

⁴² ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, Tradução de J. Batista Machado. 8ª. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 8ª. Edição, Lisboa, 2001. p.12

⁴³ ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, Tradução de J. Batista Machado. 8ª. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 8ª. Edição, Lisboa, 2001. p.13

⁴⁴ WITTEGENSTEIN, Ludwig. Tratados Lógico-Filosóficos – Investigações Filosóficas. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

2.2 **ELEMENTOS NECESSÁRIOS À FORMAÇÃO DA “NORMA JURÍDICA”**

2.2.1 *Princípios*

O termo “princípio”, como já devidamente afirmado em relação às palavras anteriormente, é vago e ambíguo, por isso a necessidade de ser feita uma delimitação, principalmente, por ter o presente texto a pretensão de ser um trabalho científico.

Ao fazermos uma análise etimológica, vamos ao latim onde princípio (principium, principi), traduz uma idéia de origem, base, começo ou ainda início. Existe uma correlação entre as palavras “princípio”, “príncipe” e “principal”, levando todas essas palavras a um sentido de estar em primeiro lugar.

O Professor Sérgio Sérulo da Cunha exprime essa idéia em um de seus escritos, afirmando que “não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, aquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar”⁴⁵. E tal entendimento do Douto Professor é de grande valia, pois esclarece, a meu ver, mesmo que não esteja o “princípio” em primeiro lugar, de forma originária, é de sua natureza intrínseca **ser colocado** em primeiro lugar, por seus utilizadores. Assim, mesmo que não haja uma hierarquia, entre princípios e leis, no ordenamento, deverá o intérprete colocá-lo em primeiro lugar a fim de formar a norma jurídica.

Ao irmos buscar o conceito de princípio no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano⁴⁶, encontramos, ***in verbis***:

“Ponto de partida e um fundamento de um processo qualquer. Os dois significados “ponto de

⁴⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O que é um princípio*. In.: *Estudos de Direito Constitucional* (coord. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha), p. 261-276. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

⁴⁶ Abbaganano, Nicola. *Dicionário de Filosofia*: tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos Novos textos, Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

partida” e “fundamento “ou “causa”, estão estritamente ligados na noção deste termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro, a ele recorria Platão com freqüência no sentido de causa do movimento, ou de fundamento de demonstração...”

Na verdade, apesar de ter sido introduzido em filosofia por Anaximandro, e ter sido bastante utilizado por Platão, foi na verdade Aristóteles o primeiro a enumerar os seus significados.

Entre seus significados, podemos elencar seis, citados por Aristóteles, que inicialmente falou em “ponto de partida de um movimento”. Na verdade se referia a um caminho, depois falou em “melhor ponto de partida” no sentido de ser o que facilitaria aprender uma coisa, mencionou depois um “ponto de partida efetivo de uma produção”, como exemplo as fundações de uma casa; “causa externa de um processo ou de um movimento”, como uma bactéria que provoca uma doença, seguindo para “o que, com sua decisão, determina movimentos ou mudanças”, e por fim “aquilo que parte de um processo de conhecimento”.

Nota-se que em todas as variáveis elencadas por Aristóteles, “princípios” está como um ponto de partida do ser.

Essa acepção filosófica de princípios é a utilizada pelo Roque Antonio Carrazza, que em busca do sentido filosófico do termo, chegou ao entendimento de que a palavra princípio, introduzida na Filosofia por Anaximandro, “foi utilizada por Platão, no sentido de fundamento do raciocínio (*Teeteto*, 155 d), e por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração (*Metafísica*, V. 1, 1.012 b 32 – 1.013 a 19). Nesta mesma linha, Kant deixou consignado que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (*Crítica da Razão Pura*, Dialética, II. A)”⁴⁷.

⁴⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32-33.

Karl Larenz, em seus brilhantes estudos de interpretação do Direito, coloca os “princípios” como sendo normas de grande relevância para interpretação do ordenamento jurídico⁴⁸, sendo esses capazes de alcançar a categoria de direcionadores de uma regulação jurídica. No entanto, o Autor não reconhece aos princípios a categoria de regras, pois utiliza-se do caráter hipotético-condicional, que demonstra entender como diferenciador entre regras e princípios. Limita-se o autor, apesar de reconhecer a indisponibilidade de utilização dos princípios para fins interpretativos, a reconhecer que os mesmos têm caráter diretivo.

Para fortalecer a importância dos princípios na Ciência do Direito, podemos citar ensinamentos de R. Limongi França⁴⁹, *in verbis*:

“O Direito é um conjunto de normas sociais coercitivas, que regem a questão do meu e do seu. Essas normas, sejam elas emanadas diretamente do Poder Público, sejam oriundas da lenta elaboração da consciência popular, sejam ainda produzidas pelo Direito Científico, não são nem podem ser geradas irracionalmente, sem a obediência a princípios básicos, à falta de cuja informação lhe não seria dado alcançar os fins a que se destinam.”

Na mesma obra, R. Limongi França, ao desenhar a evolução dos princípios, menciona a existência dos brocados jurídicos⁵⁰, que na verdade são os anexis da sabedoria popular, e se quiser empregar de modo específico, como o fazemos no direito, significam as máximas jurídicas.

Essas máximas jurídicas, os brocados, eram detentoras de grande prestígio no meio, mas hoje a Ciência Jurídica tem um posicionamento totalmente

⁴⁸ Entendo aqui, inclusive, que o Autor está se referindo à importância dos princípios para a formação da norma jurídica, entendida esta, como fim do processo interpretativo do suporte físico)

⁴⁹ FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática dos princípios gerais do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 24.

⁵⁰ Explica Limongi Fraca em sua obra *Teoria e prática dos princípios gerais do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 27 e 28, que na Idade Média, houve duas grandes coletâneas de axiomas jurídicos, uma atribuída a Plínio de Medina, outra a Burchard, Bispo de Worms, também conhecido por Bucard, de cujo nome vertido para o latim – BROCADUS – se teria originado a própria palavra “bracadus”, que serve para designar os anexis da sabedoria popular e, de modo especial, as máximas jurídicas.

diverso da matéria, do que prevaleceu no Jusnaturalismo, afirmando Limongi França que *“passaram inclusive a serem alvo de um indispensável espírito crítico. Contudo, ainda se buscam neles, se fazer a distinção do que realmente persiste como norma de Direito Positivo, e o que, ao contrário, além de não apresentar semelhante valor, não passa de construção inautêntica, vazia de qualquer autoridade.”*. No entanto, não se pode negar que os brocados, historicamente, tiveram uma grande influência e um grande peso para seja qual for a teoria dos princípios adotada pelo cientista do direito.

Sem tentar conceituar princípios, Humberto Ávila⁵¹ faz interessante observação quando afirma que eles constituem o aspecto deontológico dos valores, pois além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que este estado de coisa deve ser promovido. No entanto, esclarece-se que afirmara antes que os valores constituem o aspecto axiológico das normas.

Na visão do Professor Paulo de Barros Carvalho⁵², encontramos uma interessante delimitação ao conceito de princípios. Inicia sua explanação afirmando que *“as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor”*, já elucidando de início a importância dos princípios para se chegar à norma jurídica⁵³. O autor explica que o termo “princípio”, no Direito, é utilizado para denotar as regras de que falamos, mas que de mesmo modo se emprega para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, e não se devendo olvidar do seu significado do próprio “valor”.

Deixa claro o autor que, quando os princípios trazem em si limites objetivos, é bem mais simples de quando trazem valores, pois estes levam o interprete à subjetividade, que vão dificultar a percepção de hierarquia, tornando a análise vinculada à ideologia dos sujeitos cognoscentes.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. Teoria Geral dos Princípios, 3ª. Edição. Malheiros, São Paulo.

⁵² CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 16ª edição, São Paulo, Malheiros. 2004.

⁵³ Deve ser observado pelo leitor o conceito de norma jurídica adotado por nós.

Ainda falando de princípios, o Professor Paulo de Barros Carvalho afirma que “princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”⁵⁴.

A Professora Lúcia do Valle Figueiredo⁵⁵, ao iniciar seus ensinamentos sobre os princípios gerais de Direito, traz a contexto, uma acepção da palavra princípio, e para tanto se utiliza da acepção de André Lalande, que é traduzida como “D. Mais geralmente, denomina-se “princípio” de uma ciência ao conjunto das proposições diretivas, características, às quais todo o desenvolvimento ulterior deve ser subordinado. Princípio, neste sentido, e *principal* despertam sobretudo a idéia do que é primeiro em importância, e, na ordem do consenso, do que é fundamental”.

É interessante que observemos que o conceito de princípio, utilizado pela Professora, tem muita semelhança com o conceito etimológico feito acima, mas de fato é necessário salientar que o sentido etimológico tem um caráter mais amplo e abrangente, ao passo que o utilizado pela Professora, já é mais restrito, face que correlaciona “princípios de uma ciência”, mas nem por isso deixa de correlacionar com “principal”. Feita a devida correlação, não há como negar, dada a conjunção dos conceitos, que independentemente da posição que se entenda ocupar os princípios no ordenamento jurídico, inegável sua posição primeira e diretiva, quando da interpretação do ordenamento jurídico.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, estudioso em princípios, em especial os que sustentam o direito público, vem definindo os princípios jurídicos como sendo “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe

⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros, Revista de Direito Tributário 55/143.

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Curso de direito Administrativo, 7ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p.37.

confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”⁵⁶. E para arrematar, afirma: “É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”⁵⁷.

Daí a necessária vinculação da idéia de princípio com a noção de sistema⁵⁸ para exata compreensão do termo na seara do Direito. É a partir da noção de sistema jurídico que podemos demos extrair todo o sentido do termo princípio jurídico, como o fez Celso Antonio Bandeira de Mello.

Hoje, nós temos a obra de Humberto Hávila⁵⁹, que trata de uma forma profunda e coerente sobre a distinção entre princípios e regras, mas que, como é da essência dos trabalhos científicos, devem ser feitas algumas observações, sem, no entanto, deixar de reconhecer a magnitude e colaboração para os estudiosos do direito.

Após fazer uma evolução histórica sobre a visão e importância dos princípios para o direito, e trazer à colação conceitos de renomados autores, sobre regras e princípios – considerando sempre como espécies de norma – tece também algumas críticas sobre os critérios de distinção, chegando à seguinte conclusão:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda de uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.”

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 841-842.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 842.

⁵⁸ Dos ensinamentos de Geraldo Ataliba, podemos extrair a seguinte noção de sistema: “O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.” (In.: *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1966, p. 4)

⁵⁹ HÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros.

“As regras são normas descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja a aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a conceitual dos fatos.”⁶⁰

Conceitos que conseguiram, com certa clareza, fazer uma distinção, se é que se entenda necessário entre princípios e regras.

A partir dos referidos conceitos, não há como assegurar, até o momento, se na visão do autor existe uma hierarquia entre regras e princípios, no entanto mais adiante em sua obra faz uma observação que não vejo como coerente, nem necessária, conforme justificaremos.

É feita pelo autor uma proposta para que seja revista uma concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave de que a transgressão de uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema⁶¹. Para fundamentar tal afirmação, qual seja, a necessidade de revisão da referida concepção, justifica afirmando: “as regras possuem caráter descritivo imediato, sendo o conteúdo de seu comando muito mais inteligível do que os comandos dos princípios. De outro turno, é mais reprovável violar a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros, como ocorre nos casos de princípios”⁶².

⁶⁰ ÀVILA, Humberto *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros.

⁶¹ Como é por todos publicistas sabido, tal afirmação é feita pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, e de fato tem sido bastante utilizada pelos publicistas, principalmente quando da elaboração de pareceres. Encontra-se tal afirmação em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶² HÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros, p. 83 e 84.

Com a *máxima vênia*, entendemos que o autor, ao afirmar que em regra, desde que se encontrando em mesmo *grau hierárquico* (ou seja, ambos serem constitucionais ou ambas serem infra-constitucionais), as regras prevalecerão sobre os princípios pelos fatos já assinalados acima, no entanto quanto conceituo regras vinculou-as diretamente a princípio, pois afirmou conforme já transcrevemos, que para a aplicação das regras se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, reconhecendo assim a necessidade de para aplicar-se uma regra observar onde esta encontra-se centrada e sob qual princípio encontra-se regida, sendo indissociável, nestes termos regras e princípios, isto não quer dizer que não se possa utilizar de conceitos distintos, com de forma brilhante fez o autor, mas em contrapartida e por coerência lógica não há como fazer sua hierarquização. Na verdade, entendemos, como ficará esclarecido adiante, que as regras e os princípios são os formadores da norma jurídica, devendo esta ser aplicada pelo operador do direito.

Inegável é que independentemente do conceito de princípios que utilizaremos, dentre os declinados acima, ou ainda outros não menos importantes, os valores se fazem presentes neles, tendo Américo Lourenço Masset Lacombe⁶³ feito uma importante observação que aparentemente é simples, no entanto muitas vezes esquecida pelos operadores do direito, de que os valores existentes nos princípios não existem apenas para o legislador, quando da elaboração da norma, mas também os juízes e juristas devem valorar os fatos já juridicizados, não fatos sociais, mas antecedentes e conseqüentes da norma – interpretando-os. Distinguindo assim, a valoração feita pelo legislador, que se encontra nos fatos sociais para erigir a norma, e a valoração do jurista ou do juiz que se encontram no fato jurídico (estudando-o em face à descrição normativa).

Outro fator não menos importante é que podemos assegurar que, uma vez bem utilizado os princípios, ou como também chamado “o processo de

⁶³ LACOMBE, Américo Lourenço Masset, *Princípios Constitucionais Tributários*, 2ª. edição, Malheiros, São Paulo 2000.

principologia”, garante e fortalece a ampliação do Estado de Direito e da Democracia, pelo caráter argumentativo como pode ser utilizado⁶⁴.

Na Teoria Geral do Direito, encontramos a distinção das normas de primeiro grau e as normas de segundo grau, ou metanormas, a referida distinção também é feita pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, tendo este levado a cabo ainda a questão da linguagem e da metalinguagem

Na visão do Professor Paulo de Barros Carvalho⁶⁵, *“as normas de comportamento estão diretamente voltadas para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade”, e “as de estruturas ou de organizações dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deônticas-jurídicas, motivo pelo qual dispõem sobre órgão, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema”*.

Seja qual for o conceito que adotemos, é importante salientar que em nenhum deles é negado o caráter de inspirador, de diretriz de caminho a ser seguido, para consecução do direito.

De tal sorte, fixaremos como conclusão a natureza dos princípios a de direcionar a formação da “norma jurídica”.

Ultrapassado o presente ponto, Humberto Ávila, após expor suas explicações sobre os princípios e as regras, as quais são entendidas como normas, vêm fazer referência às metanormas, ou normas de segundo grau, normas não definidoras de condutas, mas sim estruturantes de aplicação, como veremos na parte que se segue.

⁶⁴ A assertiva, na verdade, é uma intelecção do texto de VIERA, José Ribas. Os Princípios da Constituição de 1988. A Noção dos Princípios no Direito Público do Estado Democrático. 1ª. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2001. p 123.

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 16ª edição, São Paulo, Malheiros. 2004. p. 138 e segs.

2.3 *POSTULADOS JURÍDICOS*

Há uma grande desassociação na doutrina pátria, não só sobre a delimitação do que vem a ser princípio, mas também sobre os postulados. Faremos algumas análises que estarão direcionando nosso trabalho.

Mais uma vez, recorremos ao Dicionário Filosófico de Nicolau Abbagnano⁶⁶, que traduz postulado como “*uma posição que se admite ou cuja admissão se deseja, com o fim de possibilitar uma demonstração ou um procedimento*”. Adiante, em sua explanação, diferencia axiomas de postulados, afirmando que os primeiros têm de ser admitidos necessariamente, mesmo que não sejam passíveis de demonstração, ao passo que os segundos, apesar de demonstráveis, são utilizados e assumidos sem demonstrações.

Dessa feita, podemos fazer duas observações preliminares. A primeira é que os postulados possibilitam um procedimento, podendo ser erigidos à categoria de norma procedimental. A segunda é que, como há a possibilidade de demonstração, seu poder de convencimento no mundo fenomênico torna-se mais acessível.

Coincidentemente, Humberto Ávila⁶⁷ adota, de certa maneira, os ensinamentos declinados, pois entende que os postulados encontram-se no patamar de uma metanorma, norma de segundo grau, ou ainda norma de sobrenível⁶⁸.

De forma bastante clara e coerente, o autor delimita, em apertada síntese, que os princípios “*estabelecem fins a serem buscados*”⁶⁹, ao passo que os

⁶⁶ Abbagnano, Nicola. “Dicionário de Filosofia”: tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos Novos textos. Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros.

⁶⁸ Sobre a classificação de normas de primeiro grau, normas de segundo grau, deve ser feita uma leitura à Obra Curso de Direito Tributário do Professor Paulo de Barros Carvalho, 16ª. Edição São Paulo, Malheiros.

postulados seria o *“modo como esse dever deve ser aplicado”*⁷⁰. No desenho apresentado pelo autor, fácil é constatar que os postulados estariam sendo erigidos no campo das metanormas. De suas afirmações, extraímos: *“Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”*⁷¹.

Feitas as considerações iniciais sobre os postulados, reconhece que eles têm a função de fundamentar a aplicação de outras normas. O mesmo também ocorre com os sobreprincípios. Afirma ainda que a distinção entre eles é que, além dos sobreprincípios encontrarem-se no âmbito das normas de primeiro grau, funcionam como fundamento “formal e material”, ao passo que os postulados têm função exclusivamente estruturante para aplicação de outras normas.

Sobre os sobreprincípios, o Professor Paulo de Barros Carvalho⁷² ensina que, quando através de um princípio, conseguimos fazer o implemento de outros princípios, estaríamos o elegendo à categoria de sobreprincípio, ocupando local privilegiado de preeminência. Mas com toda importância dada pelo Ilustre professor, continuam os sobreprincípios como normas de primeiro grau, na mesma visão já declinada anteriormente.

Regressando ao pensamento de Humberto Ávila, as normas de segundo grau, as metanormas, por se situarem em um plano distinto das normas de aplicação, servem como uma fórmula estruturante para aplicação das normas e em muitos casos para dirimir os conflitos entre elas, chegando-se a aplicar o direito no caso concreto e fazendo “falar a lei”, nas palavras de Larenz em sua obra já citada.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros p. 87.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros p. 86.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros p. 86.

⁷² Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo p. 147 -148.

Interessante a distinção do autor quanto aos princípios e postulados: os princípios terão o condão de promover fins, ao passo que os postulados não servirão imediatamente para tanto e sim para “estruturar a aplicação do dever de promover esse fim. Aponta ainda que os postulados não possuem o caráter de prescrever comportamentos, mas sim modos de raciocínio e de argumentação relativos às normas que imediatamente prescrevem comportamentos.”⁷³

Observamos que o autor, para conceituar as normas de primeiro grau e as normas de segundo grau, e apenas para isso, utiliza-se do mesmo raciocínio lógico jurídico do Professor Paulo de Barros Carvalho⁷⁴, quando explica em sua obra a distinção entre normas de comportamento e normas de estruturas.

Apenas traçamos algumas linhas sobre o presente tópico, no intuito de esclarecer, que hoje os postulados jurídicos estão adquirindo a finalidade exposta, não se desejando impô-la como verdade, até porque não foi essa a mensagem de Humberto Ávila em sua obra, quando concluiu que “*a denominação é secundária. O decisivo é constatar sua existência*”, sendo esta, considerada incontestável.

Por fim entendo que uma distinção de suma relevância entre princípios e postulados, é que os primeiros são passíveis de sopesamento ao passo que os segundo não, uma vez que estes são normas jurídicas de segundo grau.

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros, p. 89.

⁷⁴ Barros Carvalho, Paulo. *Curso de Direito Tributário*, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

CAPÍTULO III
DO ESTADO DE DIREITO

3.1 *UMA VISÃO SOBRE O ESTADO DE DIREITO*

Para detectarmos em um caso concreto a existência ou não do “interesse público”, é necessário detectarmos a existência de certos princípios, a fim de só assim podermos assegurar de fato a existência dele.

Inicialmente é necessário verificarmos a existência e proteção do Estado de Direito, pois esta é condição necessária a presença do interesse público nos moldes delineado constitucionalmente.

O conceito de Estado de Direito pode ser encarado de forma aberta e mutável, uma vez que, para entendê-lo, necessitamos conhecer a sociedade e o momento histórico em que se encontra modulado. São múltiplas e diferentes as noções e conceitos sobre o Estado de Direito, em algumas, estarão presentes as relações de complementariedade, e, em outras, as de antagonismo.

É condição necessária, ao presente estudo, registrar que os escritos filosóficos de Kant influenciaram decisivamente as pesquisas e formulações de conceitos do Estado de Direito, elevando-o à condição de destaque.

Apesar de reconhecer a influência kantiana, existe conhecida citação que tenta, de forma simples, expressar o Estado de Direito: “Aquilo que o Estado de Direito é, forçosamente, é MONTESQUIEU e ROUSSEAU, talvez mais Rousseau que Montesquieu”⁷⁵.

Essa célebre frase, imortalizada na obra do professor português Queiró, encontra-se também citada em nota de rodapé do livro do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁶. No entanto, o ilustre mestre explica que a influência de Rousseau realiza-se na forma como este via o Estado, consubstanciado na igualdade entre os homens, e, como consequência, na soberania popular. A

⁷⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de Direito Público. Vol I. Acta Universitatis Coninbrigenis. Coimbra 1989. p. 91.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 16ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2003. p. 41.

influência de Montesquieu exterioriza-se exatamente na limitação que deve haver nos poderes concedidos e, por conseguinte, na vedação às arbitrariedades.

Contudo não se deve olvidar de que tais idéias de Estado de Direito não apareceram simplesmente do pensamento de juristas. Fez-se necessário processo evolutivo para se chegar à presente noção de Estado de Direito, que, não é a única, tampouco é estática como já afirmamos.

Numa visão retrógrada e limitada, poder-se-ia entender o Estado de Direito como sendo aquele totalmente regulado pelas leis. Nele, o Estado realiza toda sua atividade de administração vinculada às normas jurídicas providas das respectivas sanções⁷⁷ - normas jurídicas primárias e secundárias. No entanto, ao aceitarmos essa conceituação tão rígida, não caberia no Estado de Direito a prática de atos discricionários, os quais, dentro dos limites da legalidade, permitem o agir do administrador público jungido à valoração que possibilita dinamicidade a alguns atos administrativos e aos atos políticos.

O publicista francês Jean Rivero⁷⁸, ao lecionar sobre a subordinação da Administração Pública ao direito, a qual se dá pela observância do princípio da legalidade, vislumbra a conseqüente criação do Estado de Direito, mas admitindo, no entanto, ser tal subordinação apenas um dos princípios fundamentais à criação do referido modelo de Estado.

Roberto Bobbio traz conceito próprio de Estado de Direito nas seguintes considerações:

“Na doutrina liberal, Estado de Direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais

⁷⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de Direito Público. Vol I. Acta Universitatis Coninbrigenis. Coimbra 1989. p. 91.

⁷⁸ RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Tradução de Dr. Rogério Ehrardt Soares. Livraria Almedina. Coibra 1981.

*considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípios invioláveis*⁷⁹.

Na visão de Bobbio, considera-se, de fato, Estado de Direito quando este, não apenas formalmente, mas também materialmente, subordina-se à lei, e isso somente ocorrerá quando a lei, por sua vez, encontre-se revestida do seu primeiro papel, o qual, neste modelo de Estado, é a produção da justiça. Não basta apenas o cumprimento de uma lei, mas que esta lei delimite a atuação do Estado, fazendo deste um instrumento de distribuição de segurança e proteção dos direitos dos cidadãos contra a soberania ou a tirania de qualquer pessoa, inclusive do próprio Estado.

Esposando a visão de Norberto Bobbio, o Professor Carlos Ari Sundfeld⁸⁰ aponta como “pedras de toque” do Estado de Direito a supremacia da Constituição, a separação dos Poderes, a superioridade das leis e as garantias dos direitos individuais.

