

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

MAURÍCIO LUÍS MAIOLI

JURISPRUDÊNCIA E CONFIANÇA

**PORTO ALEGRE
2012**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO/DIREITO TRIBUTÁRIO
LINHA DE PESQUISA: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DA EXPERIÊNCIA
JURÍDICA

JURISPRUDÊNCIA E CONFIANÇA

MAURÍCIO LUÍS MAIOLI

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila

PORTO ALEGRE
2012

MAURÍCIO LUÍS MAIOLI

JURISPRUDÊNCIA E CONFIANÇA

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada pela Banca Examinadora em ___ de 2012

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Humberto B. Ávila
Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS

Examinador: Prof. Dr.

Examinador: Prof. Dr.

Examinador: Prof. Dr.

*Ao meu Avô Dirceu,
que disse para eu cursar Direito direito.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor HUMBERTO ÁVILA,
Mestre que inspira e instiga confiança, por ter confiado.

Aos meus pais, VÂNIA (*in memoriam*) e LUIZ,
e ao meu irmão, RICARDO,
todos fundamentos mais profundos da minha confiança.

A RAFAELLA
por sua confiança irrestrita sempre, até quando a minha própria balançava.

A todos amigos, professores e colegas
que ao seu modo, mesmo sem saber, contribuíram para esse trabalho,
em especial, pelas inestimáveis contribuições, a Bruno Fulginiti, a Michelle Sopper e a
Daniela Plesnik.

[Reason] is a faculty that man has to exercise by choice. Thinking is not an automatic function. In any hour and issue of his life, man is free to think or to evade that effort.

(The Virtue of Selfishness, Ayn Rand)

RESUMO

O presente estudo examina o princípio da confiança em relação aos atos jurisdicionais com ênfase no âmbito do Direito Tributário. O trabalho mostra que a jurisprudência dos tribunais, no sentido de precedente jurisdicional, é ato gerador da confiança dos contribuintes e, como tal, deve ser respeitada mesmo em face de uma virada jurisprudencial. Situação essa, em que não é permitida a desconsideração dos efeitos da jurisprudência anterior no patrimônio jurídico do contribuinte mesmo a partir da vigência do novo precedente. O objeto é investigado em duas partes. Primeiramente, além da delimitação precisa do tema, se analisa o fundamento normativo e a estrutura do princípio da confiança de forma geral. Vale dizer, da forma como vem sendo estudado pela doutrina e manifestado na jurisprudência. A segunda parte trata da estrutura do princípio da confiança especificamente em relação aos atos jurisdicionais. Abordam-se os fundamentos dogmáticos específicos tanto de ordem objetiva quanto de ordem subjetiva, com destaque à importância dos Direitos Fundamentais. Sob essas premissas analisa-se a estrutura do princípio e se verifica que sua formatação se modifica, delineando significativas características particulares, quando ele tem por base um ato jurisdicional. Por fim, apresenta-se uma operacionalização do princípio da confiança focada nas formas de manifestação da base da confiança e nas formas de aplicação da confiança.

Palavras-chave: Princípio da Confiança – Jurisprudência – Precedente - Direito Constitucional – Direito Tributário – Segurança Jurídica – Legítima confiança

ABSTRACT

The present study examines the *principle of* legitimate expectations specifically in relation to jurisdictional acts, emphasizing the Tax Law ambit. This study shows that judicial rulings, in the sense of a Precedent, are able to generate a legitimate expectation on taxpayers and as so must be respected even in face of a Precedent shift. In this situation it is not permitted to disregard the effects of the modified Precedent on taxpayer's sphere of rights even under the period of the new one. The matter is investigated in two sections. First, in addition to the precise delimitation of the subject, the normative base and the structure of the *principle of* legitimate expectations are analyzed under a general view. That is, the principle is analyzed as it is by the doctrine and as it is manifested in jurisprudence. The second section addresses specifically the structure of the principle of legitimate expectations regarding jurisdictional acts. The analysis is focused on the specific dogmatic basis, by both objective and subjective nature, stressing the importance of Fundamental Rights. Under these premises, the structure of the principal is analyzed and it is verified that its format changes, showing significant particular features when it is based on a Precedent. Finally, it is presented an operationalization of the principle, focused on the different types in which the legitimate expectation basis is expressed and on the forms of application of the principle of legitimate expectation.

Keywords: Legitimate Expectation – Jurisprudence – Precedent – Constitutional Law – Tax Law – Legal Certainty – Legitimate Expectation

ABREVIACOES E SIGLAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

art. – artigo

arts. – artigos

Coord. Coordenador de obra coletiva

CF – Constituição Federal

COFINS - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justia

ed. edição

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

LC – Lei Complementar

Min. – Ministro/Ministra

Org. – organizador de obra coletiva

p. - página

PIS – Contribuição para o Programa de Integração Social

pp. – páginas

publ. - publicação

RE - Recurso extraordinário

REs – Recursos Extraordinários

REsp – Recurso Especial

Rcl. – Reclamação

Rel. – Relator

SL – Suspensão de Liminar

SS. - seguintes

trad. - tradutor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – DELIMITAÇÃO, FUNDAMENTO NORMATIVO E ESTRUTURA	16
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA	16
1.1.1 Panorama atual e denominação	16
1.1.2 Atividade administrativa – Atividade jurisdicional	18
1.1.3 Objeções à utilização do princípio da confiança em relação à atividade jurisdicional	25
1.2 FUNDAMENTO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	29
1.2.1 Dimensão normativa de princípio	29
1.2.2 Segurança jurídica e Estado de Direito	33
1.2.3 Segurança jurídica – concepção adotada	40
1.2.4 Segurança jurídica e direitos fundamentais	44
1.2.4.1 <i>Fundamento geral</i>	44
1.2.4.2 <i>No Direito Tributário – eficácia tonificada</i>	50
1.2.5 Princípio da Confiança como direito de defesa – em favor do contribuinte	52
1.2.6 Boa-fé objetiva e princípio da confiança	58
1.3 ESTRUTURA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	61
1.3.1 Estrutura geral do princípio da confiança	61
1.3.2 Estrutura do princípio da confiança nos atos do Poder Executivo	62
1.3.2.1 <i>Base da confiança por parte do Estado (elementos geradores da confiança)</i>	62
1.3.2.1.1 Características gerais do ato do Poder Executivo e presunção de legitimidade	62
1.3.2.1.2 Não Manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato da Administração.....	64
1.3.2.2 <i>Atos do particular que demonstram a confiança</i>	66
1.3.2.2.1 Dispêndio de recursos próprios	67
1.3.2.2.2 Decurso de tempo e grau de intensidade da confiança	70
1.3.2.2.3 Realização de planos concretos pessoais e empresariais.....	72
1.3.2.2.4 Inocorrência de fraude, dolo, má-fé.....	73
1.3.2.3 <i>Ato estatal que frustra a confiança</i>	74
1.3.2.3.1 Considerações gerais	74
1.3.2.3.2 Da presença do interesse público.....	75
2 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL 78	
2.1 FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS ESPECÍFICOS	78
2.1.1 Fundamentos de ordem objetiva	78
2.1.1.1 <i>Jurisprudência como fonte do Direito</i>	78
2.1.1.2 <i>Poder Judiciário como Poder uno</i>	86
2.1.1.3 <i>Nemo potest venire contra factum proprium</i>	90
2.1.2 Fundamentos de ordem subjetiva	92
2.1.2.1 <i>Irretroatividade da decisão judicial</i>	92
2.1.2.2 <i>Direitos fundamentais</i>	97
2.2 ESTRUTURA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL	98
2.2.1 Base da confiança	99
2.2.1.1 <i>Jurisprudência – A regra do precedente</i>	99
2.2.1.1.1 Contextualização do precedente judicial	100
2.2.1.1.2 Espécies de precedente quanto à sua eficácia – vinculante e persuasivo	102
2.2.1.1.3 Conceito e amplitude da regra do precedente.....	105