Por Estado de Direito entende-se em regra, atualmente, Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que sejam reconhecidos e refutados os abusos e os excessos de poder.

No Direito Constitucional pátrio, o Professor José Afonso da Silva⁸¹ possui uma visão muito próxima da esposada pela Professora Lúcia Valle Figueiredo em suas explanações de sala de aula nos Cursos de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ª. Edição, Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1988.

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público; Malheiros. São Paulo 2004.

⁸¹ DAS SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

Afirma o professor ter o Estado de Direito suas bases no Estado Liberal, e, no início, apresentava como características apenas a submissão ao império da lei, a separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais.

Tais características encontram-se presentes hoje, mas é inegável a evolução em relação ao seu modo originário, posto que o seu conteúdo foi enriquecido. É exatamente neste contexto que a Professora Lúcia Valle Figueiredo explica ser o conceito de Estado de Direito muito permeável, encontrando-se sempre em evolução e nunca estando totalmente pronto e acabado.

Por outro turno, entende o Professor José Afonso da Silva⁸² existir em várias acepções ao conceito de Estado de Direito, dando inclusive razão a Carl Schmitt quando este assinala serem várias as acepções possíveis ao referido conceito, tantas quantas são as do conceito de “direito”, explicando, dessa feita, a ambigüidade dos conceitos e a possibilidade de grande textura entre eles.

Como anotação importante, ressalta o professor que o conceito mal delimitado ou utilizado no qual haja apenas o privilégio formal - como ocorreu na concepção criada por Forsthoff, que encontrou sua matriz no Estado Ético Hegeliano e que fundamentou o Estado Fascista - é um perigo à má utilização do conceito.

Entendemos ser necessário, utilizando-se do método de Canotilho⁸³, fazer uma separação metodológica para estudarmos o Estado de Direito.

O Estado de Direito pode ser visto como princípio. Se assim for, será ele constitutivo, de natureza material, procedimental e formal.

Para Canotilho, os princípios podem ter uma dimensão constitutiva⁸⁴, ou declarativa. Entende que, no caso do Estado de Direito, enquanto princípio, este tem

⁸² DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed. Almedina. Coimbra. 2003, p. 243.

⁸⁴ Para JJ Canotilho, um princípio detém dimensão constitutiva quando “na sua fundamentalidade principal, exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional. Ao passo que, os princípios que são detentores de uma dimensão declarativa, têm como escopo a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.

dimensão constitutiva, pois a idéia de Estado de Direito é traduzida em “paz estadualmente garantida através do direito”.

Quanto à natureza material e procedimental, entendemos que não é suficiente que o Estado encontre-se obrigado a cumprir a lei, a praticar atos em sua estrita observância, mas que esteja formalmente jungido a ela. Porém é condição necessária que a lei seja justa, exteriorizando-se assim seu caráter material.

A nosso ver, para que se promova o Estado de Direito material, é indispensável a efetiva separação dos poderes, a qual se realiza, efetivamente através do sistemas de “freios e contrapesos”. Isso acontece porque a segurança da sociedade contra as arbitrariedades estatais só pode ser realmente garantida com um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, todos autônomos, para que não sejamos obrigados a ser expectadores de emendas constitucionais⁸⁵ que frequentemente maculam a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Na verdade, o Estado de Direito, em seu sentido amplo, traz em sua dimensão a promoção da justiça, assegurando à sociedade direitos públicos subjetivos, mas ao mesmo tempo concedendo poderes ao Estado para limitar tais direitos. É de se observar que na nossa Constituição Federal, os “Direito e Garantias Fundamentais” não se encontram declinados de forma irrestrita, posto que sofrem limitações na própria ordem constitucional.

Nas palavras de Queiró⁸⁶, “*O Estado de Direito Público moderno é o Estado de Direito. As suas atividades realizam-se dentro de normas, e precisamente de normas jurídicas; assim a Justiça, como Administração*”. O autor entende que a submissão da atividade administrativa do Estado à lei por parte da Administração Pública é um fundamento do Estado de Direito, o que conhecemos por Administração Legal.

⁸⁵ É preferível não mencionar as Emendas Constitucionais flagrantemente inconstitucionais, primeiro, subestimar os leitores; depois para não encarnar qualquer tendência política que é inerente aos homens.

⁸⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de Direito Público. Vol I. Acta Universitatis Coninbrigenis. Coimbra 1989. p. 91

O autor não aponta a necessidade do Poder Legislativo, no Estado de Direito, estar submetido à lei. No entanto, podemos assegurar que, diante da dimensão do Estado de Direito, que hoje se tem como completa, o Poder Legislativo encontra-se submetido a ela, pois as normas a serem obedecidas pelo Administrador necessitam ser justas no contexto de sua aplicação, na sociedade, levando-se em conta o costume e a época, é de fato a igualdade na lei.

Nas discussões acadêmicas, durante o curso de Mestrado na PUC-SP, em aulas ministradas pela Doutora Lúcia Valle Figueiredo, detectou-se haver uma grande textura do conceito de Estado de Direito - conforme já havíamos declarado - devido aos fatores que passaremos a narrar.

Se tomarmos, por exemplo, uma sociedade onde as mulheres não têm direito ao voto, ou a outros direitos inerentes à cidadania, e de repente, por uma mutação legal, passarem a ter o direito ao voto, mas não àqueles relativos à cidadania, como por exemplo a elegibilidade, não há como negar que houve um avanço nas regras estatais, comparando-se com a situação anterior.

Dessa feita, podemos afirmar que tal sociedade caminha para um Estado de Direito, ou, ainda, se não fizermos qualquer comparação com as demais sociedades, podemos inferir que o Estado de Direito ali se instala. Isso porque, conforme assinalamos anteriormente, para que se configure Estado de Direito, devemos fazer uma análise cultural, social, econômica e jurídica entre outros aspectos. Para aquela sociedade, houve uma revolução de dimensões imensuráveis.

No entanto, ao compararmos com o que entendemos hoje por Estado de Direito, afirmaremos de plano que não há tal situação naquela comunidade, pois é muito pouco em relação ao que já se conseguiu.

Um outro exemplo de Estado de Direito seria se tomássemos por base o momento sócio-histórico da ditadura militar, quando ela estava em seu ápice; se fizéssemos viagem ao tempo e assistíssemos a um processo eleitoral para escolha do Presidente da República no Congresso Nacional - eleições indiretas - como

expectadores, pensaríamos estarmos em um Estado de Direito. Mas, por outro lado, hoje, após termos passado por quatro eleições diretas para presidentes, e termos absorvido tal processo, ao vermos imagens de documentários das eleições indiretas, temos certeza da ausência do Estado de Direito. O conceito encontra-se intimamente ligado aos fatores históricos, sociais e políticos do momento do fato.

Por isso podemos apontar elementos identificadores, mas nunca elementos que não possam ser analisados dentro de um contexto social, sendo o conceito de Estado de Direito bastante elástico.

Na verdade, o que podemos concluir, de fato, é que não se admite no Estado de Direito é a retrocessão, o retrocesso, a retirada de direitos já implantados e absolvidos pela sociedade.

Na mesma esteira, o Professor Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁷ afirma categoricamente que a segurança jurídica é o pilar de sustentação do Estado de Direito, e que, sem ela, não há que se falar na existência deste. Desta feita, é inadmissível aceitar o retrocesso da segurança nos Estados de Direito, sendo assim a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima os verdadeiros sustentáculos do Estado de Direito.

Retroceder é desistir da essência do Estado de Direito que, conforme já assinalamos, apesar de não ser portador de um conceito rígido, deve delimitar-se dentro de algumas características indispensáveis e em contínua ebulição, sendo inadmissível retroceder às amarras já rompidas social e politicamente.

Tais conclusões encontram arrimo nas palavras de Canotilho⁸⁸ que, ao referenciar às manifestações históricas do Estado de Direito, declina:

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Do Livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela Professora Carmem Lucia Antunes da Rocha. Editora Fórum. 2ª. Edição. Belo Horizonte. 2005.

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed. Almedina. Coimbra. 2003, p. 243.

“Como vai ver-se, o conceito de Estado de Direito surge como um conceito temporalmente condicionado, aberto a influências e confluências cambiantes do Estado e da constituição, e as várias possibilidades de concretização.”

O Professor Lourival Vilanova⁸⁹, em texto publicado nos Escritos Jurídicos e Filosóficos, cujo título é “Fundamentos do Estado de Direito”, aponta um fundamento do Estado de Direito, que hoje pode até parecer um tanto óbvio, mas não o era à época da elaboração do texto, qual seja: *“o Estado de Direito firma-se na tese dos direitos humanos, além, claro, de determinar uma repartição técnica e correta da separação dos poderes, com tal intuito, e ainda preconizando a supremacia formal e material da Constituição”*.

E, de forma memorável, para afirmar a indiscutível necessidade de consecução dos direitos humanos pelo Estado de Direito, elucida na referida obra:

“Invocar a tese dos direitos humanos como conteúdo indispensável de um autêntico Estado de Direito hoje é corrente. Surpreendentemente está no ideário de doutrina e de partidos políticos que se contrapõe. Encontram-se eles nesse ponto, como estratégia de ação. Aparentemente, como fim em si mesmo, a tese converte-se em meios para fins diversos. É estratégico qualquer meio, conquanto que conduza aos fins, que conflitam. Pois, idealistas ou realistas, espiritualistas e materialistas, racionalistas e positivistas, quer no domínio da política, quer no domínio da antropologia filosófica (teoria da essência do homem), todos, apesar do contraponto de suas posições, encontram-se numa zona de comum entendimento.”⁹⁰

Para arrematar o presente texto, mas não com o espírito de por um ponto final à discussão, podemos introduzir alguns ensinamentos do Professor Almiro do Couto e Silva⁹¹, o qual assegura que o Estado de Direito apresenta hoje duas faces, podendo ser ele material ou formal. Quando falamos em Estado de Direito material, temos como elementos estruturantes a idéia de justiça e de segurança jurídica. Já

⁸⁹ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. 1ª. Edição. Volume I. IBET. São Paulo. 2004.

⁹⁰ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. 1ª. Edição. Volume I. IBET. São Paulo. 2004

⁹¹ COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público n.84. São Paulo, 1984.

no Estado de Direito formal existirão outros vários componentes quais sejam: um sistema de direito e garantias fundamentais, divisão das funções do Estado, legalidade da administração pública e proteção da boa-fé do administrado.

Mas, a semelhança do que ocorre com o devido processo legal, o que a sociedade clama não é apenas o aspecto formal do princípio estudado, mas sim sua materialização. Assim, concluímos que, na verdade, além de seus aspectos formais, os quais podem identificar um Estado de Direito, a aplicação e da justiça e da segurança jurídica é a verdadeira face da materialização do Estado de Direito, perseguida pela sociedade moderna.

Salientando-se, por fim, que a face que buscamos pode alterar-se com o tempo, por não serem absolutos os princípios no tempo e no espaço, e “do mesmo modo, como nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça”⁹². Esta é a justificativa da textura do conceito de Estado de Direito.

Recentemente, no ano de 2004, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva, representante do partido dos trabalhadores, a grande esperança dos brasileiros, “democrata” reconhecido internacionalmente, proferiu a seguinte frase em seus discursos na função de Presidente da República Brasileira.

“Não tem chuva, não tem geada, não tem terremoto, não tem cara feia, não tem Congresso Nacional, não tem Poder Judiciário. Só Deus será capaz de impedir que a gente faça este país ocupar o lugar de destaque que ele nunca deveria ter deixado de ocupar.”

Pensamentos e afirmações como essas, feitas pelo Presidente da República, vêm estremecer as bases do Estado de Direito e deixar a sociedade insegura, o que é incompatível com o Estado delineado na ordem constitucional.

⁹² COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público n.84. São Paulo 1984.

Tais declarações fazem aparentar o desejo de instaurar um Estado de Polícia, pois posiciona o Executivo – ou, em outras palavras, o Estado – como ente supremo aos demais poderes, remetendo-nos a um verdadeiro Estado de Polícia.

Carlos Ari Sundefeld⁹³ faz uma belíssima distinção entre Estado de Direito e Estado de Polícia. No primeiro, o Estado encontra-se subordinado ao Direito; no outro, apenas existe a submissão dos indivíduos ao Direito e não a submissão do próprio Estado.

Por fim, ainda cabe anotar que, no Estado de Direito material, aquele apontado inicialmente por Norberto Bobbio, o poder legislativo também se encontra submisso à lei.

Ao falarmos da submissão à lei pelo Poder Legislativo, não estamos apenas exigindo que este cumpra as exigências que a lei – em nosso caso a Constituição – determina que sejam observadas quando do processo legislativo, mas sim e de muito maior importância, o respeito do Legislativo na matéria que está tratando, a fim de que não haja qualquer discrepância com o desenho constitucional imposto, e ainda com os princípios implícitos e explícitos consagrados no ordenamento constitucional, entre eles o de maior relevância neste contexto – momento de processo legislativo – é o da igualdade, para que não haja apenas igualdade perante a lei, mas sim na lei, conforme já dispusemos no capítulo do devido processo legal.

Agustín Gordillo⁹⁴, de forma brilhante, traduzindo o mesmo sentimento que nos assola, afirma:

“Não só estarão o Poder Executivo e o Poder Judiciário submetidos à lei, mas também estará o legislador submetido à Constituição, cujo limites nem princípios poderá violar nem alterar ou desvirtuar. Desta maneira todos os órgãos do Estado, todas as manifestações possíveis de sua atividade, inclusive as que outrora puderam considerar como supremas, estão hoje

⁹³ SUNDEFELD, Carlos Ari, Fundamentos de Direito Público. 4ª. Edição. 5ª. Tiragem. Malheiros. São Paulo. 2004.

⁹⁴ GORDILLO, Agustín. Princípios Gerais de Direito Público. Tradução brasileira de Marco Aurélio Greco. Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1977, p.64

submetidas a uma nova ordem jurídica superior. Este há de ser um passo de suma importância para o posterior desenvolvimento do Direito Público sobre a base dos princípios constitucionais e não só legais ou regulamentares.”

O texto constitucional outorga atribuições ao Estado e reconhecem direitos inalteráveis às pessoas. Uns e outros devem harmonizar-se dentro do ordenamento jurídico constitucional, sendo essa a essência do Estado de Direito⁹⁵.

Em uma última e apertada síntese, podemos concordar com os conceitos hora transcritos ou citados, mas é inegável aderir ao posicionamento de que o conceito de Estado de Direito é permeável, no sentido de que sempre vem sofrendo mutações oriundas de fatores que se encontram ligados aos anseios sociais que não são estanques, mas sim movidos de um dinamismo peculiar ao senso volitivo, o qual é inerente ao ser humano, enquanto componente da sociedade.

O Estado de direito ao criar a constituição visa organizar, como acordo, a sociedade por meio de leis e instituições que garantem e asseguram necessidades básicas em troca de desfazer do arbítrio, como dizia-nos Rousseau ao falar do contrato social. Tudo baseado em confiança em alguns. Kelsen também nos falava: “O Direito regula a vida coletiva através de medidas e formas”. A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade “.

O Direito não só faz formas, mas também sanciona. E nesse ordenamento normativo pode estar explícito ou implícito deveres e obrigações, direitos objetivos individuais, sociais, políticos e de nacionalidade à disposição dos cidadãos. E a cada não prestação, uma sanção.

A supremacia que exerce a constituição se baseia em princípios e sub-princípios tal como o da segurança jurídica e da proteção de confiança. Sendo inadmissível a retroatividade de leis desde que fundamentem casos específicos .

⁹⁵ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10ª. edição. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2004. p. 174.

A divisão de poderes estatais tenta criar pesos e medidas para garantir a justiça. E com o princípio da autonomia cada um se responsabiliza por uma parte do mecanismo estatal. Porém os poderes podem ser lesados pelo legislativo que tem a capacidade de redigir leis a seus interesses. E o executivo que detém o controle dos militares podem utilizar para fins errados. E o jurídico de ter um caso em “mãos” para julgar para o próprio lucro. Por isso, dependemos de líderes justos.

Logo o Estado de direito democrático tem de ser justo nas medidas a serem tomadas. Garantindo e assegurando direitos essenciais com líderes eleitos para exercê-los. Com todas as leis discriminadas positivamente imposta a todos.

Assim quando atos governamentais sejam administrativos, legais ou judiciais, não estiverem delimitando o agir do Estado à submissão legal, não podemos encontrar o “interesse público”. Pois é de interesse público que o Estado aja submisso à lei, e que as prerrogativas que detém sejam apenas utilizadas para a consecução do interesse público.

CAPÍTULO IV
DO PRINCÍPIO DO “DUE PROCESS OF
LAW”

4.1 **PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

4.1.1 *Devido processo legal na Inglaterra e nos Estado Unidos*

Aprendemos nas aulas ministradas, no curso de Pós-Graduação⁹⁶, que o termo “devido processo legal” ou “*due process of law*” pode ser objeto de várias classificações, quais sejam: princípio, postulado, direito, garantia entre outros.

Na verdade, proposital é essa indefinição quanto à natureza do termo “*devido processo legal*” ou “*due process of law*”. Isso porque ao classificarmos tais definições, poderemos, de forma indireta, estar restringindo sua atuação quando se fizer necessário. É fácil explicar tal assertiva, face a alguns doutrinadores ou magistrados que em entendendo a hierarquia entre tais institutos, em prol dela poderão deixar de aplicar o devido processo legal por mero formalismo, indo de encontro ao epicentro deste.

A notícia que se tem sobre o aparecimento do devido processo legal data do surgimento da Constituição Inglesa de 1215. Não obstante, para se chegar a tal concretização, foi necessário processo político e jurídico para tal “evolução” que se iniciou no ano de 1066 e prosseguiu durante a invasão de Guilherme, o Conquistador, institucionalizando a estrutura feudal⁹⁷.

A estrutura feudal⁹⁸ era fervorosamente defendida pelos nobres, que lucravam a partir dela e tinham uma situação cômoda. Não é à toa que tal fase da história é conhecida como idade da escuridão.

⁹⁶ Referimo-nos às aulas proferidas pela Professora Lucia Valle Figueiredo. Cadeira Direito Administrativo I. Curso de Mestrado e Doutorado segundo semestre de 2005.

⁹⁷ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal. Editora Forense. Rio de Janeiro.

⁹⁸ Só a título de lembrança, no sistema feudal, as terras eram de propriedade do soberano (rei) que distribuía seu uso aos fiéis (barões) que passaram a ser conhecidos como senhores feudais. Estes, por seu turno, faziam a concessão de parte delas aos vassallos (vassalagem), os quais, em contrapartida, prestavam aos seus senhores certos serviços e rendas. Tal sistema fez parte dos regimes medievais europeus. Na verdade, concluímos, era uma exploração econômica quase que desumana e moral também, uma vez que o senhor feudal entre os seus direitos, detinha o de dormir a primeira noite com a esposa de seu vassallo, uma humilhação moral. No entanto, é de salientar que a manutenção de tal estrutura era de total interesse dos barões que agiam de forma ávida para defendê-lo.

No entanto, em um processo lento, mas contínuo, onde se consolidou inclusive a união do clero com a nobreza contra os interesses pessoais do trono (rei), a sociedade começou a reivindicar seus direitos, entre eles, a formação de um Parlamento⁹⁹.

Todas essas situações fizeram da Inglaterra, naquele momento histórico, um mar de inquietudes, pois travava-se um confronto político e ideológico, com já visto. À época, é relevante apontar, a Coroa exercia a mais arbitrária e autocrática forma de governo¹⁰⁰.

A explosão do estopim ocorreu no reinado de João Sem Terra, quando não se admitia mais o arbítrio real. Sem outra saída para manter-se no poder, ele outorgou em 1215 a Magna Carta na qual encontravam-se hauridos os princípios básicos da estruturação política e jurídica¹⁰¹.

No entanto, freqüentemente, a história se encarrega de mostrar apenas a “parte bonita”, de mostrar “a evolução”, que pode existir de direito, mas não existe de fato. Foi exatamente o que ocorreu com a Carta Magna de 1215, posto que ela trazia alguns aspectos formais bastante interessantes e pertinentes ao direito, mas que, no mundo prático, não era detentora de uma evolução social satisfatória.

Nela, é relevante apontar, o maior intuito foi apenas limitar a ação real e jamais o Parlamento, muito menos visava proteger aos direitos individuais dos cidadãos¹⁰², como se tem muitas vezes noticiado. Tal ponto, aparentemente, pode parecer irrelevante, mas na verdade, não o é, pois tal garantia coloca o Parlamento acima da lei, talvez como um poder soberano. Só a título elucidativo, uma vez sendo editada uma lei pelo Parlamento, esta deveria ser aplicada não importando se justa

⁹⁹ ADAMS, George. English Constitutional History. Edição 1918. Yale University Press. United States. Na verdade não há transcrição ao texto do autor, apenas um síntese de seu discurso descritivo.

¹⁰⁰ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal. Editora forense. Rio de Janeiro.

¹⁰¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal. Editora forense. Rio de Janeiro.

¹⁰² DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal. Editora forense. Rio de Janeiro.

ou injusta, se despende um tratamento igualitário ou não dentre outros aspectos. O que basta é a aplicação da lei.

É pertinente não olvidar que a Carta Magna foi redigida em latim não por qualquer questão cultural ou histórica, mas sim com o *animus* de torná-la inacessível a todos os destinatários, em especial aos das classes menos favorecidas.

Em seu texto original, na época denominada Great Charter, o artigo 39, usando linguagem prescritiva – trata-se de direito positivo – determinava a seguinte regra de conduta.

*“Nullus líber capiatur vel imprisonetur aut disseisi de libero tenemento suo vel libertatibus, vel libertris consuetutibus suis, aut utalgentur, aut aliquo modo destrua nec super eo ibimus, nec super mitemus, nisi per lege iudicium parium suorum, **per legem terrae**” (grifos nossos)*

O termo em latim acima grifado, pode ser traduzido “pela lei da terra”¹⁰³, passando assim a nascer o dever de se processar observando tal preceito.

Em uma evolução histórica, que durou mais de 100 anos, conforme informa Sampaio Dória¹⁰⁴, após várias confirmações da Carta Magna pelos sucessores do Rei João Sem Terra, no reinado de Eduardo III, não se sabe por quem nem tampouco os motivos da expressão ter sido substituída por “due process of law”.

A manutenção da nova denominação, muitas vezes, foi requerida e uma delas, principalmente, quando havia os famosos “*bill of attainder*”.

“*Bill of attainder*” eram atos da legislatura que tinham por objeto declarar uma pessoa ou grupo de pessoas culpadas de algum crime, punindo-as sem que houvesse, de fato, um devido processo legal. Somente foi abolida do ordenamento

¹⁰³ “pela lei da terra”, “*legem terrae*” ou ainda “*law of the land*”, no contexto tinha o significado ou significação - neste caso me parece haver uma convergência entre o significado e a significação – de que alguns direitos, no caso só poderiam sofrer supressões através de um julgamento onde fosse observada a lei da terra.

¹⁰⁴ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal. Editora forense. Rio de Janeiro.

inglês em 1870. Por intermédio de tal ato, os direitos civis eram anulados, e ainda os bens eram revertidos para a Coroa. Entre as punições, inclusive, poder-se-ia até chegar à execução¹⁰⁵. Esses atos, na verdade, eram uma maneira mais do que conveniente do Rei aplicar penalidades e confiscar bem, sem observar o devido processo legal.

Em princípio, não se poderia falar em falta de observância ao *Due Process of Law*, porque tal procedimento encontrava previsão legal, logo cumpria o devido processo legal na acepção da época.

Registra-se, de logo, que o “due process of law”, em seu início na Inglaterra, apenas abrangia o caráter formal, seguida a forma prevista em lei, automaticamente tido por obedecido ao “due process of law”.

Um fato histórico merecedor de narrativa é a “*Petition of Rigths*”¹⁰⁶ que foi formulada sob inspiração do Lord Coke, no ano de 1628. Com o advento de muitas guerras em que a Coroa Inglesa se encontrava envolvida, o então Rei Carlos I decidiu instituir o empréstimo compulsório para fazer face a tais despesas. Ocorre que cinco nobres se recusaram curvar-se à ordem. Sem maiores delongas, o rei Carlos determinou por intermédio de um “*bills of attainder*” a prisão deles.

A “*Petition of Rigths*” era o instrumento cabível naquele momento histórico, para recorrer da decisão da Coroa. Ela transformava em ator principal o Parlamento, garantindo assim sua intangibilidade - lembremos que a Carta Magna apenas previa limitações para a Coroa, e não para o parlamento. Assim, é fácil verificar que no direito inglês, o “*due process of law*” (*lawe of the land*) tinha caráter meramente processual, restringia-se a certas garantias processuais.

Destacando-se ainda que o “*due process of law*” meramente formal não garante que o direito a ser aplicado seja justo, não garante a igualdade entre as pessoas. Logo, havendo uma lei arbitrária que reúna formalmente todos os

¹⁰⁵ Wikylped – The free Encyclopedia - http://en.wikipedia.org/wiki/Bill_of_attainder.

¹⁰⁶ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal. Editora forense. Rio de Janeiro.

elementos da lei, mas fira a consciência jurídica pelo tratamento absurdo que venha a impor, não tem relevância, o que se observa é apenas a aplicação da lei.

O bojo da “*Petition of Rigths*” era exatamente a interpretação do “*Due Process of Law*”, não apenas em relação à forma, mas também à matéria (substância), fato que, à época, não logrou êxito, mas que funcionou como uma primeira semente à extensão da verdadeira compreensão do “*due process of law*”.

Para uma conclusão apertada do devido processo legal na Inglaterra, transcreveremos as palavras da iluminada jurista Professora Lúcia do Valle Figueiredo¹⁰⁷:

*“Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do “devido processo legal”. Lembremos, pois, que o devido processo legal tem, de início, **acepção meramente formal**, ainda no tempo do rei João Sem –Terra, em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei – ele mesmo -, mas a lei era a que o soberano ditava.” (grifos nossos)*

Já os Estados Unidos da América, como é sabido, foi colonizado por ingleses, mas sua colonização foi bastante distinta das demais colonizações na América Latina, incluindo-se a do Brasil. Os colonizadores norte-americanos eram detentores da vontade de construir uma nação, utilizando-se de seus recursos naturais – verdade que muitas vezes o destruíam – na busca de deixar como legado para os seus descendentes uma pátria digna de se viver.

Detinham tal visão, porque os colonos, em sua maioria britânicos, já vinham de uma sociedade, de certa forma, organizada e com referenciais firmados.

Toda essa carga cultural e jurídica, neste caso oriunda da Carta Magna, que à época do descobrimento já quase completava 300 anos de vigência, não poderia deixar de refletir-se no ordenamento jurídico que viria a ser produzido no Novo Mundo, donde se faziam habitantes.

No entanto, a Federação e conseqüentemente a Constituição Americana só se efetivou como direito no ano de 1987, com o advento da conhecida

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

Constituição da Filadélfia, sendo esta o marco do ordenamento jurídico americano, enquanto estado unificado.

Apesar de toda carga trazida pelos colonizadores, inclusive quanto à noção de direitos, deveres, respeito social – mesmo que à época apenas fosse aparente – a Constituição dos Estados Unidos, para surpresa geral, era silente quanto aos direitos conseguidos pelos seus antigos colonizadores, os quais para ser alcançados, como já vimos, foi necessária a espera de um processo que durou vários séculos, tendo seu berço, inclusive, na Idade Média, quando dos conflitos oriundos do regime feudal, já narrado.

Todavia, levando-se em consideração as características já apontadas dos colonizadores, estes não demonstraram qualquer satisfação com a Constituição Norte-Americana, pressionando os detentores do poder a fazer certas alterações necessárias à manutenção da paz social.

E como resposta imediata – levando-se em consideração que estamos falando em prazos relativos ao direito – em 1791 foram editadas dez Emendas, e dentro delas a que mais tem relevância para o objeto que estamos estudando, a V Emenda, que serviu de veículo introdutor do “devido processo legal” no ordenamento americano, 300 anos após sua descoberta.

Essas Emendas receberam a denominação “*Bill of Rights*” e datam de 15 de Dezembro de 1791. Previam em seu teor:

"No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal cases to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property be taken for public use without just compensation".

Nas palavras de Geraldo Brindeiro¹⁰⁸, a cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano encontra-se desenhada da seguinte forma:

"...refere-se, numa primeira fase, como se sabe, apenas a garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a orderly proceedings, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de bill of attainder (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime, sem a precedência de um processo e julgamento regular, em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (ex post facto law), além da vedação de auto-incriminação forçada (self incrimination), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (double jeopardy) e do direito à ampla defesa e ao contraditório"

O desenho esboçado pela V Emenda, traduzido por Geraldo Brindeiro e exposto acima, demonstra que, neste momento, apesar de ter sido introduzido no ordenamento jurídico o *due process of law*, este mantinha ainda a tímida acepção inglesa, jungindo-se apenas aos aspectos processuais sem ter a extensão atual.

Outro fato de grande relevância, proveniente da V Emenda, é que esta só obrigava o Governo Federal.

Em 1868, com o ingresso da XIV Emenda, o que ocorreu após a Guerra da Secessão, detinha a referida emenda a nítida finalidade de elevar o negro ao mesmo status jurídico de seus antigos amos, tendo sido a presente regra estendida aos estados-membros. Tal fato não ocorreu com a V Emenda, consagrando a defesa dos direitos da cidadania e dos agora ex-escravos e seus descendentes. *In verbis*, prescrevia:

"All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;

¹⁰⁸ BRINDEIRO, Geraldo. *O devido processo legal*. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm>.

nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"

Desde então, houve a possibilidade de se estender o entendimento do “*due process of law*”, passando este a ser o continente do princípio da igualdade, servindo como um grande espelho para sua reflexão na sociedade.

No entanto, não há como negar que o Poder Judiciário de então teve um papel decisivo na extensão do entendimento deste princípio, pois ao emitir decisões, passou a não se ater apenas à igualdade perante a lei, mas também a igualdade na lei, aplicando-se apenas as que nivelassem em pé de igualdade¹⁰⁹ os cidadãos.

Inferimos que quando os juízes incorporaram o poder de apenas aplicar as leis que refletissem a igualdade, a justiça, entre outros elementos, passou a exercer um controle à atividade parlamentar, que foi posta fora de alcance à época da Carta Magna de 1215, quando, relembra-se, não havia limitação ao Parlamento.

Face à tal controle da atividade parlamentar, não há como negar também o início do controle da constitucionalidade. Nasce a partir do século XIX e início do século XX, o devido processo legal substancial, um marco para uma nova era jurídica que até hoje é reconhecida sua importância.

Não só a igualdade encontra seu arcabouço a partir da extensão do devido processo legal, agora também substancial, mas princípios ou postulados, como se queira chamar da razoabilidade, proporcionalidade, passaram a exercer grande influência nas normas jurídicas e, conseqüentemente, nas decisões judiciais. A idéia do Lord Cook agora encontrava terreno fértil, não podendo deixar de lembrar a semente plantada por ele quando da “*Petition of Rigths*” datada de 1628.

¹⁰⁹ Deve-se ter cautela sobre o que o sentido do princípio da igualdade, já esclarecendo que não se limita ao tratamento igualitário dado às pessoas.

Quando tínhamos o Poder Legislativo não obrigado à observância do princípio da igualdade, reduzíamos esse princípio a simples preceito programático, vinculando apenas o executivo e o judiciário.

No entanto, nos Estados Unidos, o Poder Judiciário fez deste princípio constitucional (igualdade), o instrumento empregado para a limitação do Poder Legislativo. A Suprema Corte em vários casos começou a expandir o sentido do devido processo legal, como, por exemplo, no caso *Dartmouth College v. Woodward*. Daí inicia-se o controle da constitucionalidade, para observar se a lei editada pelo legislativo era justa. Não bastava ser lei (como era na Inglaterra), mas a Suprema Corte Americana poderia verificar se a lei despendia tratamentos iguais.

Na visão de San Tiago Dantas¹¹⁰, o regime republicano, que tem em sua origem, o regime igualitário, não foi suficiente para elevar a igualdade à posição mestra no sistema, mas sim a concepção de Estado de Direito. Destarte, a concepção norte-americana é a adequada ao Estado de Direito, que não impede a limitação do Poder Legislativo. Não se concebe no Estado de Direito à vida social senão regida por normas algébricas, isto é, suscetíveis de se aplicarem a valores concretos, e com todos igualmente compatíveis, sem o que se fira o princípio superior de justiça distributiva.

Outro exemplo é o caso *Marbury v. Madison*, quando John Marshall proferirá o mais importante voto de sua carreira.

O contraste lei x direitos sobre que tem trabalhado secularmente a Suprema Corte, ora fazendo recuar a inovação legislativa diante da solidez do direito assente, ora modificando, por aluvião imperceptível, a conceituação do direito, foi o ponto de interrupção da doutrina da limitação do Poder Legislativo, e também a afirmação da supremacia do Judiciário sobre o Legislativo (Roscoe Pound, *Common law and legislation*, in *Havard Law Review*, XXI).

¹¹⁰ DANTAS, San Tiago. *Problemas de Direito Positivo. Forense*, Rio de Janeiro. 1953.

4.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL

Como não seria de estranhar, impossível falar de devido processo legal no Brasil, sem fazer citações da Professora Lúcia do Valle Figueiredo¹¹¹, jurista que sempre defende o pré-falado princípio/postulado/garantia, como coluna mestra do Estado Democrático de Direito, conseguindo ampliar a visão dos seus alunos com noções jamais lidas em outros autores.

Em uma síntese apertada, sobre a evolução histórica, a referida professora declina que

“Inicialmente, os processualistas entendiam como cumprido o due process of law quando fosse cumprido o due procedural of law. Em outro falar, o procedimento do devido processo legal. Cumprido então, o procedimento, considerava-se cumprido o due proces of law.

Modernamente assim já não mais é, porque, conforme já dissemos, o due process of law passa a ter conteúdo também material, e não somente formal – quer dizer, passa a ter o duplo conteúdo: o substancial e o formal.”¹¹²

Chegar-se à conclusão da ilustríssima professora parece ter sido um caminho perseguido sem curvas interpretativas capazes de retirar o verdadeiro alcance do devido processo legal, em seu aspecto formal e material, mas ao fazermos uma leitura do Título II – Direito e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I – Dos Direito e Deveres Individuais e Coletivos, nos depararemos com o seguinte texto, *in verbis*:

“TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais
CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E
COLETIVOS

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

¹¹² FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

*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;”¹¹³

Entendemos, numa rápida análise que “todos são iguais perante à lei” e que também foi consagrado o devido processo legal. Mas tal análise poderia levar os mais apressados a cometerem erros, porque garantir a igualdade perante a lei, em outras palavras, é assegurar o cumprimento da lei como posta, e mesmo se assegurando o devido processo legal, este poderia estar sendo assegurado como fora outrora na Inglaterra, apenas em seu aspecto formal, obrigando o Estado – juiz ou administrador – a cumprir os ditames da lei, seja qual for seu conteúdo.

O constituinte não foi explícito quanto à obrigatoriedade da lei tratar todos de forma igualitária. Há notícia de que para a elaboração do Art. 37, da Constituição Federal, uma comissão de juristas renomados no direito público foi chamada para apresentar propostas que auxiliassem os constituintes na elaboração do futuro texto constitucional.

À época, entre os princípios da administração pública, por tal comissão foram eleitos: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Proporcionalidade, Razoabilidade e Motivação. Ocorre que, por questões não sabidas, quando se promulgou a Constituição Federal, vários dos princípios foram suprimidos, entre eles o da Razoabilidade ¹¹⁴.

Tal supressão causou inicialmente um grande temor nos publicistas, pois a razoabilidade é uma condição suficiente para se assegurar a justiça, ou melhor, sustentar uma lei justa, podendo, se assim houvesse sido, afirmar de plano a

¹¹³ Constituição da República Federativa do Brasil.

¹¹⁴ Como sustentáculo de tais afirmações, a mesma comissão de juristas publicistas que foram convidados à orientar a elaboração do artigo 37 da Constituição Federal, foi também convidada a auxiliar na elaboração da Constituição do Estado de São Paulo, contendo esta em seu art 111, que trata da Administração Pública: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.**”

verdadeira dimensão do “due process of law” – formal e material - Assim repetimos, não há tal garantia no caput do o Artigo 5º, o qual assegura explicitamente apenas a igualdade perante a lei e não a igualdade na lei.

Parafraseando Eros Grau¹¹⁵, a Constituição Federal não pode ser interpretada em tiras. Partindo desta premissa, devemos fazer uma análise de todo o texto constitucional e do ordenamento jurídico como um todo.

Em um processo de evolução interpretativa, José Afonso da Silva¹¹⁶ reconhece que as Constituições que precederam à de 1988 apenas reconheciam a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei.

Não há de se negar que a Constituição Federal de 1988 manteve o termo “perante a lei”, mas o autor salienta que o princípio da igualdade não se encontra apenas no caput do artigo 5º. Logo no inciso I, ela estabelece a igualdade entre homens e mulheres, posteriormente no artigo 7º. , XXX e XXXI veda a distinção de salários por motivo de sexo, cor, raça, entre outros fatores. Com o intuito de explicitar o princípio da legalidade nos demais pontos constitucionais, o autor menciona ainda que um dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º. da Constituição, refere-se à redução das desigualdades sociais e regionais. Conclui, assim, que apesar da utilização do “todos são iguais perante a lei”, na verdade, deve ser entendido como uma igualdade também material, devendo haver a igualdade na lei.

No intuito de corroborar com o autor, para fortalecer sua tese da igualdade material na lei, incluiríamos o “princípio” da dignidade da pessoa humana, entendendo ser este a coluna mestra da argumentação em prol da presente tese e de outras.

Quando falamos em “princípio” da dignidade da pessoa humana, utilizando-nos de aspas, é porque na verdade, não vemos a dignidade humana

¹¹⁵ EROS, Roberto Grau. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 1ª. Edição. Malheiros São Paulo 2005.

¹¹⁶ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Contituição. 1ª ed. Malheiros, São Paulo 2005. p- 70.

como um princípio entre os diversos conceitos já explicitados no presente trabalho. Conseguimos enxergar, e esperamos estar certos, que a dignidade da pessoa humana não é um princípio, mas sim um fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme exteriorizado no artigo 1º de nossa Lei Maior.

Por um lado, chegamos à conclusão de que os princípios inspiram, dirigem os aplicadores da lei e são elementos formadores das normas jurídicas; mas, por outro, vimos que os princípios devem ser sopesados quando houver um conflito, podendo um deixar de ser aplicado em um caso concreto, prevalecendo o outro.

Já os fundamentos, *prima facie*, podem ter um conceito similar ao de princípios, mas não o têm.

Só a título de lembrança, quando no presente trabalho tentamos trazer à colação alguns conceitos de princípios, utilizamos Abbaganano¹¹⁷ “ponto de partida e um fundamento de um processo qualquer. Os dois significados “ponto de partida” e “fundamento” ou “causa”, estão estritamente ligados à noção deste termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro, a ele recorria Platão com freqüência no sentido de causa do movimento, ou de fundamento de demonstração...”

Então a partir dessa demonstração, estaríamos incorrendo em um erro ao presente ponto do trabalho ao tentarmos diferenciá-los, mas não estamos.

No mesmo Dicionário de Filosofia de Nicolau Abbaganano¹¹⁸, é feita uma conceituação de fundamentos nos seguintes termos:

*“FUNDAMENTO: Causa, no sentido de razão de ser. Esta é uma das significações principais do temos “causa”..... Nesse sentido causa é razão, logos , pois não só permite compreender a ocorrência de fato das coisas, mas também o seu **“não poder ser de outra maneira”**..... “grifos nossos.*

¹¹⁷ Abbaganano, Nicola. Dicionário de Filosofia: tradução da 1ª. Edição brasileira, coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos Novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

¹¹⁸ Abbaganano, Nicola. Dicionário de Filosofia: tradução da 1ª. Edição brasileira, coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos Novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

Ao aceitarmos o significado de fundamento como algo que tem que ser seguido ou ainda **“não poder ser de outra maneira”**, não há que se falar em colisão de fundamentos, como podemos fazer em relação aos princípios.

Por tais razões, entendemos que a dignidade da pessoa humana, sem excluir os demais, em si só já constitui condição suficiente para consagrar o devido processo legal em seu aspecto material.

No mundo fenomênico, a prova da existência do devido processo legal material é traduzida hoje, no Brasil, quando o Poder Judiciário deixa de aplicar uma lei, por entender e fundamentar a contrariedade desta com os princípios da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do “princípio da dignidade da pessoa humana”. Concluindo-se que, diferente do direito inglês historiado, que os atos emanados do poder legislativo devem obedecer ao do “*due process of law*” material e formal¹¹⁹.

O pensamento de São Tomás de Aquino, traduzido por Mondin¹²⁰, consegue ver a dignidade sob dois aspectos. O primeiro seria a dignidade inerente ao homem, enquanto espécie, existindo *in actu* no homem, enquanto indivíduo, sendo transportada para a alma de cada ser humano.

Conseguindo vislumbrar, no mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana como sendo inerente à condição de ser homem, o Professor José Afonso da Silva¹²¹ adverte: “*A dignidade da pessoa humana, assim, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela protegida.*”

Com o intuito de coroar todo o pensamento até agora esposado, podemos transcrever um dos mais brilhantes votos por *Justice Frankfurter*¹²²:

“Due process não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma fórmula.....due

¹¹⁹ Sustentando tal afirmação, a declaração de inconstitucionalidade formal e material.

¹²⁰ MONDIN, Battista. O humanismo filosófico de Tomás de Aquino, trad. A. Angonese, São Paulo:EDUSC, 1998.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, 1998, p.89-90.

¹²² Anti- Facist Committee v. McGrath, 341 US 123, 95 L. Ed 817 (1951).

processo é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due processo não é instrumento mecânico. Não é um padrão, é um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aquele a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo”.

4.3 *DEVIDO PROCESO LEGAL NA ARGENTINA*

Durante o presente trabalho, algo causou-nos inicialmente um grande espanto. Quando buscamos alguns pensamentos de autores Argentinos, não conseguíamos ver o caráter material do devido processo legal. Seguem os motivos:

Rodolfo Carlos Barra¹²³, em um capítulo que nos despertou particular interesse – Las garantías em favor del administrado - , classifica-as em: a) exigencias del debido procedimiento legal, b) sumisión al principio da igualdad, c) la estricta vinculacion a la ley dentre outros.

Ao iniciar suas explicações sobre o devido procedimiento¹²⁴ legal, explica que este garante ao administrado que a administração pública respeite sempre a formalidade preestabelecida. Continua sua explanação afirmando que o devido processo adjetivo consagra o direito de ser ouvido, de oferecer e produzir provas e obter uma decisão fundada (motivada).

A visão do autor, realmente, quando fala em devido processo legal, fica bem restrita à questão procedimental, formal.

Roberto Dromi¹²⁵, ao falar do devido processo legal, chega ao ponto inclusive de alterar a nomenclatura para “defensa”, também fixa-se apenas no caráter formal, repetindo os mesmos direitos expostos por Rodolfo Barra.

Ao analisarmos a doutrina de Gordillo¹²⁶, percebemos uma divisão que pode ser comparada a que vimos tendo no presente trabalho, e que é a oriunda dos ensinamentos pátrios.

O Autor inicia em um ponto nomeando-o de “El principio Del debido proceso como garantia adjetiva”. De pronto identificamos com o devido processo

¹²³ BARRA, Rodolfo Carlos. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. – Principios . Fuentes. Ed Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires 2002. p.278.

¹²⁴ Ressalta-se que o princípio aqui explicado pelo autor é o devido procedimiento legal, e não devido processo legal.

¹²⁵ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10º. Edición. Editora Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid 2004.

¹²⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 1ª. Edição Colombiana. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín 1998.

legal formal, e na explanação do autor, repete o que seus pares anteriormente falaram, chegando como ponto final e comum com os demais quanto à obrigatoriedade de motivação das decisões.

Dentro do mesmo capítulo referente ao devido processo como garantia adjetiva, o autor, de forma muito sucinta, tece exatamente o seguinte pensamento:

“Estos mismo recaudos de validez Del acto administrativo pueden igualmente ser encuadrados dentro de la garantía Del debido proceso em sentido sustancial, o garantía de razoabilidad.”.

Pudemos observar que a ênfase dada ao direito pátrio ao aspecto substancial do devido processo (quanto à utilização da nomenclatura devido processo legal substancial) legal não é semelhante na Argentina. Não estamos afirmando aqui que no Direito Argentino não haja o devido processo legal substancial. No entanto, detectamos que na verdade, a existência deste se dá por reflexo direto da razoabilidade, estando aquele contido neste.

E mais adiante, quando de fato abre um tópico para dissertar sobre o devido processo legal substantivo, novamente em menos de um parágrafo, volta a se reportar a razoabilidade e nela foca o discurso.

Não há como negar a existência do devido processo legal nas terras vizinhas, mas repete-se como um reflexo da razoabilidade.

Não restando dúvidas de que a observância do devido processo legal, seja este na visão brasileira, na dos argentinos ou dos norte-americanos, encontra-se este em um patamar privilegiado de preeminência, parafraseando Paulo de Barros Carvalho, devendo finalmente ser erigido à categoria de sobreprincípio.

Após a presente evolução histórica apresentada, podemos concluir que para aferirmos à presença do interesse público necessário se faz que os atos governamentais se encontrem formulados após a observância do devido processo legal tanto formal como principalmente material.

CAPÍTULO V
DA SEGURANÇA JURÍDICA

5.1 SEGURANÇA JURÍDICA: CONCEITO E VISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da segurança jurídica não se encontra previsto explicitamente em nossa ordem constitucional. Algumas leis infraconstitucionais, a exemplo da lei do processo administrativo¹²⁷, vêm, de forma explícita, privilegiar tal princípio.

No entanto, o fato do princípio da segurança jurídica não se encontrar explícito na Constituição Federal não traz qualquer prejuízo à sua aplicação, tampouco ao seu reconhecimento enquanto princípio constitucional.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁸, em análise bastante contundente, afirma que nem a Constituição Federal nem os Tratados Internacionais contêm referência expressa ao direito à segurança jurídica como tal, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo.

Na visão apurada do Douto Professor, a segurança jurídica na legislação internacional – na Declaração dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direito Civil da ONU e na Convenção Americana de São José da Costa Rica – encontra-se implícita na garantia contra a irretroatividade da lei, entre outras garantias, afirmando que a ausência da explicitude não causa qualquer prejuízo a sua aplicação.

O autor realiza indissociável relação entre Estado de Direito e segurança jurídica, ao afirmar que *“um autêntico Estado de Direito é também um Estado da segurança.”*¹²⁹

Apesar de não encontrarmos explicitamente na Constituição Federal o princípio da segurança jurídica, este é um pressuposto lógico, reflexo indispensável, imediato, ou, ainda podemos dizer, uma condição necessária e suficiente do

¹²⁷ Lei federal n. 9794/99, lei do processo administrativo federal, aplicável apenas na esfera federal.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Do Livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela Professora Carmem Lucia Antunes da Rocha. Editora Fórum. 2ª. Edição. Belo Horizonte. 2005.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Do Livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela Professora Carmem Lucia Antunes da Rocha. Editora Fórum. 2ª. Edição. Belo Horizonte. 2005. pág 90.

princípio da legalidade – observado este em uma visão mais vanguardista e aprimorada, como a traduzida pelo professor Almiro do Couto e Silva¹³⁰ - princípio da irretroatividade da lei, do devido processo legal “*due process of law*” – aqui em seu aspecto formal e material -, garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, bem como pelo princípio da reserva legal e anterioridade do direito penal.

Grande parte da doutrina publicista¹³¹ vem afirmando, de forma direta ou não, que o princípio da segurança jurídica integra a condição de subprincípio do Estado de Direito, sendo inclusive o elemento nuclear deste¹³².