2.2.1.2 Critérios objetivos da base da confiança	106
2.2.1.2.1(Des) Necessidade de trânsito em julgado	106
2.2.1.2.2 Impossibilidade de aplicação da regra do art. 27 da Lei 9.868/99 para casos em que é reconhecida a constitucionalidade	114
2.2.1.2.3 Mecanismos de estabilização de expectativas	116
2.2.1.2.4 Questão processual – derrota em primeira instância	117
2.2.1.2.5 Matéria pacificada em sentido contrário	118
2.2.1.2.6 Jurisprudência pacificada e sumulada em outro tribunal.....	122
2.2.1.3 Critérios subjetivos da base da confiança – aptidão para gerar a confiança com base em direitos fundamentais.....	125
2.2.1.3.1 Capacidade subjetiva de geração de confiança – Precedente com eficácia persuasiva	125
2.2.1.3.2 Igualdade particular no tempo	126
2.2.1.3.3 Nulidade <i>ab initio</i> da norma inconstitucional.....	128
2.2.1.3.4 O tempo despendido	130
2.2.1.3.5 Grau de indução do comportamento.....	132
2.2.2 Atos do particular que demonstram a confiança.....	133
2.2.3 Ato estatal que frustra a confiança – virada jurisprudencial retroativa	138
2.2.3.1 No mesmo tribunal	138
2.2.3.2 Referente a tribunais diferentes.....	139
2.2.3.3 Tribunais de segunda instância.....	140
2.3 OPERACIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL	141
2.3.1 Das formas de manifestações da base da confiança	141
2.3.1.1 Bases geradoras da confiança no âmbito do STF.....	141
2.3.1.1.1 Controle concentrado.....	141
2.3.1.1.1.1 Decisão em ADIN e ADC	142
2.3.1.1.1.2 Decisão em medida cautelar	142
2.3.1.1.2 Controle difuso	144
2.3.1.1.2.1 Súmula vinculante	144
2.3.1.1.2.2 Decisão do plenário do STF com Resolução do Senado Federal	148
2.3.1.1.2.3 Decisão do plenário do STF sem a Resolução do Senado Federal.....	149
2.3.1.1.2.4 Súmula ordinária	152
2.3.1.1.2.5 Recurso repetitivo previsto no art. 543-B.....	153
2.3.1.2 Bases geradoras da confiança no âmbito do STJ	154
2.3.2 Aplicação da confiança.....	155
2.3.2.1 Por meio da preservação do ato	155
2.3.2.2 Por meio de regras de transição	156
2.3.2.3 Por meio de proteção compensatória.....	157
CONCLUSÃO.....	159
REFERÊNCIAS	168
JURISPRUDÊNCIA REFERIDA.....	178

INTRODUÇÃO

Nossa vida é visceralmente fundada na confiança. Crescemos com base na confiança pessoal, relacionamo-nos com base na confiança em relação aos outros e evoluímos com base na confiança em nossas conquistas.

O objetivo do presente trabalho é reduzido em extensão, mas amplo em especificidade. Enfrenta-se aqui a confiança no âmbito jurídico, na sua manifestação normativa de princípio da confiança especificamente em relação aos atos jurisdicionais.

A principal razão motivadora de nossa pesquisa é a chamada modificação jurisprudencial retroativa – a virada jurisprudencial. Um fenômeno que vem se intensificando nos últimos anos e que traz preocupação e angústia para os operadores do direito, principalmente na esfera tributária, por conta de suas enormes implicações financeiras para os contribuintes.

Urge a necessidade de um estudo detalhado e focado na estrutura normativa do princípio da confiança que possa de alguma forma contribuir para o seu melhor manejo. Inquire-se assim a hipótese de a jurisprudência ser base geradora da confiança e, conseqüentemente, ser causa da proteção dos direitos dos contribuintes que confiaram no entendimento firmado pelos tribunais antes de haver a virada jurisprudencial. Ato contínuo, analisam-se quais os casos em que efetivamente a jurisprudência gera confiança.

Ilustra a motivação e pertinência deste estudo um recente julgado do Supremo Tribunal Federal (SL 127), cuja decisão final deu-se por maioria de votos, com a insólita situação de, a um só tempo, tanto os votos que proveram o recurso quanto os votos que o desproveram parcialmente fundamentaram-se “na necessidade de se resguardar as legítimas expectativas¹” dos autores da ação. Ou seja, todos os Ministros embasaram sua decisão no princípio da confiança, porém chegaram a conclusões diametralmente divergentes.

Contextualizando, tem-se que o Sindicato representante dos beneficiários do plano de previdência privada AEROS (que está em fase de liquidação extrajudicial) ajuizaram ação

¹ Acórdão SL 127 EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. 2. Medida acautelatória que obrigara a União a arcar com as despesas de complementações das aposentadorias e pensões devidas pelo fundo AERUS. 3. Decisão da Presidência concessiva de contra cautela proferida sob a ótica dos riscos de prejuízo à ordem pública. 4. Imprescindibilidade de instrução probatória para demonstração do nexo causal entre o dano e a ação imputável ao ente público. 5. Risco de lesão à economia pública. 6. Entidade que se encontra sob regime de liquidação extrajudicial. 7. Inexistência de prévia dotação orçamentária. 8. Necessidade de se resguardar as legítimas expectativas dos beneficiários do AERUS. 9. Agravo regimental parcialmente provido para a limitação dos efeitos da suspensão da liminar até o momento da prolação da sentença na ação principal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. SL 127. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 21 maio 2010).

civil pública contra a União visando à sua responsabilização para o pagamento das complementações de aposentadorias e pensões. A liminar foi concedida pelo tribunal federal competente, decisão à qual a União interpôs a SL 127, visando à suspensão da liminar concedida. O STF se dividiu, e, por maioria de votos, proveu a suspensão de liminar e desobrigou a União a arcar com tais pagamentos até o momento da prolação da sentença. De um lado votaram os Ministros que pretendiam a responsabilização imediata da União pelo pagamento das complementações com base na legítima expectativa dos beneficiários que passaram toda uma vida contribuindo e agora, em uma idade avançada², estariam tolhidos de seus direitos. De outro, os Ministros que, pretendendo dar efetividade a mesmíssima expectativa legítima dos beneficiários, somente reconheceram a responsabilidade da União após a existência de uma decisão de mérito de primeiro grau³. O mérito do caso desimporta aqui. A questão não está em saber se a decisão da corte foi correta no caso concreto, mas mostrar que o julgamento ocorreu sem uma análise mínima dos requisitos do princípio da confiança, embora tenha se creditado a esse princípio a solução da questão. Para a menos parte dos Ministros a legítima expectativa de obter as pensões ou aposentadorias nasceu com o pagamento das contribuições por anos. Por outro lado, a maioria dos Ministros entendeu que a legítima expectativa somente nasceria com a prolação da sentença. Em outras palavras, para a maior parte dos Ministros a legítima expectativa ainda não existe, ela somente existirá com a conjugação de dois elementos: (i) o pagamento das contribuições por anos e (ii) a decisão de primeiro grau.

Antes de se analisar se a confiança deve ou não ser objeto de proteção, faz-se necessário definir o que gera e o que não gera confiança, bem como se a confiança foi exercida ou não foi exercida. Só assim estará presente o princípio da confiança, momento em que ele deverá ser ponderado com outros princípios, tais como a legalidade, o formalismo, o devido processo legal e ainda cotejado com as especificidades do caso concreto, para, só então, decidir-se pela aplicação do princípio da confiança ou não.

Um dos objetivos da presente dissertação é a demonstração de que a confiança funciona por meio de dois vetores essenciais. O primeiro é o ato passível de gerar a confiança, realizado pelo Estado, e o segundo é a ação (omissiva ou comissiva) do agente que demonstra a confiança. Ausente qualquer desses elementos não se pode falar em princípio da confiança. No caso acima, vê-se claramente que todos os ministros apenas analisaram a *legítima*

² Ou seus cônjuges na velhice.

³ Pontue-se nesse caso concreto que essa decisão de primeiro grau será dada em uma Ação Civil Pública, que tinha um agravo de instrumento pendente e, só depois de retornar ao primeiro grau e ser realizada toda a instrução, haveria uma decisão de mérito.

expectativa a partir do ponto de vista dos destinatários (o fato de terem contribuído por toda a vida com o benefício). Na referência ao princípio da confiança, a decisão passou ao largo da verificação da existência de alguma base geradora da confiança a partir do Estado⁴.

Longe de balizar o nosso estudo, o julgado acima serve apenas para ilustrar a necessidade premente de análise pormenorizada de cada norma de nosso ordenamento, mormente dos princípios constitucionais. Daí o impulso para a realização da presente pesquisa, a qual, por meio do estrito corte metodológico, visa a examinar a jurisprudência como base da confiança dos contribuintes para a manutenção de suas posições jurídicas em face da superveniente modificação da jurisprudência dos tribunais. Ou seja, optou-se não por uma análise de todas as manifestações possíveis do princípio da confiança, mas pela investigação de uma de suas manifestações específicas.

O estudo, ainda, fixa-se no âmbito tributário e o faz por duas razões. Primeiro por ser esse âmbito onde ocorrem majoritariamente relações continuativas existentes entre Estado e o cidadão-contribuinte, e, segundo, por conta do impacto financeiro que as relações tributárias representam na vida desses mesmos contribuintes. O trabalho é dividido em dois capítulos. O primeiro aborda a delimitação, o fundamento normativo e a estrutura do princípio de forma geral. O segundo capítulo versa especificamente sobre a manifestação do princípio da confiança em relação aos atos jurisdicionais.

O primeiro capítulo é subdividido em três seções. Na primeira, cuida-se da delimitação do tema, com a apresentação e justificação do corte metodológico subjacente à investigação aqui proposta. A segunda seção analisa o fundamento normativo do princípio da confiança adotado. A terceira seção traz a estrutura específica do princípio da confiança. Somente desenhando pormenorizadamente a estrutura de um princípio jurídico é que se contribui decisivamente para a sua promoção⁵. Não cabem mais em nosso sistema jurídicas divagações poéticas que contribuem para embelezar o texto, mas quase nada para aclarar seu significado e sua efetividade.

⁴ Apenas um Ministro referiu que o fato de a União ter intervindo na administração do fundo por um período de tempo implicaria a sua responsabilização. Ademais, no caso concreto talvez nem exigisse a aplicação do princípio da confiança. Isso porque há outros mecanismos para a solução, como a própria análise da norma processual da antecipação de tutela, a qual necessita de uma análise objetiva das condições de verossimilhança e perigo de dano irreparável, institutos esses que para sua aplicação não necessitam de análise do princípio da confiança.

⁵ Essa preocupação ocupa a doutrina hoje em dia, que não se contenta em simplesmente exaltar princípios, mas preocupa-se em enfrentá-los, desconstruí-los, detalhá-los e reconstruí-los, pois esta é a melhor, senão a única, maneira de torná-los efetivos conforme referido por Ávila em relação à igualdade (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191). Por outro lado, não se pretende atribuir contornos fixos de “conceito fechado”, tendo em vista que entendemos não ser possível a determinação absoluta dos conceitos jurídicos na esteira de Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259-261).

O segundo capítulo também é dividido em três seções. A primeira trata dos fundamentos dogmáticos específicos a esse determinado âmbito. Objetiva-se delimitar quais concepções dogmáticas podem ou não ser utilizadas em relação aos atos jurisdicionais. Quando a doutrina e a jurisprudência começaram a tratar sobre o tema, algumas preconcepções dogmáticas foram transportadas de outros âmbitos sem uma análise específica para saber se a técnica assim o permite. A segunda seção trata da estrutura do princípio da confiança com o foco nos atos jurisdicionais. Por fim, a última seção versa sobre a operacionalização do princípio da confiança. Analisam-se especificamente espécies de atos capazes de gerar a confiança, bem como as formas efetivas de resguardar a confiança.

A metodologia de pesquisa aqui realizada é de análise *contemporânea*, na medida em que não se estuda o tema sob a perspectiva de sua evolução histórica, apenas se fazem referências tópicas quando assim exigir-se a abordagem; *dogmática*, com exame sobre a legislação, doutrina pátria e estrangeira, e na incipiente jurisprudência nacional sobre o tema; e *analítico-constitutiva* visando à investigação dogmática direcionada à reconstrução estrutural do princípio. O método de abordagem dogmático será realizado por meio do método de pesquisa crítico-dedutivo, pois a interpretação terá base exclusiva e objetiva no material utilizado e na linha proposta. A utilização deste método objetiva a investigação sob um ponto de vista analítico e problemático por meio de análise de casos paradigmáticos.