O Publicista francês M. Framont usou uma frase aparentemente simples, mas, de fato, com um conteúdo denso e profundo que merece uma reflexão, porque resume o princípio da segurança jurídica, ao afirmar que tal princípio é quase a razão de ser do próprio direito.

Na mesma linha de pensamento, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹³³, aduz que tal princípio é a essência do Direito, em especial no Estado Democrático de Direito, dando a este o status de coluna mestra de nosso ordenamento jurídico.

Podemos resumir a importância dada pelo professor ao princípio da segurança jurídica, na seguinte frase:

“Esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que cerca, sendo está uma busca permanente do ser humano. É a insoptável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que lhe permita vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não

¹³⁰ COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público n.84. São Paulo 1984.

¹³¹ A Professora Lúcia Valle Figueiredo, Professor Paulo de Barros Carvalho, Professor Almiro do Couto e Silva, Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, Professora Weida Zancaner, entre outros grandes publicistas.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Do Livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela Professora Carmem Lucia Antunes da Rocha. Editora Fórum. 2ª. Edição. Belo Horizonte. 2005. pág 91.

¹³³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 16ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2003.

aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Essa é a normalidade das coisas”¹³⁴

Apesar de admirarmos a profundidade e a inteligência dessa reflexão, sem qualquer pretensão de ir contra seus ensinamentos, vislumbramos que, na idéia acima transcrita, encontramos não só apenas o princípio da segurança jurídica, mas também um outro princípio que vem encontrando terreno fértil nos ordenamentos jurídicos modernos, qual seja, o “*princípio da proteção à confiança legítima*”, como é conhecido no direito comunitário.

O Professor Paulo de Barros Carvalho¹³⁵ aloja o princípio da segurança jurídica como princípio constitucional geral, dando um sentido particular ao princípio, “qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de programar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade...”.

Pode-se analisar o entendimento do Professor Paulo de Barros que traduz um pouco mais do que o simples princípio da segurança jurídica como é delimitado comumente, pois ainda, afirma o professor, “tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes então que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”.

Embora a leitura feita pelo Douto Professor seja, na verdade, a vontade da sociedade, quando se fala em segurança jurídica, cada vez mais restringe-se seu sentido, apenas fazendo sua aplicação à situações passadas, o que vai de encontro ao sentido dado pelo professor quando se refere a ações futuras.

Um exemplo bem claro disso é o do servidor público que passa toda sua vida privando-se de férias ou de licença-prêmio, a fim de que elas sejam computadas em dobro, como tempo de serviço para fins de aposentadoria, e às

¹³⁴BANDEIR DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 16ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2003.

¹³⁵ BARROS CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16ª. Edição. Malheiros . São Paulo 2004.

vésperas de sua aposentação, é editada uma lei ou Emenda à Constituição vedando a contagem em dobro.

Situações como essa têm sido cada vez mais freqüentes em nosso ordenamento jurídico, que, muitas vezes, fazem da lei ou de uma Emenda Constitucional aquilo que chamam de única possibilidade da governabilidade. Desta feita, transfere-se aos administrados os erros dos governos passados, e, no plano jurídico, a mácula da essência do verdadeiro princípio da segurança jurídica, querendo tratar a totalidade de situações como mera expectativa de direito, que, aos olhos destes, não se encontram abrangidas pelo princípio da segurança jurídica.

Um dos poucos doutrinadores brasileiros que vêm preocupando-se em escrever sobre o princípio da confiança, ainda que não utilize tal terminologia, é a Doutora Professora Lúcia Valle Figueiredo¹³⁶, que ao tratar do princípio da boa-fé, em sua obra, traz referência de vários autores alienígenas os quais sustentam tal princípio, sendo este, na verdade, sinônimo ao princípio da confiança.

Destaca, de forma irreal, a Douta Professora, a simbiose existente entre o princípio da boa-fé – que preferimos chamar de confiança – com a moralidade administrativa.

Mais adiante, trataremos em capítulo isolado sobre o princípio da confiança, voltaremos agora a traçar características do princípio da segurança jurídica.

O Professor José Afonso da Silva¹³⁷ já escreveu um belíssimo trabalho distinguindo o princípio da segurança jurídica e o da confiança legítima.

Descreve o professor que no princípio da segurança no direito, pode haver a distinção entre a segurança do direito e a segurança jurídica.

¹³⁶ VALLE FIGUEIREDO, Lúcia . Curso de Direito Administrativo. 7ª. Edição. Editora Malheiros. São Paulo 2005.

¹³⁷ DA SILVA, José Afonso. Constituição e Segurança Jurídica. 2ª. Edição. Editora Fórum Belo Horizonte 2005.

Para o professor, a segurança do direito seria a exigência da positivação entrelaçando-se com a Constituição Federal, a qual serviria de fundamento de validade do direito. Mas é importante ressaltar que tal segurança no direito não poderia assegurar a inexistência de desigualdades – inexistência da segurança à igualdade na lei – tampouco da legitimidade, mas apenas uma fiel aplicação da legalidade, restringindo, na verdade, ao nosso ver a uma garantia em tese das arbitrariedades. Poderíamos até nominar o princípio da segurança do direito como uma segurança formal, ou, se fizermos uma leitura restrita, igualdade perante a lei, e não na lei.

Ao passo que a segurança jurídica seria uma garantia que deriva da positivação do direito – na verdade, uma conseqüência da segurança do direito. Entendemos possível adoção dessa idéia, se a lei positivada, que no entender do professor é o princípio da segurança do direito, de fato, privilegiar a igualdade na lei, e não apenas perante a lei. Tal afirmação encontra respaldo nos ensinamentos já declinados de que a segurança jurídica é condição necessária ao Estado de Direito. Idéia inclusive adotada pelo professor, em sua conhecida obra Curso de Direito Constitucional Positivo¹³⁸.

Na verdade, a abrangência vislumbrada pelo professor sobre segurança jurídica é primordialmente o sentido de proteção aos direitos subjetivos em especial, explicando que uma condição da segurança jurídica está na **relativa** certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

É relevante observarmos que, ao utilizar-se a palavra “relativa”, enfraquece-se um pouco o instituto como fora idealizado, porque não se traduz, desse modo, aquele desejo mencionado nas palavras dos ilustríssimos professores que transcrevemos acima.

¹³⁸ DA SILVA, José Afonso. Curso de Constituição e Segurança Jurídica. 2ª. Edição. Editora Fórum Belo Horizonte 2005.

Entendemos, no entanto, que o motivo que levou o Douto Professor a utilizar o referido termo é o fato de existirem o direito adquirido e a expectativa do direito que, muitas vezes, se confundem, até por não terem um conceito uníssono no direito pátrio, devendo sempre ser analisado o caso concreto para a verificação de um ou o outro instituto.

A professora Flávia Piovesan¹³⁹ consegue tecer um belíssimo entrosamento entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, pois entende haver certos direitos fundamentais que encontram seu fundamento de validade unicamente na dignidade, perfazendo-se assim do direito à segurança de direitos um verdadeiro direito ao não retrocesso.

A visão da professora é de que a segurança *“é vista a partir do indivíduo e não do Estado, isto é, a partir de um discurso de direitos e não de uma restrição de direitos.”*¹⁴⁰.

Encontra o direito à segurança jurídica fundamento na dignidade da pessoa humana na própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948¹⁴¹.

*“Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais”*¹⁴².

A partir de uma leitura do preâmbulo da declaração dos direitos humanos acima transcrito, podemos verificar, ainda que implicitamente, a presença da

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia, Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direito. Texto que compõe a obra Constituição e Segurança Jurídica, Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Coordenada pela Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2ª. Edição. Editora Fórum. Belo Horizonte 2005.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia, Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direito. Texto que compõe a obra Constituição e Segurança Jurídica, Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Coordenada pela Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2ª. Edição. Editora Fórum. Belo Horizonte 2005.

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia, Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direito. Texto que compõe a obra Constituição e Segurança Jurídica, Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Coordenada pela Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2ª. Edição. Editora Fórum. Belo Horizonte 2005.

¹⁴² Declaração dos Direitos dos Homens, preâmbulo.

segurança jurídica quando os Estados membros se comprometem a respeitar os direitos dos homens – respeitar esses direitos dos homens na verdade é respeitar a segurança jurídica em sentido bem amplo.

Não há óbice no fato de tal princípio encontrar-se apenas de forma implícita, pois como já apontamos mesmo no Brasil, a Constituição Federal não prevê de forma explícita o referido princípio.

5.2 **SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO ALIENÍGENA**

No Direito Português, o princípio da segurança jurídica também não se encontra explicitado na Constituição Federal, não obstante seja indiscutível tanto na doutrina quanto na jurisprudência sua existência e seu *status* constitucional, razão pela qual sua existência¹⁴³ *decorre necessariamente da idéia de Estado de Direito, e, assim tem por consagrada na Constituição*

O professor J.J. Canotilho¹⁴⁴, em sua obra mundialmente conhecida, ao tratar do tema da segurança jurídica consagra como elementos constitutivos do Estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, alertando que os dois princípios andam intimamente ligados, chegando inclusive ao ponto de muitos professores considerarem que o princípio da proteção da confiança seja um subprincípio da segurança jurídica. Tal diferenciação será feita objetivamente adiante.

Para o professor, além de ser um elemento constitutivo do Estado de Direito – visão que se encontraria estritamente ligada aos atos normativos que provêm em regra do Legislativo – haveria também um reflexo nos atos jurisdicionais, deslindeando-se com a coisa julgada, a qual possui o condão de assentar a estabilidade definitiva das decisões judiciais. Assim, tal decisão terá caráter de definitividade e irretratibilidade, reconhecendo-se, no entanto, as exceções excepcionais possíveis. Isso faz lembrar e refletir sobre o que se hoje vem denominando-se relativização da coisa julgada.

Por fim, de forma ímpar, chama a atenção para o fato da segurança jurídica, dever ser encontrada nos atos administrativos, afirmando, como é sabido, não haver um paralelismo entre a sentença judicial, embora, declare uma tendência de imutabilidade do ato administrativo, que no seu entender, traduz-se na autovinculação da Administração e na tendência à irrevogabilidade.

¹⁴³ ALMEIDA, José Nunes. Relatório da XV Mesa Redonda Internacional. Realizada em Aix-en- Provence, 1999.sobre o Tema Constituiton et sécurité-juridique. In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999, Paris. Econômica. Paris 2000.

¹⁴⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional. Teoria e Constituição. 7ª. Edição. Almedina. Coimbra. 2003.

O professor, de forma brilhante e singular, traz à cena das nossas discussões a relevância do princípio da segurança jurídica para o direito pátrio no que pertine à prática dos atos administrativos.

Não raro, deparamo-nos com atos administrativos que, em nome da conveniência e da oportunidade, são revogados pela Administração Pública e tidos por seus controladores como atos revocatórios legais por encontrarem-se no poder discricionário da administração.

Mas, se utilizarmos da visão privilegiada do Douto Professor, veremos que um reflexo direto da segurança jurídica nos atos administrativos é a autovinculação da Administração. Ela permite que, automaticamente, deixe de ser um ato com características discricionárias, para passar a vincular o “agir” do administrador, afastando-se a análise de conveniência e oportunidade como regra.

O mesmo ocorre no direito alemão, donde o princípio da segurança jurídica é deduzido da jurisprudência, que se apóia na doutrina para justificar sua existência como arrimo do Estado de Direito, embora não haja qualquer menção expressa na Constituição germânica ao princípio em análise.

No direito francês, o princípio da segurança jurídica também não se encontra explícito nem na Constituição de 1958, nem nos textos constitutivos do bloco de constitucionalidade, que são leis utilizadas para fiel aplicação constitucional.

O autor francês Verpeaux reconhece que a segurança jurídica não esteja explícita na Constituição francesa de 1958, no entanto afirma não ter tal ausência causado qualquer prejuízo a sua aplicação, nos seguintes termos: “seu conhecimento textual é sem força, inexistente, no direito constitucional.....por isso se socorre muitas vezes às declarações dos direitos dos homens, que assegura que os direitos dos homens encontram-se fundados em princípio simples e indiscutíveis.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ MODERN, Franck. *Princípios Generales Del Derecho Público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago Del Chile. 2005.

A doutrina francesa também reconhece o princípio da segurança jurídica, uma vez que o considera indispensável à conservação do Estado de Direito, utilizando-se do mesmo fundamento do direito germânico.

No direito espanhol, há um outro panorama a ser visitado, pois a Constituição espanhola, que data de 1978, apesar de sofrer forte influência da Constituição germânica, veio prestigiar o princípio da segurança jurídica de forma explícita, inclusive concedendo a este a qualificação de princípio de hierarquia normativa.

O professor J. Gonzáles Perez¹⁴⁶ faz a seguinte intelecção sobre o princípio da segurança jurídica, que está explícito na Constituição espanhola e o princípio da confiança legítima: “reconhecido por todos, é o vínculo entre esse princípio e outro grande princípio do Estado de Direito, da segurança jurídica. O princípio aparece dotado de um alcance de natureza tal que impõe a segurança jurídica frente às alterações súbitas da legislação, que não asseguram garantias suficientes em quanto sua previsibilidade e a sua adequação das medidas transitórias.”

O Professor Roberto Dromi¹⁴⁷, ao discorrer sobre o Estado de Direito argentino mantém a associação feita no presente trabalho, qual seja a impossibilidade de dissociar o Estado de Direito da segurança jurídica, afirmando: *“Como vimos, el texto contitucional otorga atribuciones al Estado y reconoce derechos inalterables a las personas. Unos e outros deben armonizarse dentro del marco del orden jurídico constitucional”*.

Dessa forma, podemos ratificar que a presença da segurança jurídica no ordenamento jurídico, argentino tem sido inspiração para os demais ordenamentos jurídicos sul americanos.

¹⁴⁶ PEREZ, Jorge Gonzáles. El principio general de la buena fé em el derecho administrativo. 3ª. Edição. Civitas. Madrid. 1999.

¹⁴⁷ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10ª. Edición. Ciudad Argentina. Buenos Aires.2004

No direito norte-americano, também não há previsão legal do princípio da segurança jurídica concebendo a doutrina como um reflexo da vedação da retroatividade da lei bem como do “*due process of law*”.

Da mesma forma, no direito helênico, o princípio da segurança jurídica encontra-se implicitamente no conceito de Estado de Direito e segundo as lições de Epaminondas Spiliotopoulos¹⁴⁸.

¹⁴⁸ SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. Relatório da XV Mesa Redonda Internacional. Realizada em Aix-en-Provence, 1999.sobre o Tema Constituiton et sécurité-juridique. In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999, Paris. Econômica. Paris 2000.

5.3 A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES COMO CONDIÇÃO NECESSÁRIA À PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A independência dos juízes, ou, em outras palavras, do Poder Judiciário também é um traço fundamental que deve estar presente quando se deseja resguardar a segurança jurídica, uma vez que juízes sem independência restam submissos à vontade do Executivo.

“Sin verdaderos jueces no hay seguridad jurídica. Son verdaderos jueces los “ de ley” (los de la Constitución); “para la ley” (los que conu jurisprudência hacen Derecho), y los “de la ley” (los que vigilan la constitucionalidad de todos los actos publicos). Solo con jueces verdaderos, unicamente dependientes de la República, la seguridad jurídica deja de ser una quimera. La recta interpretación de la ley e integración Del derecho por los jueces es un presupuesto de la seguridad jurídica.”¹⁴⁹

O Professor Roberto Dromi, administrativista argentino, em suas explanações sobre a segurança jurídica, sempre afirma que o primeiro ponto a ser atingido pela segurança é a certeza, a qual se traduz em um direito certo, conhecido, publicado e verdadeiro, e não em um direito ignorado, secreto, falso, afirmando que esse primeiro componente da segurança jurídica, a certeza, protege contra a imprevisibilidade, a improvisação, o direito ocasional, e o direito por um acaso¹⁵⁰.

Apesar de notável o entendimento do administrativista, podemos detectar uma nebulosidade no entendimento, pois inicialmente traduz como certeza um direito certo, publicado, o que poderíamos equiparar ao nosso direito adquirido, a nossa coisa julgada ou ao nosso ato jurídico perfeito. Mas em ato contínuo, afirma que a certeza corresponde a um direito verdadeiro, donde podemos entender que o autor está falando de justiça.

Comumente, sabemos que a segurança jurídica nem sempre resguarda um direito verdadeiro, no sentido de justo, por isso quando o autor fala em direito verdadeiro, o que se entende por direito justo, poderia ser ampliado à segurança, na

¹⁴⁹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10ª. Edição. Ciudad Argentina. 2004. pág. 144.

¹⁵⁰ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 10ª. Edição. Ciudad Argentina. 2004. pág. 144.

visão apresentada pelo autor como protetora também da justiça que pode ser encontrada em uma expectativa de direito.

Para respaldar nosso entendimento sobre a visão que o autor apresenta em relação à segurança, a qual protege a expectativa de direito, o mesmo afirma que “a certeza está dada também pela continuidade. A Constituição é a continuação política e histórica e jurídica da situação do Estado e dos direitos. É muito perigoso em nosso tempo conceber uma constituição que produza uma ruptura da lógica dos antecedentes, uma descontinuidade com todo o sistema precedente.”

As referências do autor lembra uma afirmação do Professor Lourival Vilanova¹⁵¹, o qual, em uma de seus brilhantes posicionamentos, adverte que o poder constituinte originário não é ilimitado:

“Cada poder constituinte que sobreveio, como suporte de fato, não juridicamente qualificado por qualquer ordenamento jurídico prévio, positivando nova Constituição federal, foi condicionado pela tradição histórica; foi este um limite extraconstitucional, a demonstrar que histórica e sociologicamente inexistente limitação ao pretendido poder absoluto do legislador constituinte. Limita-o, contextua-o a circunstâncias sociais, políticas, econômicas e ideológicas; limita-o à textura histórica em que irremediavelmente se encontra.”

¹⁵²

¹⁵¹ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos Volume I, IBET. São Paulo. 2003.

¹⁵² VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos Volume I, “A Dimensão Política nas Funções do Supremo Tribunal Federal”. IBET. São Paulo. 2003.

5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

O controle da constitucionalidade no Brasil pode ocorrer tanto na modalidade concentrado como na difuso.

Ao tratarmos do controle difuso, não teremos maiores dificuldades a ultrapassar, pois o efeito da sentença em controle difuso é entre as partes, como ocorre em regra com qualquer ação judicial, até porque no controle difuso, como sabemos, é o caso concreto que está sendo analisado, e não a lei em tese, seguindo assim os trâmites de uma ação como outra qualquer, cujo efeito incidirá apenas entre os litigantes.

Já no controle concentrado, ocorre de forma diversa, porque além de não haver um caso concreto a ser dirimido, trata-se de uma ação de natureza especialíssima, na qual o objeto é a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou um ato normativo.

No controle concentrado, sabemos que a regra é o efeito *erga omnes* e *extunc*, ou seja, retroage e fulmina o ato normativo ou a lei como se ela nunca tivesse existido no ordenamento jurídico. Salvo na hipótese da possível modulação de efeitos previstos na legislação infraconstitucional, a qual, em ocorrendo razões de segurança jurídica ou excepcional interesse públicos além da adesão de 2/3 dos Ministros do Supremo, poder-se-á “modular” os efeitos da sentença que declarar inconstitucional a lei ou ato normativo em controle concentrado.

Essa possibilidade de modulação prevista na legislação já é um sinal da influência que o princípio da segurança jurídica – aqui analisado de forma ampla – vem exercendo sob a ótica dos juristas, em face da proteção que o mesmo assegura à população.

Mas podemos ir mais além da garantia legal acima declinada, fazendo uma análise a respeito dos atos administrativos que emanaram de uma lei declarada

inconstitucional, para aferir se, em controle concentrado, eles deveriam ou não permanecer em privilégio à segurança jurídica.

O Professor Almiro do Couto e Silva¹⁵³ cita o Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁵⁴, que diz:

“Conseqüência da declaração de nulidade ex tunc da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Todavia essa depuração total (totlbereinigung) não se verifica nem nos sistemas que como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem naquelas que, como o brasileiro, utilizam a fórmula geral de preclusão”.

“Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite genericamente a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se portação ao ato singular em homenagem ao princípio da segurança jurídica, podendo-se a diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato individual (Einzelaktenebene) através das chamadas fórmulas de preclusão. Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não se afigurarem suscetíveis de revisão não são afetados pela lei inconstitucional”.

Da visão do Ministro Gilmar Mendes, esposada pelo Professor Almiro do Couto e Silva, podemos depurar que ambos entendem que, em regra, não há interferências entre as esferas, ou seja, quando a lei é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, e tiver a administração se utilizado dela para prática de um ato administrativo, o referido ato, em princípio, não restará contaminado pela inconstitucionalidade declarada.

Razões para esta incomunicabilidade dar-se-iam, em primeira análise, pela possibilidade de ocorrer a decadência no direito brasileiro. Na esfera federal, se dá com cinco anos, ou ainda em uma segunda análise, mesmo não tendo sido percorrido o prazo decadencial previsto em lei, haveria de permanecer o ato em homenagem à segurança jurídica, “fazendo-se uma ponderação à legalidade”.

¹⁵³ COUTO E SILVA, Almiro. . Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público n.84. São Paulo. 1984.

¹⁵⁴ FERREIRA MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional, 1ª. Edição. Saraiva, São Paulo.1996, p. 192.

Mas deve ser salientado que tal possibilidade de permanência dos referidos atos só se faria de forma legítima se estes beneficiassem os administrados, que estivessem de boa fé.

A exigência da boa-fé, em princípio, poderia parecer prejudicada, se no momento da prática do ato estivessem arrimado em lei, presumindo-se de plano a boa fé do administrado.

Mas não vejo de forma tão simples assim.

Muitas vezes, apesar do ato administrativo ter por fundamento de validade uma lei, e esta detenha a presunção de constitucionalidade, não raro, no mundo fenomênico, existem várias leis que são flagrantemente inconstitucionais, elaboradas de forma oportunista pelos administradores públicos com intuítos eleitoreiros, para imprimir uma imagem populista ou por qualquer outro fim, que trazem benefícios diretos ou indiretos aos administrados. Muitas vezes, essas leis beneficiam uma certa categoria de servidores – mas quando declaradas inconstitucionais, se utilizam da teoria da aparência ou da segurança jurídica para manter uma situação teratológica, alegando a boa-fé dos servidores, o que não parece correto.

A exemplo, a hipótese, não rara, de um Estado da Federação, que determinada categoria de servidores ameaçassem fazer greve. Tal ameaça provocaria largos prejuízos e, para evitá-los, o Executivo consegue aprovar na Assembléia Legislativa projeto de lei no intuito de criar carreira única entre os servidores de tal categoria, possibilitando que os servidores com nível médio ascendessem à condição daqueles com escolaridade superior.

Quando do concurso público destes, os cargos eram diversos, a escolaridade exigida também, bem como a complexidade quando da seleção era diversa. Com o advento da respectiva lei, ressuscitou-se o instituto do acesso que constitucionalmente é vedado e sabido por todos, principalmente pelos beneficiados da lei.

Dessa feita, uma vez declarada inconstitucional a referida lei, os atos administrativos de promoção que a utilizaram como fundamento de validade não devem permanecer no mundo jurídico, não só pelo grau de inconstitucionalidade apresentada, mas também por ter o Ministério Público Federal ingressado com ADIN, quando da publicação da lei, não havendo, neste caso, que se falar em boa fé ou segurança jurídica.

5.5 A RELATIVIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como já restou assentado, o princípio da segurança jurídica é extraível facilmente de nossa Constituição, e é um dos sustentáculos do Estado de Direito, pois, como já asseveramos, não há que se falar em direito, sem se assegurar a segurança jurídica.

Por outro lado, é de ressaltar que, no presente trabalho, temos analisado o sopesamento de princípios como meio hábil de resolver casos concretos, conhecidos no direito americano como os *hards cases*.

De tal sorte, não cabe qualquer espaço para pensamento ou afirmação de que os princípios constitucionais – e aí incluímos a segurança jurídica – podem ser aplicados de forma absoluta, mesmo sendo afirmado que a segurança jurídica seria a coluna mestra do Estado de Direito.