Como dito, o trabalho enfoca o campo tributário, porém, por meio de uma construção indutiva, deveremos analisar a fenomenologia do princípio da confiança no Direito Administrativo, não com a pretensão de aprofundar a matéria, mas de buscar subsídios para a análise a partir desse campo, o qual está mais evoluído na formação do princípio da confiança. A análise é feita por meio de indução, pois são raríssimas as obras que enfrentam o tema proposto, o qual, na maioria das vezes, é analisado por capítulos solitários em livros, sem o aprofundamento específico da questão, bem como pelo fato de a jurisprudência sobre o tema não analisar especificamente o princípio da confiança com base nos atos jurisdicionais.

1 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – DELIMITAÇÃO, FUNDAMENTO NORMATIVO E ESTRUTURA

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1.1 Panorama atual e denominação

O princípio da confiança no Direito Público⁶, como regramento próprio e autônomo, teve sua maior expressão inicial no âmbito do Direito Administrativo Alemão, por construção jurisprudencial. Expandiu-se para outros países, com destaque para sua receptividade e acolhimento no Direito Espanhol⁷, para, posteriormente, estabelecer-se firmemente no âmbito geral da Comunidade Europeia⁸. Por outra vertente, no Direito do *Common Law* desenvolveu-se a teoria relativa às legítimas expectativas dos destinatários dos atos do Poder Público⁹.

Na doutrina alemã, consagrou-se o termo “princípio da proteção à confiança”, ao passo que, para o Direito Comunitário, firmou-se o termo “princípio da proteção à confiança legítima”. Por sua vez, na *Common Law* popularizou-se o termo “legítimas expectativas”.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, refere-se indiscriminadamente à segurança jurídica e à proteção à confiança, ou mesmo à boa-fé objetiva sem atentar para a precisão técnica necessária para o correto desenvolvimento e evolução do Direito.

Opta-se na presente dissertação em utilizar o termo “princípio da confiança”, não apenas como mera escolha de nomenclatura, mas para evidenciar duas características pontuais do princípio. Uma de ordem aplicativa e outra de ordem normativa.

⁶ Pontue-se que a gênese do princípio remonta às concepções de boa-fé no Direito Privado. Todavia o presente trabalho aborda unicamente a sua manifestação do Direito Público. Ver: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2011.

⁷ GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 35 et seq.

⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2009. p. 7.

⁹ Schonberg explica que há duas teorias sobre a origem do princípio das legítimas expectativas no Direito Inglês. Ou baseada na teoria da confiança do direito privado do *estoppel*, ou decorrente do Rule of Law. O autor firmemente opta pela origem do princípio na teoria do Rule of Law, tal qual o Direito continental que entende serem as legítimas expectativas um aspecto da Segurança Jurídica, pois pressupõe a autonomia dos indivíduos embasada na previsibilidade e certeza do Direito. Mais adiante será desenvolvida esta ideia. O que deve ficar aqui no momento é que a origem do princípio das *legítimas expectativas* não pode pressupor somente os contornos que a mesma possui no âmbito do direito privado (SCHOMBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. New York: Oxford, 2000. p. 8 et seq.).

De ordem aplicativa, tem-se que a proteção, ou não, da confiança do contribuinte é verificada apenas *a posteriori*. Somente após o conflito de princípios constitucionais ombreados no caso concreto se pode verificar se deverá ser *protegida* mais intensamente a confiança ou a legalidade; a confiança ou a constitucionalidade; a confiança ou a igualdade estática (princípio da igualdade sem a consideração da igualdade no tempo).

Afinal não há prevalência *a priori* de princípios constitucionais quando presentes em conflitos horizontais. Importante destacar que nem todos os princípios sujeitam-se à ponderação¹⁰, pois nem sempre os princípios têm relações paralelas entre si, relações horizontais. Há princípios com diferentes funções, níveis e eficácias, e, justamente por isso, tais princípios não são afastados no caso concreto. É o caso, por exemplo, dos princípios estruturantes do Estado de Direito e da separação de poderes que normatizam o modo e o âmbito de atuação estatal. Ou ainda, do princípio da igualdade, o qual pressupõe a relação entre quatro elementos: dois sujeitos, uma medida de comparação entre eles e uma finalidade. A igualdade não pode ser afastada integralmente da aplicação. Ela deve sempre servir de critério de aplicação normativa ou servir de contraponto permanente¹¹. Nesse sentido, entende-se que a igualdade estática pode ser afastada em determinados momentos, tendo em vista que se aplica a igualdade no tempo, como será verificado mais adiante.

Por sua vez, de ordem normativa, verifica-se que o princípio da confiança conforma uma estrutura minimamente determinável, a qual pressupõe a existência de pelo menos seis elementos – um sujeito, o Estado, um ato jurídico base da confiança, a confiança, um ato demonstrativo da confiança e um ato jurídico frustrante da confiança que gera prejuízo para quem confiou.

Se for utilizada a expressão princípio da *proteção* da confiança, e, eventualmente, após um conflito de princípios do qual ele não for o “vencedor”, cria-se a única ideia de que não houve prestígio do princípio em si (enquanto norma-princípio), tendo em vista que sua denominação, de antemão, pressupunha a noção de *proteção*. Ao passo que a razão da ausência de prevalência de tal princípio pode ser interna a sua estrutura. Exemplificativamente, pode ocorrer a inexistência de base da confiança, a inexistência de um ato frustrante da confiança, ou ainda, a inexistência de exercício da confiança (com prejuízo decorrente).

¹⁰ A ponderação, portanto, não é uma característica definitiva dos princípios, pois ela é aplicável somente em determinados casos nos termos de Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124.)

¹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 150.

Com o detalhamento de tais elementos, busca-se promover o próprio princípio e facilitar a atividade daqueles que o aplicam. Por um lado, se não há confiança a ser protegida, a solução do caso concreto não passa pela difícil tarefa de sopesamento dos princípios constitucionais, visto que termina em um momento anterior cronologicamente. Por outro lado, somente após a verificação da existência da confiança, bem como do grau dessa confiança – se seu núcleo foi ou não atingido – daí sim, o princípio poderá ser objeto de análise diante de outras normas, por exemplo, dos postulados da ponderação¹², da proporcionalidade e da razoabilidade. É que os postulados normativos aplicativos somente poderão operar de forma correta e eficaz se a estrutura das normas em jogo estiver precisamente especificada. Até mesmo em termos de lógica jurídica, verifica-se que não se chega a uma conclusão verdadeira caso as premissas sejam obscuras.

Valer-se da expressão princípio da confiança, assim, tem o único intuito de tornar clara a sua estruturação. Não se quer dizer com isso que as demais denominações do princípio estão equivocadas. Qualquer nome que se atribua é válido, desde que seja demonstrada – este é o ponto central – a correta estruturação do princípio. No decorrer do texto, no entanto, quando nos referirmos a transcrições ou referências de doutrinadores, utilizaremos os termos por eles utilizados, por compromisso com a fidelidade às fontes.

1.1.2 Atividade administrativa – Atividade jurisdicional

A maioria dos estudos sobre o tema analisa o princípio da confiança no âmbito dos atos da Administração, isto é, nas relações da Administração Pública perante os administrados¹³, sejam atos vinculados às esferas do Direito Administrativo, do Direito Tributário, do Direito Previdenciário, etc.

¹² E, assim, contribuir para a correta utilização do Postulado da Ponderação da forma mais técnica possível ao se preparar a ponderação demonstrando exatamente quais os princípios que estão em jogo (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 155 et seq.).

¹³ Conferir a doutrina brasileira em especial: COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2009; MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança do direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009; e RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. E na doutrina estrangeira: SCHOMBERG, 2000; THOMAS, Robert. **Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law**. Oxford: Hart, 2000; CASTILLO BLANCO, Frederico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998; GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el**

Nesse âmbito de incidência, o princípio da confiança pode ter como fundamento normativo *imediato* o princípio da moralidade¹⁴ visto que a Constituição Federal previu expressamente o princípio da moralidade no caput do artigo 37. Assim, nesse caso, é válido defender que a confiança do cidadão está em exata oposição ao princípio da moralidade ínsito à Administração Pública (e reflexo em qualquer Poder Público). Por sua vez, como a própria moralidade administrativa decorre do princípio do Estado de Direito, a proteção da confiança tem por base *mediata* o princípio do Estado de Direito (O princípio da confiança também é fundamentado em outros dispositivos constitucionais como será analisado no tópico seguinte).

No âmbito da atividade jurisdicional, a fundamentação do princípio da confiança pode seguir a linha de derivação Estado de Direito → segurança jurídica em sua acepção subjetiva → Princípio da confiança. Sendo fundada, portanto, *imediatamente* na segurança jurídica e *mediatamente* no Estado de Direito. Todavia, o princípio da confiança fundamenta-se *imediatamente* nos direitos fundamentais, tendo em vista que esse princípio é a própria eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica.

Essa opção de estudo não indica nem que a proteção à confiança estaria restrita somente ao âmbito da atividade administrativa, tampouco que a atividade jurisdicional poderia agir em afronta ao princípio da moralidade. Por escolha do texto constitucional a moralidade está expressa somente em relação ao âmbito da atividade administrativa dos Poderes Públicos, o que não quer dizer que inexista respeito à moralidade no exercício das atividades jurisdicionais e até mesmo legislativas.

O presente trabalho pretende analisar unicamente o princípio da confiança e seus efeitos em decorrência da *atividade jurisdicional* do Poder Judiciário. Não é, pois, objeto do presente trabalho, a atividade administrativa por ventura exercida pelo Poder Judiciário, verificada em diversas espécies de atos, tais como a nomeação de funcionários, o conteúdo das declarações proferidas por seus membros ou a publicação de informações processuais em seus sítios da internet.

O objeto de análise é, todavia, o precedente judicial pronto e acabado em relação a outro precedente judicial posterior que modifica completamente o entendimento anteriormente exarado. Não se objetiva, com isso, analisar o mérito da decisão judicial, sua

derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2002; MERUSI, Fabio. **Buona fede e affidamento nel diritto pubblico:** degli anni “tenta” all’ “alternanza”. Milano: Giuffrè, 2001; ANTONIAZZI, Sandra. **La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione.** Torino: Giappichelli, 2005; GIGANTE, Marina. **Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento:** Tra diritto comunitario e diritto interno. Milano: Giuffrè, 2008.

¹⁴ Voto do Ministro Ayres Brito ao referir que tanto os princípios da boa-fé como da proteção da confiança funcionam como conteúdo do princípio da moralidade previsto no art. 37 da CF. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. SL 127. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 21 maio 2010).

correção em termos de justiça, se ela respeita ou não a moralidade tributária, ou atinge da melhor forma o bem comum. O que interessa é a modificação brusca da jurisprudência posterior que frustra a confiança dos contribuintes embasada em uma jurisprudência anterior e consolidada.

Não há dúvidas de que declarações reiteradas de membros do Judiciário (realizadas por qualquer outro meio que não seja no exercício da atividade jurisdicional) podem contribuir para a sedimentação da confiança para o contribuinte sobre determinado assunto. Mas essas declarações apenas representam características modificadoras do grau da confiança do destinatário depositada previamente em uma decisão judicial que denote o posicionamento do tribunal.

É importante ressaltar, nesse momento, que o vocábulo *jurisprudência* é polissêmico. Porém, utilizaremos no presente estudo dois de seus sentidos. O *primeiro*, e mais importante, pois é o significado constata do título do estudo, representa a decisão judicial exarada pelas cortes¹⁵ que pacifica determinado tema controvertido (nesse sentido será utilizada como sinônimo a expressão *precedente*). Pode ser entendida, assim, decorrente do conjunto de várias decisões no tempo, ou de apenas um único julgamento. O *segundo* significado de *jurisprudência* diz com o conjunto das decisões dos tribunais, sejam elas dissonantes ou convergentes e prolatadas por tribunais superiores ou não, isto é, é o produto da atividade jurisdicional dos tribunais. Não será necessária a especificação a todo o momento da acepção do vocábulo *jurisprudência* empregada, por três motivos: (i) a utilização de dois significados não prejudica a cientificidade de um estudo quando esses significados são tão distanciados que o leitor minimamente atento depreende a sua conotação, o que ocorre no presente caso; (ii) ambos os significados são de uso corrente e aceitos por todos, e (iii) a simples troca de um vocábulo já conhecido por outro qualquer e desconhecido, ao menos *a priori*, enfraquece a construção realizada e pode gerar confusões desnecessárias¹⁶.

Diante desse corte metodológico pode surgir imediatamente a seguinte conclusão: Se não se está analisando os efeitos decorrentes da atividade administrativa dos Poderes Públicos, mas, os efeitos da atividade jurisdicional, a questão resolve-se simplesmente com as regras processuais da legislação posta atinentes aos efeitos das decisões judiciais. Isto é, ou

¹⁵ O foco principal serão as decisões exaradas pelas Cortes superiores, no âmbito de suas respectivas competências (STF – interpretar normas constitucionais –, e STJ – interpretar leis federais).

¹⁶ E, ainda, o vocábulo *jurisprudência* no primeiro sentido por vezes será seguido de adjetivos, tais como (dominante, pacífica, de plenário) propositalmente, a fim de reforçar uma característica. Quando assumir significação própria distinta desta será no momento apropriado esclarecido.

a decisão terá efeito *erga omnes* ou terá efeitos *inter partes*, não cabendo quaisquer outras discussões quanto à matéria.

Ainda que em um primeiro momento possa parecer lógica, essa conclusão está equivocada. *Primeiro*, porque reduz o Direito unicamente a regras pontuais, desconsiderando a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico, as quais, segundo Canaris, são características do sistema de direito decorrentes do princípio da igualdade e da “tendência generalizadora” da Justiça¹⁷. *Segundo* porque as regras da legislação processual, quanto aos efeitos das sentenças¹⁸, e as regras sobre a eficácia das normas no tempo, aplicadas sem a análise dos princípios constitucionais que as subjazem, e dos demais princípios constitucionais não solucionam satisfatoriamente grande quantidade dos problemas postos atualmente em decorrência da complexidade da vida, como a manutenção de posições jurídicas diante da virada jurisprudencial¹⁹, implicando, conseqüentemente, violação a direitos fundamentais e à segurança jurídica. *Terceiro*, por decorrência do Estado de Direito, o cidadão embasa sua existência em um mínimo ideal de previsibilidade, continuidade e igualdade, fins esses que impõem ao Estado uma atuação voltada para a sua promoção.