Só para elucidar o presente caso, quando da promulgação da Constituição Federal, o direito penal sofreu grandes alterações, mas uma das mais importantes foi a impossibilidade do preso encontrar-se incomunicável. Tal princípio, à época, foi bastante festejado. Não se previa qualquer exceção a ele, uma vez que a Constituição Federal, no referido inciso, não se utilizou do costumeiro “salvo, nos casos de.....”.

Ocorre que a concessão da referida incomunicabilidade passou em muitos casos a gerar grande prejuízo social, pois os presos utilizavam-se deste direito para repassarem comandos a seus parceiros que se encontravam em gozo de liberdade. Assim, o comando dos crimes, muitas vezes, partia das próprias unidades prisionais.

Tal princípio foi relativizado em uma situação especial, quando “Fernandinho Beira Mar”¹⁵⁵, aproveitando-se das visitas de seus advogados – as quais somaram o número de 19 em um único dia e por advogados distintos – enviava comandos aos seus comparsas.

¹⁵⁵ “Fernandinho Beira Mar”, como é do conhecimento de todos, era o chefe de uma de umas das maiores quadrilhas ligadas ao tráfico de drogas ilícitas.

De tal sorte, não se pode admitir qualquer afirmação de que os princípios devam ser aplicados de forma absoluta, mesmo os de maior relevância podem se deparar com situações que permitam sua relativização, o que não pode ser visto de forma diferente em relação ao princípio da segurança jurídica.

Felizes são as linhas escritas pelo professor Humberto Theodoro Júnior¹⁵⁶ ao afirmar que nenhum princípio no campo do Direito, nem mesmo nos domínios constitucionais, pode ser visto e aplicado em absoluto. Inclusive, o autor, menciona que, apesar da segurança jurídica merecer a qualificação natural e necessária ao Estado de Direito Democrático, não escapa da relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito.

Muitos não têm visto com bons olhos a relativização do princípio da segurança jurídica, pois é um passo, ou melhor, pode ser a própria aceitação da relativização da coisa julgada e daí do Estado de Direito.

Um pouco de razão assiste aos que defendem essa postura conservadora. Temos que entender a inquietude e o temor, mas não poderemos concordar de forma absoluta, pois a relativização da coisa julgada levaria à incerteza, a qual é incompatível com o Estado de Direito. Mas ao aceitarmos a coisa julgada com força de inalterabilidade em todas as situações, estaríamos, talvez, privilegiando o caráter formal em desprezo ao material, o que não parece ser possível, principalmente quando falamos de segurança jurídica objetiva.

Muitas vezes, podemos nos deparar com decisão judicial transitada em julgado onde não cabe mais o recurso. Porém, de forma cristalina, aquela decisão não está traduzindo a verdadeira aplicação da justiça material. Permitir a execução de uma decisão que levará prejuízo incontestado à parte executada, não é promover a justiça material, não é promover o Direito, mas simplesmente privilegiar a forma e esvaziar o verdadeiro sentido do Direito.

¹⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A Onda Reformista do Direito Positivo e Suas Implicações Com o Princípio da Segurança Jurídica. Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais.v. 58, n. 1. Janeiro/Março de 2006. Belo Horizonte. 2006.

Seria a aplicação de uma das célebres frases de Eduardo Couture "*LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça*".

Claro que não podemos, a partir dessa premissa, instaurar uma insegurança ou ainda negar a existência da força da coisa julgada, o que seria absurdo.

Como bem assevera o Professor Humberto Theodoro Júnior¹⁵⁷ em exposição sobre o tema.

“Não é - repita-se – por arbitrária opção legislativa que se pode invadir e quebrar a segurança jurídica. A proteção da segurança jurídica só se esvai quando se depara com a necessidade de proteção de outros princípios classificados como supremos na estrutura do Estado de Direito Democrático. Posto que fundamental para a existência efetiva de um Estado de Direito, a segurança não tem proteções para prevalecer sobre os elementos que lhe caracterizam a estrutura e a essência. É que dentro da ordem de valores constitucionais, existem, naturalmente, aqueles que, em certas situações, hão de preferir a segurança jurídica”.

De toda sorte, concluímos que para verificar a presença do interesse público necessário se faz que o Estado propicie aos cidadãos a segurança jurídica em suas relações, sendo à presença desta, condição necessária à consecução do interesse público.

¹⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A Onda Reformista do Direito Positivo e Suas Implicações Com o Princípio da Segurança Jurídica. Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais.v. 58, n. 1. Janeiro/Março de 2006. Belo Horizonte. 2006. p. 48.

CAPÍTULO VI
PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

6.1 UMA INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

O homem, como bem já asseverou o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, além de necessitar de uma estabilidade em suas relações – afirmação que o mesmo faz ao explicar o princípio da segurança jurídica – necessita de algo, além disso, pois precisa planejar seu futuro, sua vida. Assim, muitas vezes se priva de gozar um benefício ou um direito para que no futuro venha a gozá-lo de outra maneira que entenda e eleja de melhor proveito.

No entanto, não raro, é surpreendido por uma alteração na legislação que inadvertidamente faz desaparecer tal direito, frustrando os planos de toda uma vida e deixando-o desamparado. Ao clamar em juízo por proteção, depara-se com jargões conhecidos, mas nem sempre explicados e justificados, tais como: “Não há direito adquirido ao regime jurídico único”, “não há direito adquirido a não tributação”, “no presente caso não há direito adquirido e sim um expectativa de direito”.

Nessa esteira, como, por força constitucional, cabe ao Poder Judiciário “dizer o direito”, ficam, muitas vezes, os cidadãos com um sentimento que não se compatibiliza com o modelo de Estado de Direito delineado constitucionalmente, qual seja, sentimento de desproteção, insegurança, fragilidade face a decisões estatais – sejam decisões na elaboração de uma lei ou na interpretação desta. Isso leva a um descrédito das instituições e à inversão de valores perigosa à manutenção do modelo constitucional de Estado de Direito.

A história, em nosso país e em vários outros, demonstra que certas decisões governamentais, sejam através de lei ou de decretos, quando permitido pela legislação, para serem mantidas e serem eficazes em relação aos seus fins, faz-se necessário cada vez mais limitar o conceito de segurança jurídica, a fim de possibilitar uma alteração no ordenamento jurídico capaz de promover a tão invocada “governabilidade”, ou o usado e abusado “interesse público”.

Na evolução dos conceitos jurídicos, o conceito de segurança jurídica vem sendo revisitado; ou, nas palavras da Professora Judith Martins-Costa¹⁵⁸, vem sendo dado a este uma re-significação que marca assim um giro hermenêutico no Direito brasileiro. Nas palavras da professora, a re-significação seria, sob o ponto de vista da teoria da linguagem, *“a passagem de um significado conotado por certo signo lingüístico a um outro significado, ocasionando a mudança de seu valor semântico, sem alteração, contudo, no valor facial do signo”*¹⁵⁹.

De fato, é incontestável a modificação que o conceito de segurança jurídica vem sofrendo, porque conforme já deixamos aclarado acima, o que, de fato, a sociedade deseja é não só uma estabilidade nas relações jurídicas já encerradas, mas também a possibilidade de planificar, planejar seu futuro.

A professora aponta uma decisão judicial, na qual o princípio da segurança jurídica vem proteger uma situação jurídica ainda não exaurida, ou, em outra palavras, vem proteger uma “expectativa de direito”, sendo esse talvez o grande clamor social, mas desde que haja temperos, conforme exporemos adiante.

Traz à baila uma decisão do Ministro Gilmar Mendes, a qual em Recurso Extraordinário, concedeu o direito de uma estudante concluir seu curso de graduação em prestígio ao princípio da segurança jurídica.

Na verdade, o processo tem o seguinte objeto: a autora ingressou com Mandado de Segurança a fim de ter assegurada sua vaga na UFRGS, uma vez que era estudante de outra Universidade Federal, mas por motivos de concurso público em uma Empresa Pública, foi obrigada a mudar o domicílio para o Rio Grande do Sul.

Em apertada síntese, a autora logrou êxito em primeiro grau. No entanto, quando do recurso para o Tribunal Federal, a decisão foi modificada sob o

¹⁵⁸ A Professora Judith Martins-Costa, escreveu o presente texto “A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os estado e o cidadão”, como texto integrante da obra coletiva em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva, sob a coordenação do Professor Humberto B. Ávila, com o título Almiro Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. Texto disponível na Internet.

¹⁵⁹

fundamento de que a condição de empregada pública não lhe assegurava tal direito, sendo este apenas aplicável aos servidores públicos.

Como tinha logrado êxito em primeiro grau e já fora determinada sua matrícula, bem como todos os atos necessários aos cumprimentos dos créditos, no momento em que a ação estava tramitando, a autora concomitantemente cursava a universidade. Com a decisão do Tribunal Federal em segundo grau, tal direito, porém, não lhe assistia mais.

É relevante ressaltar que na época da propositura da ação, a autora cursava o 4º período e quando o processo chegou ao STF, em recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo da decisão do TRF, a autora já cursava o 8º período do curso.

Levando em consideração esses dados, o Ministro Gilmar Mendes, repete-se, em prestígio ao que denominou no presente caso de princípio da segurança jurídica, concedeu efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário e assim a autora, sem qualquer prejuízo, terminou o curso universitário. O fato da impetrante não ter ainda concluído o curso, não foi óbice para se respaldar o entendimento do Douto Ministro.

Decidiu o Ministro Gilmar Mendes sob a seguinte fundamentação:

“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.

Tendo em vista todas essas considerações e a particular situação jurídica da ora recorrente, prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS (conforme consta nas razões recursais, em outubro de 2002, a requerente cursava 8º semestre), defiro a tutela cautelar, ad referendum da 2ª. Turma, para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, até o seu final julgamento nesta Corte.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ver a decisão do Ministro Gilmar Mendes

Apesar de não concordarmos com a decisão do insigne Ministro, por entender que a autora efetuou sua matrícula com base em uma decisão judicial ainda frágil, pois se encontrava passível de recurso, assumindo desde então o risco de uma decisão final desfavorável. Mas, para o presente estudo, não haverá qualquer prejuízo à discordância da decisão judicial, porque o que se deseja dela é demonstrar a re-significação dada ao princípio da segurança jurídica, que no presente caso, não veio a proteger direito adquirido, nem ato jurídico perfeito, tampouco coisa julgada, mas vindo apenas proteger uma expectativa de direito.

Essa re-significação só pode ser mensurada ao revisitarmos o conceito de segurança jurídica como o desejado pela sociedade e não o conceito jurídico, muitas vezes, restrito que nos é imposto por algumas decisões judiciais ou ainda por ensinamentos doutrinários de que a segurança jurídica apenas protege o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, bem como o direito adquirido.

Na verdade, não existe um conceito fechado do que vem a ser segurança jurídica. Para provar tal afirmação, basta lembrar que o mesmo Ministro que entendeu no caso narrado haver a segurança jurídica, não conseguiu enxergá-la quando o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o desconto previdenciário dos servidores já aposentados¹⁶¹.

O que, de fato, veio a ser assegurada pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir a referida decisão foi a confiança depositada pela cidadã – autora da ação na decisão estatal.

Para que haja hoje um pleno estabelecimento do Estado de Direito, faz-se necessário não apenas a segurança do direito adquirido, mas também dos atos que serão feitos pelo Estado, os quais, em contrapartida, concedem aos cidadãos uma expectativa de direito, que, nas palavras do saudoso Professor Geraldo Ataliba, se traduz em uma confiança assegurada pela previsibilidade da ação estatal.

¹⁶¹ Faço questão de registrar minha admiração pessoal às lições do Ministro Gilmar Mendes, detentor de grande e preciosas lições, donde sempre que necessito vou saciar um pouco a minha sede de saber, e obtenho inúmeras vezes respostas para questionamentos que parecem insolucionáveis. Entretanto, até a presente data, custa-me a crer que o posicionamento pela constitucionalidade da EC conte com o voto do insigne e magnífico ministro.

“A previsibilidade da ação estatal decorre do esquema de constituição rígida, e representatividade do órgão Legislativo asseguram aos cidadãos, mais do que os direitos constantes da tábua do art. 153, a paz e o clima de confiança que lhe dão condições psicológicas para trabalhar, desenvolver-se, afirmar-se e expandir sua personalidade.”¹⁶²

Tal ensinamento do Douto Professor se encaixaria de forma primorosa em uma situação que se percebe na vida dos servidores públicos brasileiros, na qual não se conseguia utilizar o conceito de segurança jurídica por inexistência de direito adquirido, mas, ao mesmo tempo, se queria promover a justiça material.

Nessa situação, o princípio da segurança jurídica não conseguiu, a priori, obter um conceito tão elástico e proteger os anseios de um grupo social.

Tal situação ocorreu com os servidores públicos federais, que passaram toda sua vida planejando uma aposentadoria *temperana*, com a certeza de que se não gozassem suas férias e nem gozassem suas licenças-prêmios, poderiam efetuar a contagem em dobro de tais períodos para efeito de aposentadoria.

Ocorre que, de forma abrupta e inadvertida, foi editada a Emenda Constitucional 20, a qual, entre outras proibições, vedou a contagem de qualquer tempo de contribuição fictício. Tal vedação surtiu como o efeito de um “balde de água fria” naqueles que se beneficiariam com a contagem em dobro.

Muitos tinham planejado e idealizado, durante anos a fio, o “dia de sua aposentadoria” e para que esse dia logo chegasse, abriam mão de férias, licenças-prêmios, entre outros direitos para obtenção de uma aposentadoria mais cedo. Porém, transformou-se em um grande sonho - ou pesadelo - com o advento da prefalada Emenda Constitucional.

Podemos falar em pesadelo, porque, quando de sua edição, o primeiro posicionamento que surgiu foi o de que o princípio da segurança jurídica não protegia expectativas de direitos e tão somente direitos adquiridos, logo os

¹⁶² ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1985. pág. 142.

servidores que à data da Emenda Constitucional não tinham tempo suficiente para a aposentação não poderiam fazê-lo no futuro, ou seja, a partir da data da Emenda Constitucional 20, não era possível utilizar a contagem de qualquer tempo fictício.

Tal corrente massacrou planos e expectativas de servidores que, muitas vezes perduraram durante mais de 25 anos trabalhando de forma contínua, gozando apenas de feriados e “emprensados”, para adquirirem aposentadoria de forma mais rápida. Logo não há como negar que esse primeiro entendimento fere assim a essência do direito, qual seja, a promoção de uma justiça material.

No entanto, essa era apenas uma das correntes que se formaram à época, porque não tardou a aparecer uma segunda corrente que, acolhendo entendimentos do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários de números 82.881, 82.883, 85.218, 87.730, veio prestigiar tais entendimentos, passando a proliferar que o direito à contagem de tempo de serviço é inconfundível com o direito à aposentadoria e poderia ser adquirido independentemente do cumprimento necessário à aposentação.

O Supremo Tribunal Federal, nos casos referidos, entendeu por bem não invocar o princípio da segurança jurídica. Entendemos que assim o fez porque de fato não havia direito adquirido à aposentação, e como tal princípio comumente só se utiliza para proteção a direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada, não encontraria terreno fértil sob tal ótica, e exigiria uma re-significação, a qual suscita um raciocínio intelectual, muitas vezes, não alcançável ou desejável por todos.

No entanto, apontamos que, se ao invés do princípio da segurança jurídica no sentido restrito que se tem conhecido comumente no Brasil, fosse nos presentes casos privilegiado o princípio da confiança legítima que o servidor depositou durante toda sua vida funcional na Administração Pública, poder-se-ia resolver a pendenga judicial de forma mais simples, no entanto sobre uma ótica totalmente diversa.

Não há qualquer dúvida de que o servidor, nos referidos casos, confiou no Estado e na legislação estatal. Tal confiança planificou sua vida, porque deixou de

gozar suas férias e suas licenças prêmios, a fim de se aposentar mais cedo. Houve a confiança, e isso é incontestado.

O que nos resta saber é se o princípio da confiança legítima é agasalhado em nosso ordenamento constitucional, bem como fazer uma delimitação de seu conceito e os temperos necessários para sua aplicação.

6.2 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ALIENÍGENA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não há qualquer dúvida de que o princípio da proteção da confiança legítima encontra suas bases no direito público alemão do pós-guerra. O Professor J. Schwarzes¹⁶³ escreveu que “o princípio da proteção da confiança legítima, como princípio autônomo de direito administrativo e constitucional, se destaca mais claramente”.

O professor Franck Moderne¹⁶⁴ afirma que a literatura alemã consagrou a *Vertrauensschutz* como sendo o princípio que mais enriquece as decisões proferidas pela Corte Constitucional de Karlsruhe e pela Corte Administrativa Federal.

Vertrauensschutz, na verdade, significa, no direito alemão, o princípio da proteção à confiança, ao passo que *Rechtssicherheit* diz respeito ao princípio da segurança jurídica.

O Professor Almiro do Couto e Silva¹⁶⁵, que também afirma ter o referido princípio seu berço de ouro no direito germânico, faz uma distinção bastante interessante e peculiar sobre os institutos acima declinados no direito germânico nos seguintes termos:

“No direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, (segurança jurídica) (Rechtssicherheit) é expressão que geralmente é designada a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o princípio da segurança jurídica, enquanto a parte subjetiva é identificada como proteção à confiança (Vertrauensschutz, no direito germânico) ou proteção à confiança legítima (no direito comunitário europeu), ou respectivamente princípio da proteção à confiança ou princípio da proteção à confiança legítima.”

¹⁶³ SCHWARZE, J. Droit administratif européen, Bruylant, Bruselas, 1994, t. II, pag 913.

¹⁶⁴ MODERNE, Franck. Principios Generales Del derecho Público. Editorial Jurídico de Chile. Santiago. 2005 p. 261.

¹⁶⁵ COUTO E SILVA, ALMIRO. 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 Artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). Revista Eletrônica do Direito do Estado. Número 02, Abril/Maio de 2005. Salvador.

A distinção feita pelo autor entre uma parte objetiva e outra parte subjetiva, nos leva a esclarecer presente trabalho algumas diretrizes conceituais de objetividade e subjetividade.

José Guilherme Giacomuzzi¹⁶⁶, utilizando-se dos ensinamentos do Professor Tércio Ferraz, infere que o direito é um fenômeno objetivo, não pertencendo a ninguém. É um dado cultural, que se compõe de normas e instituições, mas é também subjetivo, no sentido de que faz seus sujeitos titulares de poderes, direitos, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações.

Ensina o autor que o elemento subjetivo encontra-se ligado à vontade, ao psicológico, em oposição ao objetivo, que, de forma adversa, encontra-se ligado ao oposto de tudo isso.

Por isso, ao traçarmos um paralelo, poderíamos afirmar que a proteção à confiança legítima é o lado subjetivo da segurança jurídica. Nas palavras do professor Almiro do Couto e Silva, é exatamente o reflexo da vontade, do psicológico encontrado na relação jurídica, ainda mesmo que não exaurida. Ao passo que o objetivo, “a segurança jurídica”, independeria da vontade ou do psicológico das partes, mas sim da situação que concretamente se apresentasse.

Por conseguinte, a segurança jurídica viria a proteger de fato o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ao passo que a confiança – claro que dentro de certos temperos – serviria para proteger a expectativa de direito, mas não qualquer expectativa, mas aquela que fosse advinda da prática de um ato que se encontrasse respaldado por uma “certeza governamental” ou “permissão governamental”.

Existem várias correntes a respeito do berço do princípio da confiança legítima na Alemanha. A primeira afirma que o mesmo deriva de uma inteligência retirada dos artigos 20 e 28 da Constituição Germânica que retrata e desenha o Estado de Direito, sendo o referido princípio a base de todo modelo de Estado. Para

¹⁶⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública. Malheiros. São Paulo. 2002.

essa corrente, todavia, situa-se a confiança legítima sendo apenas uma faceta deste Estado de Direito.

No entanto, uma segunda corrente, que assegura a autonomia do princípio da confiança legítima, o deduz do Estado Social e da proclamação que é feita pela Constituição Germânica dos Direitos Fundamentais (artigos 2-1 e 14-1 da Lei Fundamental de Bonn)¹⁶⁷.

Ao despeito disso, a Corte Constitucional, ao invocar o princípio da proteção à confiança legítima, retira-o da noção do princípio da segurança jurídica de forma mais usual, mas mesmo assim lhe concedem local privilegiado de princípio constitucional.

Após seu aparecimento no direito germânico, esse princípio foi incorporado rapidamente pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, podendo, assim, exercer uma influência direta no direito de cada país integrante daquela Corte, encontrando maior ou menor resistência nos países integrantes.

O professor Franck Moderne¹⁶⁸ afirma ter sido uma sentença prolatada em 12 de Julho de 1957 pela Corte de Luxemburgo – *Alegera c. Assemblée commune de la CECA* – uma das primeiras manifestações ao princípio da confiança legítima nas estabilidades. Em tal decisão, afirmava-se que poder-se-ia retirar os atos administrativos eivados de vícios insanáveis, mas desde que se salvaguardasse a confiança legítima e a estabilidade criada pela situação.

Apesar de não trazer à baila a referida decisão, o Professor Almiro do Couto e Silva afirma que o princípio da confiança legítima se consolidou no direito alemão entre os anos de 1957 e 1978¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MODERNE, Franck . *Princípios Generales Del derecho Público*. Editorial Jurídico de Chile. Santiago. 2005 p. 262.

¹⁶⁸ MODERNE, Frnack. *Principios Generales Del Derecho Publico*. Editorial Jurídica Del Chile. Santiago Del Chile. 2005.

¹⁶⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. . *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Revista de Direito Público n.84. São Paulo. 1984.

Para tanto, o referido professor cita uma decisão do TRIBUNAL Administrativo de Berlim, datada de 14 de novembro de 1956 e confirmada por acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BvenwGE)¹⁷⁰ em 15 de outubro de 1957. O caso analisado pela justiça alemã tratava de um benefício que fora concedido a uma viúva de funcionário alemão, caso a mesma se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental. Tendo a viúva aceitado a transferência e começado a perceber a referida vantagem durante um ano, ao cabo desse tempo, tal benefício lhe fora suprimido sob o argumento de ter sido concedido de forma ilegal (o vício que se alegava era um vício de competência, o que de fato ocorrera). Ao fazer um sopesamento entre o princípio da legalidade e o da confiança, entendeu-se que este prevalecia sob aquele, mantendo os benefícios para privilegiar a confiança legítima que a viúva depositara no Estado.

Para consagrar de vez o princípio da confiança legítima no ordenamento jurídico alemão, a lei do processo administrativo germânico veio expressamente apresentar tal princípio, não tendo, à época, grande repercussão, haja vista sua tranqüila aceitação desde a década de 50, conforme ensina Otto Bachof.

Fazendo um paralelo com o nosso direito, poderíamos citar a lei do processo administrativo federal que data do ano 1999, que expressamente exige a motivação dos atos administrativos, não sendo recebido como novidade no meio jurídico, porque tal princípio ou obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos já vinha se pacificando na doutrina, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, com as palestras e ensinamentos da Professora Lúcia do Valle Figueiredo.

O princípio da confiança legítima foi transpassado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia ao Direito Comunitário jurisprudencial, onde se inscreveu rapidamente aos princípios gerais.

Na ótica do referido professor, a consagração do princípio na comunidade européia se deu com a sentença proferida em 05 de junho de 1973, em um litígio

¹⁷⁰ COUTO E SILVA, Almiro. . Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público n.84. São Paulo. 1984.

entre um funcionário e uma instituição da comunidade. Tal conflito requereu que fosse implementado o artigo 65 do estatuto que previa a revisão anual de sua remuneração.

Mas, sem dúvida, assegura o professor que o maior impacto do princípio da confiança legítima tem sido exercido sobre os direitos dos Estados membros da comunidade Européia nas suas relações tributárias.

Ao fazer uma comparação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança legítima, o professor Franck Moderne¹⁷¹ pondera:

“O princípio da segurança jurídica tem um alcance mais extenso e potencialidades de aplicação mais diversa que o princípio da confiança legítima. Este último se considera, especialmente, a um recurso subjetivo, a confiança justificada do sujeito de direito e a estabilidade e a previsibilidade das normas e dos comportamentos das autoridades públicas, ao passo que segurança jurídica se assenta sobre critérios objetivos”.