Canotilho aponta que não haveria, *a priori*, do ponto de vista do cidadão, direito à *manutenção* da jurisprudência dos tribunais, em face da liberdade de decisão do juiz, mas pondera que “sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos estabilidade, na orientação dos tribunais”²⁰, sem, todavia, adentrar profundamente no assunto. É, pois, essa questão que estamos pretendendo responder.

Araújo²¹ informa que embora a doutrina majoritária alemã aceite a aplicação do princípio da protecção da confiança para os atos do Poder Judiciário, há, contudo, parcela que não concorda com esse posicionamento. A exemplo, cita Anna Leisner que aduz não se poder equiparar a alteração legal com a alteração de jurisprudência, pois, enquanto a norma legal

¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2008. p. 66 et seq e p. 279-280.

¹⁸ Aqui sentença tem a acepção lata no sentido de decisões do Poder Judiciário que introduzem uma nova norma geral e concreta ou individual e concreta, conceito esse que será utilizado no decorrer do trabalho.

¹⁹ Sobre o tema e que demonstra situações que a modificação da jurisprudência influencia a atuação dos contribuintes está a obra de DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. No seguinte artigo apresentam-se resumidamente as situações possíveis de modificação de jurisprudência passíveis de gerar frustração da confiança do contribuinte: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Mudança na Jurisprudência Constitucional-tributária: Limites à aplicação de novos critérios de interpretação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11, p. 345-358.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 265.

²¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da protecção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 174.

teria realmente existido, o entendimento judicial anterior, e posteriormente modificado, seria uma má compreensão do Direito.

É acertado o posicionamento do autor ao discordar²² firmemente dessa posição, visto que uma decisão judicial tem, sim, carga normativa e, até mesmo, função desveladora de Direito. Se uma decisão judicial não pode ser comparada com uma norma legal introduzida no ordenamento pelo Parlamento, é inegável que as decisões do Judiciário, notadamente das cortes superiores influenciam os destinatários, pautando condutas e por consequência, criando expectativas. Afinal, conforme citado por Pertence, os dizeres do *Chief Justice* americano, Charles Huges, são por si só ilustrativos: “vivemos sobre uma Constituição, mas a Constituição é o que a Suprema Corte diz o que ela é”²³.

Nessa linha, Alexy atribui importante destaque ao precedente judicial como sendo parte da base de sua teoria da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais. É de se pontuar que, em princípio, o ordenamento jurídico alemão, já que parte da família do *Civil Law*, está mais próximo ao nosso do que a família do *Common Law*, a qual tem uma atribuição de força ao precedente judicial mais forte e explícita como regra institucional. Para mostrar a sua importância, o autor assim se manifesta:

As palavras de Smed expressam a sua importância: “na prática a Constituição vale, atualmente, tal como interpretada pelo Tribunal Constitucional Federal”. Essa importância corresponde à auto-avaliação do Tribunal como “intérprete principal e guardião da Constituição”.²⁴

A confiança na interpretação jurisdicional, assim, assemelha-se à confiança depositada na manutenção da lei em face da eficácia normativa inerente aos precedentes judiciais. A confiança perante o Estado, especificamente sobre o produto da atividade jurisdicional, pelo caráter de regra normativa, ou ao menos de forte critério interpretativo da própria legislação exercido pela atividade jurisdicional das cortes superiores, deve ser protegida e, mais, deve ser detalhadamente estruturada, já que em nosso sistema não há legislação infraconstitucional expressa sobre o tema. Veja-se, como bem pontuado por Baleeiro, que o art. 100 do Código Tributário Nacional não previu em seu rol de normas complementares do Direito Tributário a jurisprudência consolidada dos tribunais, todavia verifica-se que foi a própria jurisprudência que se antecipou ao legislador na fixação de vários

²² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 174 et seq.

²³ PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controles concentrado e difuso no direito constitucional: a eficácia temporal das decisões. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 267, set./dez. 2007. p. 211.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 554.

princípios e conceitos de Direito Tributário como, por exemplo, de “base de cálculo”, “fato gerador”, de repetição de indébito independente de prova de erro²⁵.

As cortes superiores, em pelo menos dois julgados de expressão no âmbito tributário, abordaram a questão da virada jurisprudencial, e, a despeito de não terem “privilegiado” o princípio da confiança do contribuinte baseado na jurisprudência, tiveram o mérito de trazer o princípio aqui investigado para o centro do debate da comunidade jurídica.

O primeiro julgado é o RE n.º 370.682/SC²⁶, que versa sobre a possibilidade de creditamento de IPI como crédito presumido na hipótese de aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados, em respeito aos *princípios* da não cumulatividade e da seletividade. Relativamente a tal caso foi assentado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no ano de 2003 pelo placar de 9 (nove) votos contra 1 (um) pela existência de tal crédito. Ocorre que no ano de 2007, em fevereiro, após modificação da composição da corte, o posicionamento reverteu-se por 6 (seis) votos contra 5 (cinco) pela impossibilidade do creditamento de IPI no caso em tela. Ou seja, exercendo o seu papel constitucional o STF firmou jurisprudência nova, modificando entendimento anteriormente exarado de forma quase unânime pelo tribunal.

O segundo julgado é o EResp 738.689/PR²⁷, que versa sobre a validade ou não do crédito-prêmio do IPI²⁸. Em breve resumo da questão jurídica, tem-se que a polêmica, quanto ao crédito-prêmio do IPI concedido a empresas industriais exportadoras, reside no fato de que primeiramente a jurisprudência do STJ estava dissonante, havendo três posicionamentos sobre o tema: (i) o crédito-prêmio havia sido extinto em 1983, anteriormente à Constituição Federal de 1988; (ii) o crédito-prêmio, por não ter havido expressa extinção, fora extinto dois anos após a publicação da Constituição Federal, o que se deu em 1990, e, por fim, (iii) o crédito-prêmio não foi extinto, estando ainda em vigor.

²⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Mizabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p., 652. Eart. 100 do CTN: Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

²⁶ EMENTA: Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 370682. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJ** 19 dez. 2007).

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Seção. EREsp 738689/PR. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em: 27 jun. 2007. **DJ** 22 out. 2007. p. 187.

²⁸ Curiosamente o voto que impossibilitou a modulação dos efeitos firma-se no do Ministro Marco Aurélio no julgado acima referido, que, a nosso juízo não apresenta as mesmas premissas jurídicas.

A jurisprudência do STJ, primeiramente, fixou-se no sentido de que o crédito prêmio estaria ainda em vigor, com julgados pacíficos desde o ano de 2000. Ocorre que no ano de 2004 foi revisto o posicionamento da corte no sentido de que o benefício teria findado em 1990. O Ministro Herman Benjamin, no julgado de 2007, levanta a questão da necessidade de se respeitar a confiança do contribuinte que programou a sua vida e a sua atuação empresarial com base na jurisprudência sedimentada no STJ. Em extenso voto demonstra que a confiança do cidadão não pode ser frustrada pela modificação brusca (imprevista) e diametralmente oposta da jurisprudência da corte. Sem adentrar ao mérito de ambas as questões acima referidas, o que não vem ao caso para nosso estudo, fato é que houve primeiramente uma posição consolidada pelas cortes, e posteriormente houve a brusca modificação da jurisprudência em sentido completamente contrário ao primeiro posicionamento.

É objetivo deste estudo mostrar que em tais casos, onde verificada a virada jurisprudencial brusca e nítida de cortes responsáveis pela última interpretação da Constituição ou da legislação infraconstitucional, implicando violação a posições jurídicas de contribuintes, opera-se o princípio da confiança.

Destaca-se, por fim, que com a instituição da regra relativa à demonstração da repercussão geral da matéria constitucional dos recursos extraordinários surge, ainda, a seguinte problemática. Na hipótese de uma questão constitucional ter sua repercussão geral não reconhecida há a possibilidade de existir decisões diferenciadas sobre aquela matéria constitucional nos diferentes tribunais de segunda instância. Nesses casos, a modificação de jurisprudência poderia ser analisada perante cada tribunal de segunda instância no âmbito de sua atuação, e assim, da mesma forma, o princípio da confiança²⁹.

Enfim, a confiança dos cidadãos é afetada pela atividade jurisdicional, notadamente por prejudicar a continuidade do Direito e a previsibilidade das atuações estatais, afinal, “quanto maior é o grau de previsibilidade do exercício do Poder Público sobre a base das regras jurídicas, tanto melhor é o Estado de Direito³⁰”.

Mas nem todos os juristas concordam que se pode aplicar o princípio da confiança em relação aos atos jurisdicionais. Vejam-se, abaixo, as suas objeções e os argumentos que as afastam.

²⁹ Também aqui não se discute a estrutura da regra da repercussão geral, nem a sua adequação ao ordenamento, mas apenas o efeito prático inevitável que ela acaba gerando ao permitir decisões diferentes por tribunais diferentes quando denegada possibilidade de análise da questão pelo STF.

³⁰ PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón**. México: Fontamara, 2000. p. 129.

1.1.3 Objeções à utilização do princípio da confiança em relação à atividade jurisdicional

Neste item enfrentam-se as objeções à análise realizada na proposta deste trabalho, apresentada por dois doutrinadores. Garcia Luengo³¹ refere que o Tribunal Constitucional Espanhol encontrou na intangibilidade das resoluções judiciais um novo campo de aplicação do princípio da proteção à confiança. Todavia não aborda o assunto em sua obra porque entende que em sendo a questão de fundo dessa intangibilidade a sujeição dos tribunais a seus precedentes, seria mais uma questão atinente à aplicação do princípio da igualdade que da proteção da confiança.

Discordamos do autor citado por três motivos. Primeiro por questão de força argumentativa; segundo, por questão de conflito de princípios; e, terceiro, por estrutura interna dos princípios.

Primeiro, o princípio da igualdade não resolve sozinho todas as problemáticas do Direito. É evidente que o fim primordial da utilização do precedente judicial é a igualdade, compreendida no sentido de que todas as pessoas que se encontrarem em situações jurídicas e fáticas iguais devem ter um julgamento igual. Ocorre que, justamente no caso da virada jurisprudencial, o princípio da igualdade não soluciona sozinho a questão.

Por um lado, quando, hipoteticamente, houver duas correntes de entendimento sobre determinada matéria em um dado tribunal, o particular poderia pleitear, com base na igualdade, que a sua decisão fosse prolatada em acordo com qualquer uma das duas correntes. Mas, em tal hipótese não seria aplicado o princípio da confiança, pois não haveria base geradora da confiança para pleitear o julgamento em qualquer dos dois sentidos, justamente, pois não há entendimento consolidado passível de gerar confiança. Veja-se que a aplicação do princípio da igualdade não teria resposta para a questão: Igualdade em relação a qual corrente de entendimento?

Por outro lado, no caso da existência de um posicionamento firmado e pacífico no tribunal, se levado ao extremo o raciocínio de que seria caso de aplicabilidade da igualdade, ela deveria se sobrepor até mesmo a situações previstas por regras constitucionais expressas do ordenamento, tais como a prescrição, a coisa julgada, e até mesmo a coisa julgada qualificada pela fluência do prazo da ação rescisória. Vale dizer, a igualdade analisada e aplicada solitariamente, sem o cotejo com o restante do ordenamento, tem o potencial de

³¹ GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 104-105.

violar outras regras e princípios que garantem a inviolabilidade de posições jurídicas dos destinatários da norma.

A utilização do princípio da confiança pressupõe justamente a existência e demonstração do exercício da confiança pelo particular. O princípio da igualdade, por sua vez, não necessita de demonstração da confiança para a sua configuração, o que enfraquece a posição jurídica pleiteada por aquele que realmente tem confiança exercida a ser tutelada.

Em outras palavras, embasar a proteção de situações baseadas em precedentes unicamente na igualdade não tem a mesma força que embasar essa proteção também no princípio da confiança, justamente porque a igualdade pode ser utilizada como princípio a ser tutelado de forma geral, sem a necessária demonstração da confiança. E se o princípio da confiança tem maior carga argumentativa, também é necessária maior carga argumentativa para a sua não aplicação.

Segundo, e mais importante, pois diz respeito ao âmbito do conflito de princípios, é o fato de o princípio da confiança muitas vezes se opor à igualdade justamente com o objetivo de promover o fim da justiça. Que não é a justiça do particular no caso concreto, mas a justiça geral no *tempo*. Uma das maiores dificuldades da manifestação da igualdade é justamente a sua aplicação no tempo, conforme bem demonstrado por Ávila³². A segurança jurídica em sua eficácia reflexiva, por meio de suas manifestações, tais como a irretroatividade da lei, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, dentre outras regras expressas na Constituição Federal, e o princípio não expresso da confiança, farão a igualdade ser aplicada somente em relação ao *tempo* em que vigente determinada norma jurídica.

Ou seja, sob a perspectiva da igualdade unicamente, o destinatário da norma poderia pleitear a aplicação da jurisprudência anterior à modificação ou com base na jurisprudência posterior à modificação. Em ambos os casos é possível dizer que ele estaria pleiteando a incidência do princípio da igualdade, seja em relação aos contribuintes que sofreram a incidência da jurisprudência anterior seja em relação aos contribuintes que sofreram a incidência da nova jurisprudência.