No direito francês, ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da confiança legítima não teve seu reconhecimento de plano.

Utilizam sempre os franceses do entendimento de que, para ser recebido um princípio no direito interno – mesmo que esse seja incontestado no direito comunitário - deve ser antes reconhecido pelas autoridades internas competentes.

A hostilidade na França chega a ser tão grande que em algumas decisões judiciais chegam os juízes constitucionais a fazerem a seguinte afirmação:

¹⁷¹ MODERNE, Franck. Principios Generales Del Derecho Publico. Editorial Jurídica Del Chile. Santiago Del Chile. 2005 pag.270.

“Nenhuma norma constitucional garante um princípio chamado de confiança legítima”.¹⁷²

No entanto, decisões como essa vêm perdendo terreno a cada dia, Inicia-se um novo tempo no direito francês que, apesar de não agasalhar o princípio da confiança legítima nas dimensões que lhe foram dadas pelo direito alemão e comunitário, vem pouco a pouco fazendo um discreto reconhecimento deste.

¹⁷² Decisão n. 96-385 DC de 30 de dezembro de 1996. Fonte MODERN, Franck. *Principios Generales Del Derecho Público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago Del Chile. 2005.

6.3 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO

Ainda na década de 80, sobre a égide da Constituição de 1967/69, Geraldo Ataliba¹⁷³ ensinava que a previsibilidade da ação estatal é uma decorrência lógica de uma Constituição rígida e ainda da representatividade dos cidadãos nos órgãos Legislativos.

Uma vez que se instauram instituições republicanas, adverte o professor que se cria uma incompatibilidade com surpresas, assegurando assim uma completa previsibilidade da ação estatal pelos administrados e administradores.

Na visão do professor, se o Legislativo é composto por representantes do povo, que recebem uma “procuração” para editar leis de acordo com a vontade deste mesmo povo, o poder deste emanará¹⁷⁴, sendo impossível assim o próprio povo se surpreender, pois o legislador representa os seus desígnios.

Na nossa Constituição cidadã, que tem por objetivo explícito um modelo protecionista, o princípio da confiança legítima pode ser retirado facilmente de vários incisos constitucionais, mas, sobretudo, em um de seus fundamentos previstos no artigo 1º, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

É de se reconhecer que hoje há uma tendência dita por alguns como “exacerbada” em utilização do “princípio da dignidade da pessoa humana” pelos doutrinadores.

Não comungo com tal pensamento, posto não ser a dignidade da pessoa humana um princípio, mas sim um fundamento, além disso, como tal, não é passível de sopesamento.

Entendo, não por uma interpretação teratológica ou que exija um grande esforço, apenas por uma simples leitura do texto constitucional, que a dignidade da

¹⁷³ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. Editora Revista do Tribunais. São Paulo 1985. p. 144.

¹⁷⁴ O poder emana do povo é inclusive uma dos primeiros reconhecimentos da Constituição Federal de 1988 feito de forma expresso, e sem qualquer contestação.

pessoa humana como fundamento não pode ser relativizada, mas sim deve ser o ponto final da ação estatal.

Assim, não há espaço nem no mundo fenomênico, nem no mundo das idéias para uma situação onde caiba a preservação da dignidade da pessoa humana com a ausência de previsibilidade estatal.

Outro instituto revisto na Constituição Federal de 1988 que induz à presença do princípio da confiança legítima em nosso ordenamento é o Estado Democrático de Direito.

Já esclarecemos que o Estado de Direito, na verdade, necessita da presença da segurança jurídica. Mas esta, delineada como condição necessária ao estabelecimento do Estado de Direito, não tem um conceito fechado, muito pelo contrário, é detentora de um conceito permeável, que a induziu a uma re-significação¹⁷⁵ periódica capaz de fazê-la evoluir, sendo vedado seu retrocesso.

O próprio princípio da legalidade não vem desempenhar um papel menos importante na consolidação do princípio da confiança legítima, uma vez que o administrado só se encontra obrigado a fazer o que a lei determinar, não estando sujeito a devaneios inesperados do administrador público que, por vezes, se utiliza de medidas provisórias para realizar seu grande sonho de deter todo o “poder”.

O Professor Humberto Theodoro Júnior¹⁷⁶ reconhece a existência, em nosso ordenamento jurídico, do princípio da confiança legítima, ao afirmar que vários autores dividem o princípio da segurança jurídica em dois subprincípios ou dois sentidos. O primeiro sentido seria o da segurança jurídica, o qual derivaria da previsibilidade das decisões que vão ser tomadas pelos órgãos, e o segundo traduz a estabilidade das relações jurídicas já definitivas.

¹⁷⁵ Necessário ser revisto o conceito de re-significação dado pela Professora Judith.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Onda Reformista do Direito Positivo e Suas Implicações com O Princípio da Segurança Jurídica. Texto extraído da Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais v. 58. n.01 Janeiro/Março de 2006. Belo Horizonte. 2006.

Observando o posicionamento do autor, podemos assegurar que, quando menciona a previsibilidade das ações do Estado – aqui entenda-se Estado legislador, executor e julgador – o mesmo refere-se à proteção que os cidadãos detém sobre o seu futuro sobre os rumos a serem tomados e a possibilidade de optar corretamente dentre situações concretas, confiando no que o Estado fará no futuro. Isso nada mais é do que proteger as expectativas de direito do cidadão. Porém não se desconsidera, em nenhum momento do presente trabalho, a impossibilidade de alterações no ordenamento jurídico.

A confiança que os cidadãos depositam no Estado, no sentido de não haver alterações legislativas abruptas, é um reflexo direto da democracia¹⁷⁷, constituindo o fundamento moral da democracia representativa (que começa com o mandato dos eleitores aos eleitos) e se propaga como fundamento de todas as relações travadas pelos cidadãos e os poderes públicos. Na verdade, esta visão de Willy Zimer é uma revisitação do que já fora afirmado pelo professor Geraldo Ataliba quase 20 anos antes.

A Professora Odete Medauar¹⁷⁸, fazendo uma distinção entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança legítima, afirma que *“apresenta-se mais ampla que a preservação do direito adquirido, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessa ou compromissos da Administração, que geram, no cidadão, esperanças fundadas.”*

Daí se poder assegurar que o princípio da confiança legítima é um verdadeiro plus à segurança jurídica, como é normalmente conceituada no direito brasileiro, pois a proteção à confiança ingressa no psicológico do administrado como algo não criado por um delírio seu, mas por uma “promessa” feita pelo Estado através de uma lei.

¹⁷⁷ Essa é a visão de Willy Zimmer que pode ser extraída do Relatório na XV mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro de 1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. In: Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999 Paris. Econômica, 2000.

¹⁷⁸ MEDAUAR, Odete. “Segurança Jurídica e Confiança Legítima” na Obra: Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem a Almiro do Couto e Silva. Coordenado por Humberto Ávila. Malheirios. São Paulo. 2005.

Quando falamos em uma “promessa”, poderíamos aqui esclarecer que ela seria exatamente as considerações que antecedem a lei estritamente analisada, não fazendo parte de seus artigos, mas sendo os “motivos” pelos quais o Estado entendeu por bem deliberar sobre a referida matéria, estando tudo dentro de sua planificação governamental, que não pode ser também alterada sem uma justificativa razoável.

Mais uma vez, sentimo-nos obrigados a esclarecer, para que não pare qualquer dúvida, que a proteção que advém do princípio da confiança legítima, em nenhum momento quer impedir a função legiferandi do Estado, mas sim frear os abusos legislativos que vêm ocorrendo no Brasil, e em vários outros países, que já está sendo conhecido como uma “inflação” legislativa.

No Brasil, o caso torna-se um pouco pior face a possibilidade da edição de medidas provisórias, que, como testemunhamos, têm sido usadas e abusadas pelos chefes do Executivo, independente do partido político a que se encontre filiado, passando a ser uma “ideologia” presente em todos esses.

Na verdade, o que se almeja através da confiança legítima é uma confiança na lei e através dela, por ser feito um plano ou projeto de vida. É poder acreditar que aquela lei na qual os indivíduos depositam sua confiança em seu agir presente e, conseqüentemente, nas suas relações futuras, substituirá em regra. Não se deve esquecer de ter como limite “a proteção dos cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá sua peculiaridade para detectar, ou não, a confiança suscitada”.¹⁷⁹

Um exemplo bem claro que poderíamos agora trazer à colação seria a situação ocorrida no Brasil no ano de 1995, no setor de importações de automóveis, que abruptamente elevou as alíquotas do imposto de importação, ferindo toda uma política feita pelo próprio governo. Iremos analisar tal situação mais adiante.

¹⁷⁹ MEDAUAR, Odete. “Segurança Jurídica e Confiança Legítima” na Obra: Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem a Almiro do Couto e Silva. Coordenado por Humberto Ávila. Malheiros. São Paulo. 2005.

6.4 IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Até o presente momento, o enfoque dado no presente trabalho foi apenas na utilização do princípio da legítima confiança em relação a atos administrativos gerais.

Passaremos contudo a uma análise no reflexo do princípio da confiança legítima na prática de atos administrativo (decretos) e lei que tenha repercussão direta no direito tributário, como exemplo uma alíquota de imposto de importação que é alterável por decreto do Presidente da República, ou uma lei que concedeu benefícios fiscais, mas que traz uma ilegalidade em seu procedimento.

Já mencionamos no presente trabalho a política implantada pelo Presidente Collor de Melo que, a fim de promover as importações de automóveis e “abrir” o mercado, reduziu bruscamente as alíquotas do imposto de importação.

Ocorre que, como é sabido, o imposto de importação tem caráter parafiscal e por isso suas alíquotas podem ser alteradas por decreto do Presidente da República – sem haver necessidade de lei – bem como não necessita da observação do princípio constitucional da anterioridade.

Assim, feita a redução de alíquotas, o movimento do mercado sofreu brusca alteração, passou a haver grandes investimentos no comércio de veículos automotores importados, mas durante todas essas transações que somavam um grande monte financeiro, o governo, sem qualquer explicação jurídica, simplesmente cedendo a pressões de montadoras nacionais, subiu abruptamente as alíquotas do imposto de importação, instaurando o caos, pois vários automóveis já se encontravam a caminho do Brasil, prestes a efetuar o desembarço aduaneiro.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os processos que tinham por objeto a manutenção da alíquota para os automóveis que à época do novo decreto já estivessem a caminho do Brasil – esclarecendo aqueles que à época do decreto

já tinham sido comprados por empresas brasileiras (faturados), mas que ainda por motivos como o tempo necessário para transporte, não tinham chegado ao Brasil – de forma simplista - entendeu que o fato gerador somente ocorreria quando do desembaraço aduaneiro, isso todos já sabíamos.

No entanto, em votos mais detalhados e analisando os princípios constitucionais norteadores da matéria, fazendo inclusive um sopesamento, a Dra. Lúcia Valle Figueiredo, à época Desembargadora Federal, proferiu decisão no presente caso, utilizando-se dos seguintes argumentos:

**“APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 170301 - REG. Nº 96.03.004476-8
APELANTE: LEONARDO BITTAR EXP/ E IMP/ LTDA
APELADO: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)**

RELATÓRIO

A EXMA. SENHORA JUÍZA LUCIA FIGUEIREDO

(Relatora): Cuida-se de mandado de segurança impetrado, objetivando o não recolhimento do Imposto de Importação pela alíquota majorada de 70% (setenta por cento) prevista no Decreto nº 1427, de 30.03.95, incidente sobre veículo automotor importado pela alíquota de 32% (trinta e dois por cento).

Sustenta a impetrante que o veículo mencionado já se encontrava em processo de transferência aduaneira, quando da edição do referido decreto, que elevou a alíquota a 70% (setenta por cento). Assim, em se tratando de negócio jurídico já aperfeiçoado, teria direito adquirido de recolher apenas a alíquota de 32%, prevista no Decreto nº 1391, de 10.02.95.

Aduz, ainda, em abono de sua pretensão, que tal exigência fere os princípios constitucionais da segurança jurídica, da moralidade administrativa, da motivação e direito adquirido.

Indeferida a liminar a fls. 39/40, foram prestadas informações, sustentando a autoridade coatora à legalidade da exação. Alega que o despacho para consumo ainda não foi

iniciado e caracteriza-se a ocorrência do fato gerador na data do registro na repartição aduaneira.

Sobreveio sentença denegatória.

Vieram os autos a esta Corte com apelação da impetrante, pleiteando a concessão da segurança.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É O RELATÓRIO.

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 170301 -
REG. Nº 96.03.004476-8**

APELANTE: LEONARDO BITTAR EXP/ E IMP/ LTDA

APELADO: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)

VOTO

A EXMA. SENHORA JUÍZA LUCIA FIGUEIREDO: O argumento desta impetração, em síntese, cinge-se ao fato de ter o negócio jurídico de venda e compra sido concretizado antes da vigência do Decreto nº 1427, de 30.03.95, quando, então, vigia o Decreto nº 1391, de 10.02.95.

Assim, embora realizado o negócio no estrangeiro, foi ele concluído à luz das normas nacionais, que não poderiam ser alteradas para atingir negócios jurídicos perfeitos e acabados.

Ademais, embora o fato pudesse vir a ocorrer quando da entrada da mercadoria no território nacional (art. 19, CTN), a atitude Governamental estaria a infringir normas e princípios constitucionais, não podendo ser contrariados pelas definições contidas em Lei Complementar.

Por fim, aduz-se que o Decreto nº 1391, de 10.02.95, previa gradual redução da alíquota do imposto, até o patamar de 20% a ser atingido no ano 2000. Dessa forma, a majoração combatida configuraria verdadeiro “efeito surpresa”, que não se coadunaria com basilares princípios econômicos e de direito, pois, se havia previsão de redução de alíquotas, não poderia o

poder tributante pretender exigir majoração para os negócios jurídicos já consolidados.

A sentença denegou a segurança, sobrevivendo recurso.

Discordando dos argumentos utilizados pelo MM. Juiz “a quo”, entendo ser caso de acolher a pretensão da impetrante.

Com efeito, se é verdade que o artigo 153, § 1º da Constituição da República permite ao Executivo aumentar as alíquotas do imposto de importação, não menos verdade é que há outros princípios constitucionais a serem observados. A norma supra-referida é norma de estrutura, é dizer, de competência. Competência há, porém a competência como função, dever, não pode ser divorciada do restante do texto constitucional. Por isso, hei de me ater, singelamente, aos princípios vetores do ordenamento jurídico. Sobretudo ao princípio da segurança jurídica, na verdade sobreprincípio, valor primordial do ordenamento jurídico, sem o que sequer se poderia falar em Estado Democrático do Direito.

A Constituição da República expressamente refere, na Declaração de Direitos Individuais e Coletivos, traduzindo em grande parte o princípio da segurança jurídica, que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, como também a coisa julgada, por maioria de razão, devendo-se concluir o mesmo a respeito do ato administrativo, sobretudo de atos restritivos de direito.

Se isso é assim, lei alguma e menos ainda, como já afirmado, ato administrativo (decreto), poderia retirar direitos consagrados desde logo pela Lei das leis.

Assim, em testilhas põe-se, sem sombra de dúvida, o aludido Decreto majorador da alíquota sem qualquer ressalva a outros artigos basilares da Constituição, como, certamente, ao próprio artigo 174 (planejamento ***determinante para administração e indicativo para o setor privado***) e art. 37 (moralidade da Administração Pública, no qual estão albergados

a boa-fé e a lealdade). Demais disso, enfatize-se, o Decreto 1391, de 10.02.1995 previu decréscimo de alíquota até o ano 2000, enquanto que o Decreto nº 1427, de 30.03.95 majorou-a para 70%.

Na verdade, na esteira do já por nós dissertado anteriormente¹⁸⁰, cumpre lembrar que o Estado, nos termos do artigo 174 da Constituição, deve obediência a seu planejamento.

Poucas palavras devem ser ditas acerca do planejamento econômico governamental, e, especificamente dos planos incitativos. Nesses, o Governo não somente sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como, também, e, com freqüência, promessas traduzindo-se por incentivos, ou, por qualquer outra forma, para que a iniciativa privada colabore.

Nessas hipóteses, contam os administrados, que aos planos aderem, com a confiança, a boa fé e a lealdade da administração.

Portanto, se modificações houver, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

A respeito do princípio da boa-fé, Jesús Gonzales Peres, em seu "El principio de la buena fe"¹⁸¹ diz que o administrado tem o direito de confiar na Administração. Administração leal, portanto, é a que age com boa-fé

Em termos de Administração concertada, como dizem, Gordillo, Laubadere, Vidal Perdomo¹⁸² tal seja a participação do administrado nos planos, enfatizam esses autores até mesmo a responsabilidade do Estado por atos decorrentes de modificação do planejamento, sejam estes responsáveis (portanto lícitos), sejam irresponsáveis como

¹⁸⁰ Estudos de Direito Tributário, Planejamento Tributário, Malheiros Editores, 1996.

¹⁸¹ Gonzales Peres, El principio de la buena fe en derecho administrativo, Madrid, 1983.

¹⁸² Gordillo, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, Cuadernos Civitas, 1981; Laubadere, "Contratos de la Administración Pública", in *Contratos Públicos*, Universidad Nacional de Cuyo, 1986; Vidal Perdomo, *El Contrato de Obras Públicas*, Universidad Externado de Colombia, 1979.

acontece, muitas vezes, em países em que o grau de responsabilidade dos supremos governantes ainda deixa muito a desejar. E, ademais disso, em que o país, na verdade, passa a ser laboratório de experiências.

É dizer, planos são elaborados sem a necessária previsão das conseqüências, tanto assim é que são **modificados em brevíssimo prazo** levando de roldão a iniciativa privada para graves conseqüências e, em país que se diz liberal ou neoliberal.

Não se poderia justificar mudanças descriteriosas a pretexto, à invocação do *interesse público*, chamado a contexto sem qualquer suporte.

As modificações de planos, inclusive os econômicos, certamente podem e devem ocorrer, sobretudo em função de novos interesse públicos a concretizar. Todavia, é de se procurar assentar quais os limites de tais mudanças.

Em Canotilho, em trabalho de 1974,¹⁸³ *Responsabilidade Decorrente de Atos Lícitos*, vamos encontrar a seguinte passagem:

“(...) Não discutiremos aqui se o plano é uma realidade jurídica autônoma ou se não passa de um conjunto de instrumentos diversos que não ganham qualquer qualificação jurídica especial pelo facto da sua reunião.

(...) Especialmente, importa enfrentar a questão de saber qual a tutela do particular afectado pela mudança de planos econômicos à sombra dos quais tinha feito os seus prognósticos e criado situações econômicas irreversíveis.” pág. 203).

E, ainda, vai afirmar serem necessárias a proporcionalidade e utilidade da modificação. E, finalmente conclui:

¹⁸³Gomes Canotilho, José Joaquim, Responsabilidade do Estado por atos lícitos, Coimbra, Almedina, 1974.

“(...) Estas promessas podem ser medidas de direcção, originadoras de um grau de confiança e boa fé nos destinatários que os leve, ancorados na protecção administrativa, a arriscarem-se a negócios financeiramente ruinosos.

Parece-nos seguro ser de exigir à administração o exacto conhecimento das suas possibilidades a fim de evitar que, através de promessas não mantidas, leve os particulares a compromissos e a riscos que eles não dominam e que não correriam se não fossem as garantias dos entes públicos. Mas a demonstração da falta de cumprimento da promessa ou promessas será, talvez, elemento imprescindível ao desencadeamento do fenómeno indenizatório.” (pág. 208).

Trata-se, então de saber se a decisão administrativa política teria observado outros direitos igualmente protegidos constitucionalmente e, sobretudo a não retroatividade de situações consumadas.

Deveras, os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa fé são de primordial importância para verificação de ter a Administração permanecido dentro dos limites de sua competência discricionária ao tomar decisões administrativas de cunho político.

A segurança jurídica e a certeza do direito são sobreprincípios de todo Estado que se pretenda democrático de direito. Fazem, efetivamente, parte da possibilidade de existência do *due process*.

Canotilho, em sua obra já citada, faz questão de dar especial ênfase ao requisito de não retroatividade de **lei restritiva**. Que se dirá, então de ato administrativo restritivo de direitos?

Lembremos que a não retroatividade é cláusula “pétrea” da Constituição. Ou, para os que preferirem nomenclatura diversa, a **irretroatividade** integra o **cerne fixo** da Constituição.

É de se verificar, pois, se as modificações foram necessárias, coerentes, se a motivação é suficiente.

Enfrentemos o princípio da **razoabilidade**, implícito na Constituição e de cabal importância, no que concerne à intervenção do Estado no domínio econômico.

Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas, que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito.

Em síntese: a **razoabilidade** vai se atrelar à **congruência lógica** entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, isto é, à relação entre custos e benefícios.

Ao lado da razoabilidade, traz-se à colação, também, como princípio importantíssimo, o da **proporcionalidade**. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade em que as medidas tomadas pela Administração estejam na direta adequação das necessidades administrativas. Vale dizer: somente se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.

Com relação à motivação, diríamos, que cumpre dois princípios. Cumpre o **due process of law** formal - porque está expressa no texto constitucional, art. 93, X, ou implícita por força do artigo 5º, XXXV, ou, ainda do mesmo artigo, inciso LV - e cumpre o **due process of law** substancial. Sem motivação não há possibilidade de aferir-se a justiça ou a injustiça de decisão, porque não saberemos se a decisão é boa ou má.

É a motivação fundamental no tocante aos princípios constitucionais da função administrativa, algo que se nos afigura da maior relevância, mormente em face da Constituição. Assinala-se, pois, a imprescindibilidade da motivação da atividade administrativa (embora muitos autores, é verdade que atualmente já ultrapassados, a neguem asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão-somente, quando texto de lei expressamente previr). Tal seja, as modificações repentinas de planos com prejuízo devem ter fase intermediária (Canotilho).¹⁸⁴

A **motivação** será, pois, **a pedra de toque** para o controle da discricionariedade dos atos políticos de planejamento econômico com repercussão direta na atividade privada.

Estabelecidas essas premissas, que nos parecem inarredáveis, investiguemos se a decisão de elevar subitamente as alíquotas encontrou supedâneo (motivo) nos fatos. Ou, em outro falar, ainda que se justificasse a elevação das alíquotas, não seria admissível sua aplicação para as importações cujos contratos de câmbio já teriam sido concluídos.

Com efeito, a alteração das alíquotas do imposto de importação deveria estar motivada, vale dizer, a Administração, com o fim de resguardar a segurança e a certeza do direito, deveria motivar expressamente o ato para a validade da majoração, o que, refrise-se, não fez. E, não é demais afirmar, não bastaria que apenas invocasse *motivos econômicos de ordem global*, como quando majorou a alíquota do imposto de importação sobre filmes, em época passada.

Fosse pouco, mesmo que se admitisse que o fundamento da elevação era a balança comercial brasileira, que se encontrava afetada pelo número excessivo de veículos importados, ainda assim pecou a Administração, pois se corretamente o Decreto nº 1391/95, em seu artigo 3º, assegurou

¹⁸⁴Canotilho, Responsabilidade por atos lícitos.

tratamento tarifário diferenciado aos veículos já embarcados no exterior até a data anterior à da sua publicação, o mesmo não se verificou quando do Decreto nº 1427/95.

É dizer, se o imposto de importação tem o objetivo de regular a política cambial, na verdade regular a balança comercial, não pode adquirir caráter eminentemente arrecadatório, vale dizer, pretender que atinja mercadorias já embarcadas.

No mais, há de se indagar se a elevação de alíquota observou os ditames estipulados pelo MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), isto é, se poderia a República Federativa do Brasil, unilateralmente, modificar alíquotas sem violar o Tratado.

Portanto, concluindo:

1. Havia competência constitucional para alterar as alíquotas de importação, *ex vi* do art. 153, parágrafo 1º, porém desde que observados outros princípios constitucionais e sobreprincípios.

2. Pode haver modificações de planos econômicos, desde que devidamente motivadas e que **não atinjam situações consumadas**, ao abrigo de planejamento anterior.

3. A motivação será absolutamente necessária para se aferir a licitude e/ou ilicitude de ditas alterações, e, evidentemente, deverá guardar total coerência lógica com o fato que a provoca e a atitude administrativa tomada. Portanto, preservar a balança comercial é dever do Executivo, porém o atingimento de contratos já efetuados, onde já houve, portanto, o gasto de dólares em nada interfere com a dita preservação. Apenas, e tão-somente, serve à arrecadação, que não teria sido a finalidade da majoração da alíquota.

Utilizou-se, pois, em nítido descompasso com o direito administrativo, de um instrumento por outro.

4. No direito tributário a segurança jurídica, a lealdade e a boa fé são essenciais e, muito embora não expressamente prevista, a segurança jurídica no texto constitucional é esta

princípio inerente a qualquer ordenamento, que pretenda ser verdadeiramente um Estado de Direito.

Deixo, pelas razões arroladas de examinar o momento da ocorrência do fato imponible do imposto de importação, já por si também controvertido, tendo em vista ser esta questão subalterna em face dos superiores princípios constitucionais.

Posto isso, por meu voto, dou provimento à apelação, reformando, destarte, a sentença monocrática.

É COMO VOTO.”

Fizemos questão de transcrever o voto da Doutora Lúcia Valle Figueiredo na íntegra, porque a Douta Desembargadora de forma irretocável, viaja pela Constituição Federal, tecendo uma teia principiológica na qual fica impossível efetuar um rasgo e contra argumentar sua tese. Podemos inclusive afirmar que essa é uma das poucas vezes, no direito, em que não vemos a possibilidade de contra-argumentação.

Por isso o Superior Tribunal de Justiça teve que ser simplista, “fechando os olhos” a tudo que foi dito e dar uma decisão, data máxima vênica, sem qualquer motivação inteligente, sustentada em uma premissa sabida, mas que não satisfaz ao caso em lide.

A teia principiológica tecida pela Douta Julgadora invoca o princípio da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, lealdade, razoabilidade, proporcionalidade, mas é de ressaltar que a mesma não utilizou a nomenclatura princípio da confiança legítima. Inclusive, já chamamos a atenção de que, mesmo sendo a única administrativista brasileira a mencionar tal princípio em seu Curso de Direito Administrativo, não dá a devida classificação.

O STJ demorou tanto tempo para dizer o que todos já sabíamos, pois não é qualquer novidade que o desembaraço aduaneiro é o momento do fato gerador, com isso é pacífico, mas sendo esse o momento do fato gerador em privilégio ao

princípio da confiança legítima, não deveria ser aplicada a alíquota anterior sem a majoração.

O entendimento que prevaleceu à época foi de o que não havia direito adquirido, logo não há que se falar em segurança jurídica. De fato não há, basta fazermos uma análise objetiva.

Mas, inegavelmente, se fizermos uma análise subjetiva, que conforme já descrevemos, envolve aspectos da vontade bem como psicológicos, essa “expectativa de direito” merece ser protegida em um Estado Democrático de Direito, e tal proteção no seu ângulo subjetivo pode se dar pelo princípio da proteção da confiança legítima.

Não se pretende fazer aqui apologia à imutabilidade do ordenamento jurídico, nem muito menos uma campanha contra a natureza jurídica dos impostos parafiscais, longe disso. O que se enseja é afirmar que em um Estado Democrático de Direito, o Estado não pode ao seu bel-prazer, utilizando-se do nome iuris de discricionariedade, abusar de sua posição privilegiada e vir repisando em planos, sonho e desejos legalmente exercidos pelos seus administrados.

Claro que a nova alíquota deve ser respeitada, mas é preciso levar em conta que, no mundo fenomênico, a compra de um automóvel em outro continente demanda um prazo razoável entre o pedido e a entrega que se dá por via aquática.

E os investidores devem assumir o risco do mercado? Numa resposta rápida e simplista, sim. Mas, no caso em tela, as considerações do decreto que reduzia as alíquotas dos impostos, comprometia-se a uma política de importações por um longo prazo, o que não ocorreu.

Um outro ponto de suma relevância que deve agora ser abordado é a hipótese de haver sido concedido um benefício fiscal por lei e por prazo certo e em função de determinadas condições, ou seja, preenchendo-se os requisitos da lei, poder ser revogado? Ou ainda, se não tiver sido concedido por lei – como é determinado – será essa condição suficiente para revogação?

Perguntas como essas são feitas a título de provocação por Humberto Ávila¹⁸⁵, o qual, em excelente trabalho, traz seu brilhante posicionamento do qual esposamos com alguns comentários que entendemos ser necessários.

Apesar da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, que possibilita a anulação dos atos administrativos pela Administração Pública, tal entendimento tem sofrido temperos, exatamente por estarmos no tão falado Estado de Direito, onde se assegura o “*due process of law*”.

Como é sabido, os atos administrativos – todos eles, inclusive sendo o único atributo que se encontra indistintamente em todos os atos administrativos – gozam da presunção de legalidade. Ora, se temos no mundo jurídico um ato administrativo, presume-se este legal, ficando o administrado até sua retirada em caso de invalidade, obrigado a obedecê-lo e sujeito aos seus efeitos.

De tal sorte, tendo este a presunção de legalidade e estando o administrado no caso de um ato ampliativo recebendo as benesses que são conseqüência deste, não há no Estado de Direito qualquer impedimento de se admitir sua retirada sem a ouvida da parte interessada. Em outras palavras, sem ser instaurado o devido processo legal, conforme preleciona Humberto Ávila:

“O princípio do devido processo jurídico serve de instrumento para a proteção dos bens jurídicos abrangidos pelos direitos fundamentais, na medida em que exige procedimentos adequados para a sua defesa. Os procedimentos necessariamente variáveis de acordo com o contexto, dependerão dos interesses envolvidos, em virtude dos quais será possível averiguar os melhores meios para sua ponderação”¹⁸⁶

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio 2002. Disponível na Internet: direitopublico.com.br. Acesso em 01 de Junho de 2006.

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio 2002. Disponível na Internet: direitopublico.com.br. Acesso em 01 de Junho de 2006.

No entanto, trago uma exceção à observância do devido processo legal. Entendo que, no caso de atos inexistentes, não há necessidade da observância do devido processo legal, por não integrarem este, dentro do conceito que adotamos, o mundo jurídico.

Esclarecemos de plano que, para o presente caso, tomamos como ato inexistente um conceito híbrido entre o conceito adotado pelo Almiro do Couto e Silva e o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tenho como ato inexistente aquele que é praticado ferindo uma vedação constitucional, ou o vício de ilegalidade é exorbitante.

Dentro do presente entendimento, quando um benefício fiscal é concedido por outro instrumento que não seja lei, o vício, além de ser grosseiro, macula frontalmente determinação constitucional, integrando dentro do conceito que esposamos o de ato inexistente, não vislumbrando a necessidade de um procedimento que assegure a ampla defesa.

Claro que o ato inexistente produz efeitos no mundo fenomênico, tanto é que estamos analisando a necessidade ou não de observar o devido processo legal para sua retirada, mas não integra o mundo jurídico por uma simples questão lógica, seu vício é tamanho que facilmente é detectado pela membrana que protege o ordenamento jurídico, a qual impede sua penetração neste. Se um dia houver a possibilidade de ingresso com a ruptura da membrana, sarjará o líquido amniótico que protege e alimenta as relações sociais, o direito.

Sendo assim, concordamos em parte com o entendimento de Humberto Ávila, que, a nosso ver, entende sempre a necessidade de observância do devido processo legal, mesmo se o benefício não tiver sido concedido por lei - determinação constitucional.

A análise feita pelo autor, de forma brilhante, apenas traz à colação jurisprudências que exigem o devido processo legal, para a retirada do mundo jurídico de atos administrativos nulos e anuláveis, pois todos os exemplos que foram

trazidos à baila não detêm vício exacerbado que possua o condão de classificá-lo como ato inexistente. Esclarece-se que neste caso dispensa-se o devido processo legal, pois o ato não integra o mundo jurídico.

6.4.1 A Boa-fé como Condição Necessária à Aplicação do Princípio da Confiança Legítima

Jesús Gonçales Pérez¹⁸⁷, em sua obra *La Dignidad de La Persona*, traz um ponto de suma relevância e interesse, qual seja, “o princípio de que a boa-fé do cidadão sempre se presume”.

Entende o insígne professor que como manifestação de respeito à dignidade da pessoa deve sempre haver a presunção da boa-fé, e como concretização desta, a presunção de inocência.

A tese defendida pelo professor encontra guarida em uma decisão judicial do Tribunal Constitucional da Espanha, datada de 1º. De Abril de 1982, sentença de n. 13/1982, que entendia da seguinte forma:

“O direito a presunção de inocência não pode entender-se reduzido ao estrito campo do juízo de condutas presumidamente delituosas, mas também deve ser entendida na adoção de qualquer resolução, tanto administrativa como judicial que se baseie na condição ou conduta das pessoas e de cuja apreciação se derive um resultado sancionatório para as mesmas ou limitativa de seus direitos.”¹⁸⁸

Na visão do autor, o direito de presunção de inocência deve acompanhar o cidadão até a sentença final, de modo que, até neste momento, não possa haver qualquer atuação da Administração no sentido de inverter o ônus da prova, ou seja, determinar que o administrado prove sua inocência ou sua boa-fé.

¹⁸⁷ PÉREZ, Jesús Gonçales, *La Dignidad de La Persona*. 1ª. Edição. Civitas. Madri. 1986, p.159- 160.

¹⁸⁸ Tradução livre de transcritos da obra citada p. 159.

Para dar maior respaldo à tese de que a presunção de inocência não se exaure no âmbito penal, o autor traz à colação parte da legislação tributária espanhola que, em seu artigo 48, assegura que “as determinações das bases tributárias em regime de estimativa direta corresponderá à Administração e será aplicada servindo-se das declarações ou documentos apresentados ou dos dados consignados nos livros e registros comprobatórios administrativos”.

Finaliza seu entendimento com a seguinte afirmação: “Se, em virtude do direito à presunção de inocência, devem presumir-se certas e feitas com a boa-fé as declarações do contribuinte, a Administração tributária deve ater-se ao contido em tais declarações, salvo se provar que houve o erro.

Donde se depreende que cabe à Administração tributária apontar e provar o erro, pois os atos dos quais emanaram as declarações apresentadas pelos administrados encontram-se jungidos de boa-fé.

Afirma ainda, em conclusão, que o direito à presunção de inocência que é retirado de todo o ordenamento jurídico tributário e não consentem que as atuações da Inspeção, no caso do Brasil, Receita Federal – órgão administrativo que exerce função instrutória no procedimento - invertam contra aquele que detém a presunção de inocência o ônus da prova.

O professor Almiro do Couto e Silva¹⁸⁹ quando prega seus ensinamentos sobre a possibilidade de convalidação dos atos administrativos, com base no princípio da confiança legítima, faz uma análise sobre a influência da boa-fé na convalidação do ato, *in verbis*.

“Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa. Assim, mesmo existente esta, se os destinatários do ato administrativo estavam de boa-fé e houve o transcurso do prazo quinquenal, sem que o Poder Público houvesse providenciado a anulação do ato

¹⁸⁹ COUTO E SILVA, ALMIRO. 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 Artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). Revista Eletrônica do Direito do Estado. Número 02, Abril/Maio de 2005. Salvador.

administrativo ilegal, configurar-se-iam todos os requisitos para incidência do art. 54 precedendo pela decadência o direito à anulação.”

Em primeira análise, afirma o professor que quando a lei de processo administrativo menciona em seu artigo 54 “salvo má-fé”, estaria a referida lei restringindo apenas a participação do administrado na prática do ato, portanto não estando em questão a má-fé da administração.

Apesar de todo brilhantismo do texto, discordamos da afirmação do professor, uma vez que a Administração Pública, através de administrador, pode estar agindo em conluio com o administrado, devendo também ser analisado o “animus” da administração.

Não obstante, aderimos ao posicionamento do professor que, alicerçado na doutrina alemã, conclui que a ausência da boa-fé por parte do administrado contamina o ato praticado, conseqüentemente não estando este protegido pelo princípio da confiança legítima.

Uma outra questão que merece ser abordada agora é se a ciência pelo administrado da ilegalidade da administração contaminaria o ato sendo assim uma excludente da aplicação do princípio da confiança.

O direito alemão – e aqui se faz necessário lembrar - o berço do princípio da proteção à confiança legítima, entende que se o administrado tinha ciência da ilegalidade do ato não poderia utilizar-se do princípio da confiança legítima como um escudo protetor a sua invalidação.

Concordamos com os argumentos da doutrina alemã, apesar de termos a mesma preocupação exposta pelo Professor Almiro do Couto e Silva.

O Douto professor entende – e com isso concordamos com ele – que, como em regra, os atos administrativos contemplam um grande número de pessoas, neste conjunto existirão níveis diferenciados de conhecimentos e informações,

tornando-se muito difícil, se não impossível, determinar quem teria conhecimento da ilegalidade, dando margem a juízos altamente subjetivos e a tratamento desiguais, o que facilmente poderia escorregar em arbitrariedade¹⁹⁰.

Não acreditamos que arbitrariedade possa existir, mas, em contrapartida, não podemos olvidar que a Constituição Federal nos assegurou um instrumento hábil para impedir seu surgimento, o Poder Judiciário na análise do caso concreto.

Por tal consideração é que não entendo que se possa afirmar e ter como regra que o conhecimento da ilegalidade pelo administrado é irrelevante na análise do caso, até porque o conhecimento do administrado da ilegalidade e o silêncio deste pode configurar a má-fé.

Um exemplo que poderia ilustrar bem a presente provocação seria o seguinte: imaginemos que um determinado Estado que tenha seu quadro de auditores fiscais dividido em técnicos em auditoria – cargo que tem como requisito básico a conclusão do segundo grau -, e o cargo de auditor fiscal – cargo que tem como requisito a conclusão de nível superior.

Em determinada época, bem após a Constituição Federal de 1988, foi editada uma lei estadual, de iniciativa do chefe do Poder Executivo, criando carreira única – o que ao nosso ver seria uma lei inconstitucional, uma vez que promovera o acesso, que já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – permitindo que os antigos técnicos em auditoria, através de promoções sucessíveis, pudessem lograr cargos iguais aos antigo auditores.

Nesse caso, é notório que os técnicos em auditoria sabem que tal lei é inconstitucional, mas mesmo assim aceitaram as promoções, seria justo virem a invocar o princípio da confiança legítima?

¹⁹⁰ COUTO E SILVA, ALMIRO. 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 Artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). Revista Eletrônica do Direito do Estado. Número 02, Abril/Maio de 2005. Salvador.

Certamente não.

Os servidores, no caso em tela, têm total ciência da inconstitucionalidade da lei, sabem inclusive que o governante praticou tal ato com intuito meramente eleitoral. Dessa forma, não vislumbro como argüir o princípio da confiança legítima.

O mesmo fundamento poder-se-ia utilizar para um preenchimento de cargo público sem concurso público posterior à Constituição Federal. Só ressaltamos aqui que, logo após a Constituição Federal, foram alguns cargos providos sem concurso público, com a extensão que hoje conhecemos. Tais provimentos foram julgados legais, porque à época havia uma grande discussão sobre a matéria, não encontrando-se pacificado o entendimento, o que não ocorre hoje.

Diante do exposto, peço vênia ao Douto Professor Almiro do Couto e Silva para discordar parcialmente de seu entendimento, mas entendemos de toda sorte o seu temor.

No entanto, temos que registrar que a jurisprudência pátria, em regra, não tem dado relevância ao conhecimento do administrado da ilegalidade praticada pela Administração, quando utiliza tal fato como excludente do princípio da confiança legítima.

Uma outra situação, muito freqüente em nosso cotidiano, que merece ser aqui visitada, é a de um administrado que tem um direito seu reconhecido por uma tutela antecipada ou por uma decisão liminar, e que, ao final do processo, obtém uma decisão contrária.

Teria esse administrado algum direito em utilizar-se do princípio da confiança legítima para pleitear a manutenção do ato administrativo?

Particularmente, firmamos entendimento de que, estando o administrado respaldado por uma decisão judicial precária, como no caso de uma liminar ou uma tutela antecipada, tem plena consciência de que o direito que exerce e pretende continuar a exercer ainda não se encontra devidamente desenhado e delimitado,

muito pelo contrário, se ingressou em juízo para fazer valer um direito é porque este provavelmente não fora reconhecido pela Administração Pública, e assim agindo assume o risco de uma decisão posterior que venha a não reconhecer o direito na forma que pleiteia.

Por outro lado, como exerceu um direito ou deixou de praticar um ato com base em uma decisão judicial, mesmo que precária, encontrava, todavia, respaldo legalmente, não podendo, quando de uma decisão final desfavorável, vir a Administração Pública lhe cobrar multa de mora no caso de pagamento de um tributo, por entender que o mesmo incorreu em mora.

Os Tribunais pátrios têm preferido manter situações ilegais, mas que ficaram provisoriamente sustentadas por decisões judiciais precárias, mesmo quando as decisões finais proferidas muitos anos depois são em sentido contrário¹⁹¹.

Corroboramos afastar tal posicionamento, pois os administrados se aproveitam da morosidade da justiça para proferir uma decisão final e constroem suas vidas em cima de uma decisão precária, alimentando sonhos e vivendo fantasias que, no fundo, sabem não poderem ao final prosperar, e que estão assumindo os riscos.

Não percebemos, nesses casos, como se invocar a teoria do fato consumado, pois os atos estão sendo praticados dia a dia, mas isso não impede que se aplique o direito posteriormente.

¹⁹¹ COUTO E SILVA, ALMIRO. 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 Artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). Revista Eletrônica do Direito do Estado. Número 02, Abril/Maio de 2005. Salvador

6.5 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E SEUS LIMITES

Durante todo o presente trabalho, tivemos a cautela de demonstrar que o princípio da confiança legítima apesar de ser um desdobramento do princípio da segurança jurídica deve ser visto de forma independente, e assim entendemos porque, repete-se, poderá haver uma limitação ao seu alcance face à compreensão bastante divulgada em nosso país de que a segurança jurídica protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

E já asseveramos que o princípio da confiança legítima tem a possibilidade de assegurar expectativas de direito, mas sempre sendo necessário fazer temperos, que poderemos chamar de limites.

O primeiro limite é que não se pretende com o presente princípio “congelar” atividade legislativa do Estado, traduzindo uma absoluta proibição deste em editar novas leis, iniciar novos planos e políticas. Jamais, até porque percebi que, desta forma, estaríamos também a macular o Estado de Direito.

O que desejamos é que o Estado mantenha uma direção única em sua conduta, promovendo assim a previsibilidade de seus atos. Um exemplo que macula tal anseio foi o trazido no presente trabalho sobre o aumento abrupto do imposto de importação. O Estado, à época, vinha afirmando em suas considerações legais que o imposto de importação, a partir do ano de 1995, iria baixar gradativamente até o ano de 2000, porém, fugindo a todas às “promessas” – que na verdade não eram promessas, mas sim planos e planejamentos a serem seguidos – alterou abruptamente a alíquota do imposto, e o pior, recebendo o referendo judicial...

Claro que existem fatores ou externalidades que poderão alterar as políticas do Estado, a fim de assegurar o interesse público ou a governabilidade. Em caso de ocorrer situações externas que sejam suficientes para alternar o planejamento Estatal, deverá haver uma regra de transição, não apenas formal, mas sobretudo material, haja vista que a função da regra de transição é promover a justiça material, pela parte aparentemente prejudicada. Logo, tal regra de transição

deve ser justa, e adequar a externalidade com a expectativa de direito adquirida pelo cidadão, para que assim não reste abalada a confiança do administrado no Estado.

Em um Estado de Direito, não cabe a insegurança que hoje tempos instaurada, causadora de desabafos de cidadãos de bem, como a publicada no Jornal o Globo: ‘Não dá para arriscar num país onde até o passado é incerto’¹⁹².

Na verdade, queremos, através do presente princípio, planificar os nossos atos, queremos ter o direito de sonhar, viver e realizar, isso é a exteriorização do interesse público, contido na norma jurídica a ser aplicada em um Estado Democrático de Direito.

¹⁹² Jornal O Globo, 21 de Dezembro de 2004, reportagem que versava sobre a taxação dos inativos. Desabafo de um professor do Departamento de Ciências Políticas da UNB. Recado ao Tempo: Democracia e Segurança Jurídica. Marcelo Cerqueira. Constituição e Segurança Jurídica, coordenadora Carmem Lúcia Antunes Rocha. Editora Fórum. 2ª. Edição. Belo Horizonte. 2005.

CAPÍTULO VII
CONCLUSÃO

CONCLUSÃO

O homem, para viver em sociedade, necessita obedecer a regras, mas é fácil detectar que estas não pertencem às mesmas espécies de regras de condutas obedecidas pelos irracionais e vegetais.

As relações humanas se encontram regidas por normas, isso quer dizer regidas por regras de conduta que podem ser aplicadas a situações particulares ou ainda a situações gerais, não sendo possível, em situação de normalidade, que alguém viva sem se encontrar sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido. O homem nasce, cresce no seio da comunidade – à parte casos anormais – jamais se separa dela.

Mas apesar de necessitar de observar normas de conduta, nem todas essas normas, que o homem em sociedade cumpre, são normas jurídicas, pois concluímos que, para deter tal classificação, devem ter como condição necessária a sanção imposta por um terceiro, distinto da relação intersubjetiva, forçando assim o cumprimento mesmo contra a vontade de uma das partes, não se negando o reconhecimento da outorga ao terceiro de certa autoridade sobre as partes, sendo hoje encontrada tal autoridade no Estado.¹⁹³

As normas jurídicas, aplicáveis ao homem em sociedade, são oriundas do Direito Positivo que é o conjunto de **normas jurídicas** válidas num dado país.

Apesar das normas jurídicas serem oriundas do Direito Positivo, a Ciência do Direito tem papel fundamental em sua criação, pois a Ciência do Direito é o fruto de um trabalho descritivo desse conjunto normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significações

Necessário então se faz diferenciar Direito Positivo, como uma linguagem prescritiva que tem por finalidade a coordenação, o disciplinamento da conduta

humana na sociedade, das relações sociais, não importando ao direito os problemas intra-subjetivos, a não ser quando corresponda a um comportamento externo – as relações intersubjetivas, ao passo que a Ciência do Direito, utiliza-se de uma linguagem descritiva, tem como a função descrever o direito positivo, analisando-o, interpretando-o, e muitas vezes criando conceitos, ou criticando os criados pelo direito positivo, auxiliando de forma indiscutível a criação de normas jurídicas.

De tal sorte, a Ciência do Direito é, na verdade, uma metalinguagem do direito positivo, sendo uma linguagem de sobrenível, estando acima do direito positivo falando sobre ele, e necessitando dele como objeto, passando, nesta situação, o direito positivo a ser a linguagem objeto da Ciência do Direito.

Esposamos, por fim, a afirmação do Professor Gregorio Robles¹⁹⁴, segundo o qual direito é linguagem, e concebemos também o direito como um sistema de comunicação cuja função pragmática é organizar a convivência humana mediante, basicamente, a regulação das ações”, e que tal conclusão se obtém da afirmativa de que o direito é texto de carácter organizador-regulador (prescritivo), e concluímos utilizando os ensinamentos do nosso Mestre de sempre Professor Lourival Villanova¹⁹⁵ que, de forma mais uma vez lapidar, afirmou: “*Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que potencia resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas do Direito.*”.

Ocorre que a língua necessita de uma plataforma para que seja nela expressada, daí passamos a ter a **linguagem**, que detém um campo mais abrangente “*significando a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio dos signos, cujo conjunto sistematizado é a língua.*”¹⁹⁶

Necessário se faz um estudo da linguagem, signos, significados e significantes, proposições, para chegarmos à estrutura da norma jurídica, pois comungamos do pensamento de que a lei é apenas um suporte físico, dela pode-se

¹⁹⁵ VILLANOVA, Lourival. As estruturas Lógicas e o sistema de direito positivo. *Revistas dos Tribunais*, 1977, p. 3-4

¹⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros – Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hieraquia de linguagens. Apostila da adira de Lógica Jurídica – PUC 2004.

ter um significado comum, mas a significação que é extraída do entendimento que é feito pelo agente cognoscente sobre o suporte físico, após elaborada intelecção, chegará ao que denominamos de norma jurídica, e esta é que de fato influirá nas relações intersubjetivas.

Assim, quando determinada lei (suporte físico) mencionar “interesse público”, a partir da análise do caso concreto e das variantes apresentadas, poderemos analisar a existência ou não deste.

Concluimos, na presente parte, que a norma jurídica, em breves palavras, pode ser conceituada como sendo a significação extraída de um dado suporte físico, e assim, a partir deste entendimento, passaremos a explicitar os outros agentes que influirão no processo de elaboração da norma jurídica, como os princípios, os brocados, os postulados entre outros elementos.

Assim sendo, não há como negar que a Ciência do Direito é um instrumento indispensável à formação da consolidação da norma jurídica, uma vez que de determinado suporte físico único, poderão ser feitas várias leituras e intelecções, desenvolvendo, o cientista do direito, papel extraordinário de auxílio à sociedade, pois com o preparo que detém, pode desenvolver teses, limitar o campo semântico de certas palavras utilizadas pelo legislador, e suas criações servirem de base para os julgadores, que, apesar de competentes, muitas vezes, por acúmulo laboral, não dispõe de tempo suficiente para fazer tais intelecções, não sendo raro, muitas vezes, encontramos em sentenças judiciais, pareceres jurídicos, citações doutrinárias que servem para uma argumentação, e para sustentar uma decisão não encontrada diretamente do suporte físico, tendo sido elaborada pela Ciência do Direito.

E assim asseveramos o indispensável papel do homem ao processo de formação da norma, sendo este o agente cognoscente, concedida a atribuição da atividade intelectual.

Criar a norma jurídica, interpretar o direito, na verdade, é aplicar o direito. Sendo um processo de positivação, é algo mediante o qual alguém interpreta a

amplitude do preceito legal (suporte físico – lei), fazendo-o incidir no caso e dar a eles particular e sacando, assim, a norma individual e concreta¹⁹⁷, a regular dada situação.

Sendo assim, é de se afirmar que a norma jurídica é constituída pelo intérprete, no momento onde há a efetivação do direito, pois, em caso contrário, não haveria qualquer sentido em interpretar.

Mas, no entanto, para interpretar os textos legislativos – suportes físicos - deve-se somar as externalidades encontradas pelo intérprete, para, a partir daí, proceder à concretização do direito. Não se devendo esquecer, no entanto, a interpretação literal, não como a única, a melhor, mas sim como essencial, pois, por meio desta pode-se delimitar um campo semântico mínimo, a ser obedecido pelo intérprete.

O grande filósofo Wittgenstein¹⁹⁸ também via a importância da interpretação literal, sob o prisma aqui analisado, pois elucidou em sua obra: *“há sentidos, que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de esteriótipos de conteúdos já existentes na comunicação lingüística geral”*.

Diante disto, podemos chegar ao que resolvemos chamar de “campo semântico mínimo”, e respeitá-lo.

Respeitando o campo semântico mínimo, estão asseguradas interpretações desrespeitosas, limitando, em um bom sentido, o poder excessivo ao intérprete para a concretização do direito.

Assim sendo, na verdade, o intérprete reproduz a norma, como vem entendendo Eros Grau, e Humberto Ávila¹⁹⁹, que ainda conclui: *“Daí dizer que interpretar é construir, a partir de algo, por isso significa reconstruir”*.

¹⁹⁷ Barros Carvalho, Paulo. Curso de Direito Tributário, 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo.

¹⁹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratados Lógicos-Filosófico – Investigações Filosóficas. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa, Fundação Caloutoste Gulbernkian, 1981.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros. p 25.

Por conclusão, resta esclarecido que a norma jurídica, na verdade, é oriunda de processo de intelecção feita pelo agente cognoscente – o homem – e que, para sua elaboração, necessária se faz uma viagem por todo ordenamento jurídico, investigando princípios, postulados, presença ou não de hierarquia, e ainda os fatos.

Ainda parafraseando Engisch²⁰⁰, podemos concluir que aquilo que os juristas, genuinamente datados criadores, pensaram e trouxeram à clara luz do dia – as interpretações – de conhecimento jurídico, tem sido em todos os tempos uma bênção para o próprio direito.

Por fim, Wittengstein²⁰¹, ao afirmar “*que os limites do meu mundo são os limites de minha linguagem*”, vem auxiliar a compreensão da diversidade de normas jurídicas que podem ser retiradas, de um único suporte físico, de uma única lei, conjugando-se ainda ao processo de formação da norma jurídica, a presença do homem.

Entendido, a norma é um processo de elucidação, o agente cognoscente utiliza-se de princípios, valores, fundamentos para sacá-la do suporte físico, sendo os princípios não apenas o que está em primeiro lugar, mas aquilo que deve ser colocado em primeiro lugar, dirigindo e exteriorizando a vontade do legislador, aquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar²⁰².

Nota-se que tal entendimento não se afasta das variáveis elencadas por Aristóteles, “princípios” está como um ponto de partida do ser.

²⁰⁰ ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, Tradução de J Batista Machado. 8ª. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 8ª. Edição, Lisboa, 2001. p.13

²⁰¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratados Lógicos-Filosófico – Investigações Filosóficas. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa, Fundação Caloutoste Gulbernkian, 1981.

²⁰² CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O que é um princípio*. In.: *Estudos de Direito Constitucional* (coord. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha), p. 261-276. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

Deve, sem sobra de dúvidas, ser destacada a relevância dos princípios para interpretação do ordenamento jurídico, sendo esses os direcionadores de uma regulação jurídica.

Destaca-se ainda que o Professor Paulo de Barros Carvalho²⁰³ reconhece que “*as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor*”, fato que demonstra a importância dos princípios para se chegar à norma jurídica²⁰⁴. Afirmando ainda que “princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”²⁰⁵. A par de tudo isso, é inegável que se deixe de reconhecer que são os princípios verdadeiros alicerces do ordenamento jurídico.

Nas palavras do Dicionário Filosófico de Nicolau Abbagnano²⁰⁶, temos postulado como “*uma posição que se admite ou cuja admissão se deseja, com o fim de possibilitar uma demonstração ou um procedimento*”, e que a diferença entre axiomas e postulados é que os primeiros têm de ser admitidos necessariamente, mesmo que não sejam passíveis de demonstração, ao passo que os segundos, apesar de demonstráveis, são utilizados e assumidos sem demonstrações.

Assim, inegável entender que os postulados possibilitam um procedimento, podendo ser erigidos à categoria de norma procedimental. A segunda é que, como há a possibilidade de demonstração, seu poder de convencimento no mundo fenomênico torna-se mais acessível.

Concluindo-se que os postulados têm a função de fundamentar a aplicação de outras normas, o que ocorrer com os sobreprincípios, mas deles se

²⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 16ª edição, São Paulo, Malheiros. 2004.

²⁰⁴ Deve ser observado pelo leitor o conceito de norma jurídica adotado por nós.

²⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros, Revista de Direito Tributário 55/143.

²⁰⁶ Abbagnano, Nicola. “Dicionário de Filosofia”: tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos Novos textos. Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

distinguem, porque não se encontram no âmbito das normas de primeiro grau, e sim de segundo grau.

São as normas de segundo grau, as metanormas, por se situarem em um plano distinto das normas de aplicação, servem como uma fórmula estruturante para aplicação das normas e em muitos casos para dirimir os conflitos entre elas, chegando-se a aplicar o direito no caso concreto e fazendo “falar a lei”, nas palavras de Larenz, em sua obra já citada.

Para verificarmos se em dada situação encontramos o “interesse público”, condição necessária é a presença do Estado de Direito, devido processo legal, segurança jurídica e confiança legítima, sem no entanto excluir outros.

No caso específico do conceito de Estado de Direito, este deve ser encarado sempre de forma aberta e mutável, uma vez que, para entendê-lo, necessitamos conhecer a sociedade e o momento histórico em que se encontra modulado, pois são múltiplas e diferentes as noções e conceitos sobre o Estado de Direito.

Não se pode negar que o desenho do Estado de Direito sofreu uma grande influência kantiana.

Entender o Estado de Direito como sendo aquele totalmente regulado pelas leis é uma visão retrógrada e limitada, mas não se pode olvidar que a grande característica formal é a subordinação da Administração Pública ao direito, a qual se dá pela observância do princípio da legalidade.

Mas hoje não há mais espaços apenas para adequar o conceito de Estado de Direito apenas às questões formais, devemos entender que para que haja a presença do Estado de Direito, necessária estar presente a sua essência, que é a aplicação da justiça.

E para a aplicação da justiça, é indispensável a efetiva separação dos poderes, a qual se realiza, efetivamente através do sistemas de “freios e contrapesos”. Isso acontece porque a segurança da sociedade contra as arbitrariedades estatais só pode ser realmente garantida com um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, todos autônomos, para que não sejamos obrigados a ser espectadores de emendas constitucionais²⁰⁷ que frequentemente maculam a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Na verdade, o Estado de Direito, em seu sentido amplo, traz em sua dimensão a promoção da justiça, assegurando à sociedade direitos públicos subjetivos, mas ao mesmo tempo concedendo poderes ao Estado para limitar tais direitos. É o que chamamos de Estado de distanciamento.

Por conter textura, o conceito de Estado de Direito, em que devemos analisar as externalidades já apontadas, o que não se pode admitir é a retrocessão, o retrocesso, a retirada de direitos já implantados e absorvidos pela sociedade.

Retroceder é desistir da essência do Estado de Direito que, conforme já assinalamos, apesar de não ser portador de um conceito rígido, deve delimitar-se dentro de algumas características indispensáveis e em contínua ebulição, sendo inadmissível retroceder às amarras já rompidas social e politicamente.

De tal sorte, a segurança jurídica acomoda-se como o pilar de sustentação do Estado de Direito, e que, sem ela, não há que se falar na existência deste. Desta feita, é inadmissível aceitar o retrocesso da segurança nos Estados de Direito, sendo assim a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima os verdadeiros sustentáculos do Estado de Direito.

Feitas as presentes conclusões ao Estado de Direito, lembremos as palavras do Professor Lourival Vilanova²⁰⁸, em texto publicado nos Escritos Jurídicos e Filosóficos, cujo título é “Fundamentos do Estado de Direito”, aponta um

²⁰⁷ É preferível não mencionar as Emendas Constitucionais flagrantemente inconstitucionais, primeiro, subestimar os leitores; depois para não encarnar qualquer tendência política que é inerente ao homem social.

²⁰⁸ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. 1ª. Edição. Volume I. IBET. São Paulo. 2004.

fundamento do Estado de Direito, que hoje pode até parecer um tanto óbvio, mas não o era à época da elaboração do texto, qual seja: *“o Estado de Direito firma-se na tese dos direitos humanos, além, claro, de determinar uma repartição técnica e correta da separação dos poderes, com tal intuito, e ainda preconizando a supremacia formal e material da Constituição”*.

E, de forma memorável, para afirmar a indiscutível necessidade de consecução dos direitos humanos pelo Estado de Direito, elucida na referida obra:

“Invocar a tese dos direitos humanos como conteúdo indispensável de um autêntico Estado de Direito hoje é corrente. Surpreendentemente está no ideário de doutrina e de partidos políticos que se contrapõem. Encontram-se eles nesse ponto, como estratégia de ação. Aparentemente, como fim em si mesmo, a tese converte-se em meios para fins diversos. É estratégico qualquer meio, conquanto que conduza aos fins, que conflitam. Pois, idealistas ou realistas, espiritualistas e materialistas, racionalistas e positivistas, quer no domínio da política, quer no domínio da antropologia filosófica (teoria da essência do homem), todos, apesar do contraponto de suas posições, encontram-se numa zona de comum entendimento.”²⁰⁹

Outra condição que entendemos ser necessária ao verdadeiro interesse público é o devido processo legal, em seu aspecto não só formal, mas também substancial

O termo “devido processo legal” ou “due process of law” pode ser objeto de várias classificações, quais sejam: princípio, postulado, direito, garantia entre outros, e que na verdade, proposital é essa indefinição quanto à natureza do termo “devido processo legal” ou “*due process of law*”. Isso porque, ao classificarmos tais definições, poderemos, de forma indireta, estar restringindo sua atuação quando se fizer necessário. É fácil explicar tal assertiva, face a alguns doutrinadores ou magistrados que, em entendendo a hierarquia entre tais institutos, em prol dela poderão deixar de aplicar o devido processo legal por mero formalismo, indo de encontro ao epicentro deste.

²⁰⁹ VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. 1ª.Edição. Volume I. IBET. São Paulo. 2004

No Brasil, podemos, em uma apertada síntese, chegar à conclusão equivocada de que o devido processo legal é encontrado apenas em seu aspecto formal, pois a Constituição determina que “todos são iguais perante à lei” e garantir a igualdade perante a lei, em outras palavras, é assegurar o cumprimento da lei como posta, e conseqüentemente o devido processo legal, em seu aspecto formal.

Mas, como já aprendemos, o direito não pode ser interpretado em tiras e a Constituição Federal dá à obrigatoriedade da lei tratar todos de forma igualitária, ao assegurar o princípio da isonomia.

De tal sorte, não restam dúvidas que hoje o devido processo legal, no Brasil, para fazer valer o espírito do Estado de Direito, encontra-se tanto formalmente como materialmente assegurado.

Não menos importante para detectar a presença do interesse público, é o princípio da segurança jurídica, que apesar de não se encontrar previsto explicitamente em nossa ordem constitucional, algumas leis infraconstitucionais, a exemplo da lei do processo administrativo²¹⁰, vêm, de forma explícita, privilegiar tal princípio.

O fato de não se encontrar explícito na Constituição Federal não traz qualquer prejuízo à sua aplicação, tampouco ao seu reconhecimento enquanto princípio constitucional.

Para assegurar a segurança jurídica e, conseqüentemente, a presença do interesse público, a independência dos juízes, ou, em outras palavras, do Poder Judiciário, é um traço fundamental, uma vez que juízes sem independência restam submissos à vontade do Executivo.

²¹⁰ Lei federal n. 9794/99, lei do processo administrativo federal, aplicável apenas na esfera federal.

Por fim, o princípio menos conhecido, mas nem por isso menos importante, a confiança legítima, tem ao meu ver o papel de maior relevância para se detectar o interesse público, pois na verdade é ele o lado subjetivo do princípio da segurança jurídica, é ele quem de fato vai proteger as expectativas que os indivíduos depositaram no Estado, à confiança no regedor.

O homem, como bem já asseverou o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, além de necessitar de uma estabilidade em suas relações – afirmação que o mesmo faz ao explicar o princípio da segurança jurídica – necessita de algo, além disso, pois precisa planejar seu futuro, sua vida. Assim, muitas vezes se priva de gozar um benefício ou um direito para que, no futuro, venha a gozá-lo de outra maneira que entenda e eleja de melhor proveito.

No entanto, não raro, é surpreendido por uma alteração na legislação que inadvertidamente faz desaparecer tal direito, frustrando os planos de toda uma vida e deixando-o desamparado. Ao clamar em juízo por proteção, depara-se com jargões conhecidos, mas nem sempre explicados e justificados, tais como: “Não há direito adquirido ao regime jurídico único”, “não há direito adquirido a não tributação”, “no presente caso não há direito adquirido e sim uma expectativa de direito”.

Podemos resumir a importância dada pelo professor ao princípio da segurança jurídica, na seguinte frase:

“Esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que cerca, sendo está uma busca permanente do ser humano. É a insoptável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que lhe permita vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Essa é a normalidade das coisas”²¹¹

²¹¹BANDEIR DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 16ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2003.

Apesar de admirarmos a profundidade e a inteligência dessa reflexão, sem qualquer pretensão de ir contra seus ensinamentos, vislumbramos que, na idéia acima transcrita, encontramos não só apenas o princípio da segurança jurídica, mas também um outro princípio que vem encontrando terreno fértil nos ordenamentos jurídicos modernos, qual seja o “*princípio da proteção à confiança legítima*”, como é conhecido no direito comunitário.

O Professor Paulo de Barros Carvalho²¹², ao nos ensinar o princípio da segurança jurídica afirma: “tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes então que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”.

Entendemos que o Douto Professor esteja, na verdade, falando no lado subjetivo da segurança jurídica, que é na verdade a confiança legítima.

O direito alemão já conseguiu diferenciar os dois institutos, sendo *Vertrauensschutz*, o princípio da proteção à confiança, ao passo que *Rechtssicherheit* diz respeito ao princípio da segurança jurídica.

Assim sendo, nada melhor para esclarecer a distinção entre os princípios do que trazer à colação uma comparação feita pelo professor Franck Moderne entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança legítima, nos seguinte termos :

“O princípio da segurança jurídica tem um alcance mais extenso e potencialidades de aplicação mais diversa que o princípio da confiança legítima. Este último se considera, especialmente, a um recurso subjetivo, a confiança justificada do sujeito de direito e a estabilidade e a previsibilidade das normas e dos comportamentos das autoridades públicas, ao passo que segurança jurídica se assenta sobre critérios objetivos”.

²¹² BARROS CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16ª. Edição. Malheiros . São Paulo 2004.

Após a presente explanação, quando quiser saber se em determinada situação existe de fato o “interesse público”, é condição necessária a presença do Estado de Direito e do devido processo legal, ambos formal e materialmente, bem como da segurança jurídica, principalmente em seu aspecto subjetivo, que, na verdade, é a exteriorização do princípio da confiança legítima.

O desejo social é alcançar a dignidade da pessoa humana e para isso é necessário ter o direito de planejar seu futuro, sua vida, sem que haja medos e receios, nem sequer a mínima insegurança, pois é dever jurídico inescusável do Estado a busca do interesse público, e como condição necessária se encontram a preservação do Estado de Direito, devido processo legal, segurança jurídica e a confiança legítima.

‘Não dá para arriscar num país onde até o passado é incerto’¹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, Editora Martins Fontes. Tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi. São Paulo 2003.

ADAMS, George. **English Constitutional History**. Edição 1918. Yale University Press. United States.

ALMEIDA, José Nunes. **Relatório da XV Mesa Redonda Internacional**. Realizada em Aix-en-Provence, 1999.sobre o Tema Constituiton et sécurité-juridique. In: Annuaire Internacional de Justice Constitutionnelle, XV, 1999, Paris. Econômica. Paris, 2000.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1985. pág 142.

ÁVILA, Humberto. **Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio 2002. Disponível na Internet: direitopublico.com.br. Acesso em 01 de Junho de 2006.

_____. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª. edição, São Paulo: Malheiros. p 25.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª. Edição, Malheiros, São Paulo 2003.

BARRA, Carlos Rodolfo. **Tratado de Derecho Administrativo**. Editora Ábaco de Rodolfo Depalma. 1ª. Edição – Ciudad de Buenos Aires – Argentina. 2001.

BARROS CARVALHO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 16ª. Edição. Malheiros . São Paulo 2004.

_____. **Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções Formas e Tipos de Linguagem – Hieraquia de linguagens**. Apostila da Disciplina de Lógica Jurídica – PUC 2004.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 16ª. Edição, Saraiva, São Paulo. 2004.

BOBBIO, Noberto. **Estado, Governo e Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política**. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ª. Edição, Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1988.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal**. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm>, acesso em 21.12.2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. Ed. Almedina. Coimbra. 2003, p. 243.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32-33.

COUTO E SILVA, ALMIRO. **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 Artigo 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99)**. Revista Eletrônica do Direito do Estado. Número 02, Abril/Maio de 2005. Salvador.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Revista de Direito Público n.84. São Paulo 1984.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O que é um princípio**. In.: **Estudos de Direito Constitucional** (coord. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha), p. 261-276. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de Direito Positivo**. Forense, Rio de Janeiro. 1953.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e Devido Processo Legal**. Editora Forense. Rio de Janeiro.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10ª. edição. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2004. p. 174.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10º. Edición. Editora Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid 2004.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. 8ª. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 8ª. Edição, Lisboa, 2001. p.12.

EROS, Roberto Grau. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 1ª. Edição. Malheiros São Paulo 2005.

FERREIRA MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional**. 1ª. Edição. Saraiva, São Paulo. 1996, p. 192.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito Administrativo**. 7ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p.37.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática dos princípios gerais do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 24.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública.** Malheiros. São Paulo. 2002.

GORDILLO, Augustín. **Princípios Gerais de Direito Público.** Tradução brasileira de Marco Aurélio Greco. Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo. 1977, p.64.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo.** 1ª. Edição Colombiana. Biblioteca Jurídica Dike. Medelin 1998.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios Constitucionais Tributários.** 2ª. edição, Malheiros, São Paulo 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamengo. 3ª. Edição, Fundação Calonste Gulbonkian.

MEDAUAR, Odete. **“Segurança Jurídica e Confiança Legítima” na Obra: Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem a Almiro do Couto e Silva.** Coordenado por Humberto Ávila. Malheiros. São Paulo. 2005.

MODERN, Franck. **Princípios Generales Del Derecho Público.** Editorial Jurídica de Chile. Santiago Del Chile. 2005.

MONDIN, Battista. **O humanismo filosófico de Tomás de Aquino.** Trad. A. Angonese, São Paulo:EDUSC, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis – As formas de Governo e a Divisão de Poderes.** Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota, 2ª. Edição. São Paulo, Saraiva 1992.

MULLER, Friedrich. **Juristische Methodik.** 5ª. Edição. Berlin, Dunchen & Humbolt, 1993.

OLIVEIRA PERREIRA. **Cláudia Fernandes. Reforma da Previdência.** Brasília Jurídica. Brasília 1999.

PEREZ, Jorge Gonzáles. **El principio general de la buena fé em el derecho administrativo.** 3ª. Edição. Civitas. Madrid. 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direito.** Texto que compõe a obra Constituição e Segurança Jurídica, Estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Coordenada pela Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2ª. Edição. Editora Fórum. Belo Horizonte 2005.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de Direito Público**. Vol I. Acta Universitatis Coninbrigenis. Coimbra 1989.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Dr. Rogério Ehrardt Soares. Livraria Almedina. Coibra 1981.

ROBLES, Gregório. **O Direito Como Texto – quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Barueri, São Paulo, Manole, 2005.

_____. **Teoria Del Derecho – Fundamentos de Teoria Comunicacional Del Derecho**. Volume I, 1ª. Edición, Madrid, Civitas. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. Do Livro Constituição e Segurança Jurídica, coordenado pela Professora Carmem Lucia Antunes da Rocha. Editora Fórum. 2ª. Edição. Belo Horizonte. 2005.

SCHWARZE, J. **Droit administratif européen**. Bruyland, Bruselas, 1994, t. II, pag 913.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 1ª ed. Malheiros, São Paulo 2005. p-70.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª. Edição. Malheiros. São Paulo. 2004.

SILVA, José Afonso. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, 1998, p.89-90.

SILVA, José Afonso. **Constituição e Segurança Jurídica**. 2ª. Edição. Editora Fórum Belo Horizonte 2005.

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. **Relatório da XV Mesa Redonda Internacional**. Realizada em Aix-en-Provence, 1999, sobre o Tema Constituiton et sécurité-juridique. In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999, Paris. Econômica. Paris 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. Malheiros. São Paulo 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Onda Reformista do Direito Positivo e Suas Implicações Com o Princípio da Segurança Jurídica**. *Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais*. v. 58, n. 1. Janeiro/Março de 2006. Belo Horizonte. 2006.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª. Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2005.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. 1ª. Edição. Volume I. IBET. São Paulo. 2004.

VILLANOVA, Lourival. **As estruturas Lógicas e o sistema de direito positivo**. *Revistas dos Tribunais*, 1977, p. 3-4.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratados Lógicos-Filosófico – Investigações Filosóficas**. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa, Fundação Caloutoste Gulbernkian, 1981.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)