Por outro lado, deve ser preservada a segurança jurídica para aqueles que realmente confiaram no posicionamento judicial anterior, valendo-se de atos reconhecidamente demonstrativos dessa confiança, devendo tais contribuintes ter suas posições jurídicas mantidas, ainda que não tenham a seu favor uma decisão transitada em julgado com o prazo da ação rescisória superado.

³² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 121 et seq.

Em resumo, o princípio da igualdade não se aplica sozinho, vazio, sem a consideração das situações jurídicas particulares, como a disponibilização da liberdade e propriedade do cidadão-contribuinte, e sem a consideração dessas disponibilizações projetadas no tempo. Justamente nesse caso, aplica-se o princípio da confiança caso preenchidos seus demais elementos.

E *terceiro*, quanto à estrutura interna dos princípios em tela, a igualdade e a confiança diferem completamente.

A igualdade, segundo Ávila, “é a relação entre dois ou mais sujeitos, com base numa medida de comparação, aferida por meio de um elemento indicativo, que serve de instrumento para a realização de uma determinada finalidade”³³. Por sua vez, a verificação da existência da confiança a ser tutelada, caracteriza-se pela verificação dos quatro elementos básicos anteriormente referidos (além do sujeito particular e do Estado): (i) base da confiança por parte do Estado; (ii) confiança subjetiva; (iii) ato (s) que demonstram a confiança e (iv) ato que frustra a confiança³⁴.

Nos casos em que há modificação de jurisprudência, antes (cronologicamente) mesmo de se cogitar a aplicação do precedente anteriormente firmado aos casos eventualmente *iguais* (em face do princípio da igualdade), tem que ser realizado o exame da confiança. Vale dizer, somente se poderá pensar em aplicação da igualdade quando constatada a existência da confiança. Isso porque, nos casos em que inexistente a confiança do jurisdicionado em determinada decisão anterior, não cabe o pleito pela manutenção dos seus efeitos, e por consequência a aplicação da decisão pela igualdade. Da mesma forma, nos casos em que inexistente ato jurídico gerador da confiança por parte do Estado não há que se pensar em aplicação do princípio da confiança, mas se poderia aplicar hipoteticamente a igualdade caso preenchidos os seus requisitos.

Ou seja, a aplicação de cada um dos dois princípios – igualdade ou confiança – segue regras distintas tendo em vista que seus elementos são distintos. E muitas vezes, como se viu acima, a aplicação de um princípio necessita da conformação anterior (cronologicamente) de outro.

Maurer³⁵, por sua vez, aponta duas objeções (mais intensas dentre outras apresentadas) à possibilidade de aplicação do princípio da confiança no âmbito da atividade jurisdicional do Estado. O autor coloca ambas as objeções como sendo mais claras no âmbito

³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 192.

³⁴ Essa relação de requisitos será aprofundada no subcapítulo 1.3 *infra*.

³⁵ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 140 et seq.

da jurisdição cível e trabalhista (que não envolveriam o Estado em um dos polos da ação), mas, contudo, não afasta estas objeções das relações de outra natureza, tampouco apresenta objeções mais fortes para tais situações. De qualquer forma, entende-se que essa diferença se mostra bastante evidenciada na solução das questões.

A *primeira* diz respeito à questão da igualdade entre o demandante antigo (anterior à modificação do entendimento) e o demandante atual. A igualdade, como referido acima, não se concebe entre o caso anterior e o posterior para todos os jurisdicionados. Não fosse assim, não haveria razão de existirem as normas de proibição da retroatividade gravosa, por exemplo. A igualdade deve ser analisada do ponto de vista global, o que envolve também a norma jurídica válida e vigente no sistema em determinada época. Não se pode exigir a igualdade de duas situações com finalidades diametralmente opostas. Ou seja, se a nova interpretação determina a imposição tributária e a anterior não determina tal imposição tributária, em face das finalidades distintas, não há como se comparar e aplicar a igualdade. A aplicação da igualdade pressupõe uma mesma finalidade. Havendo normas jurídicas desiguais não há razões *a priori* para serem julgados casos de forma igual. Certamente que aqui se está considerando a decisão judicial como norma jurídica válida e vigente em um sistema jurídico durante determinado tempo.

Não fosse assim, a aplicação pura e simples da igualdade iria breçar a evolução do Direito, o qual não poderia ter novas leis, sob pena de infringir a igualdade das situações jurídicas já constituídas. Se esse raciocínio é equivocado para o futuro, também o é para o passado. Pois pensando a contrário senso, qualquer modificação legal violaria a segurança jurídica, caso não fossem preservadas as posições jurídicas do passado.

A *segunda* objeção diz com o problema específico do demandante que possui a ação judicial que modificou a jurisprudência para uma decisão mais gravosa. Ou seja, sendo deste cidadão a ação judicial que *provocou*³⁶ a modificação da jurisprudência, ele próprio não se beneficiaria com a jurisprudência antiga, até então vigente.

Ocorre que tal raciocínio não se mostraria como empecilho no Direito Tributário, tendo em vista que nesse âmbito têm-se relações, no mais das vezes, continuativas no tempo, em que há imposição tributária ou o afastamento de uma imposição tributária por conta de uma regra de benefício fiscal.

Nesses casos a nova orientação jurisprudencial valerá para os casos futuros ou as competências tributárias futuras, mantendo-se para as anteriores a posição consolidada da

³⁶ O que provoca a modificação da jurisprudência, a rigor, é a modificação de entendimento dos julgadores sobre a matéria jurídica em questão.

jurisprudência. Mesmo nos casos tributários que não envolvam relações continuadas não haverá óbice para a aplicação do princípio da confiança caso a nova decisão, modificativa da jurisprudência, preveja a fixação de eficácia *pro futuro* ou para os casos somente posteriores a serem julgados. Ainda, a suposta prejudicialidade do caso judicial que provocou a mudança, por sua excepcionalidade pode justamente sofrer um tratamento excepcional com uma medida aplicada somente a si. Vale dizer, não é um problema pontual de aplicabilidade de princípio da confiança que terá a capacidade de afastar a inteira dogmática e fundamentação desse mesmo princípio, a ponto de objetar a sua própria existência.

1.2 FUNDAMENTO NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

1.2.1 Dimensão normativa de princípio

A confiança possui dimensão normativa de princípio. A fim de se confirmar esta assertiva faz-se necessário analisar a questão sob a ótica da diferença entre as espécies normativas princípios e regras. Na esteira dos estudos de Ávila, a definição de princípio é a seguinte:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente retrospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³⁷

Já as regras possuem uma característica imediatamente descritiva, primeiramente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exigem a avaliação da *correspondência* entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da descrição normativa e entre a finalidade que lhe dá suporte³⁸.

A tutela da confiança dos cidadãos impõe ao Poder Público a busca dos ideais de estabilidade, previsibilidade normativa, confiabilidade e mensurabilidade³⁹. *Ideais* aqui entendidos como metas máximas, como situações modelo a serem atingidas. Ainda que tais ideais não sejam alcançados efetivamente, é possível se atingir os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade atinentes à segurança jurídica, como adiante analisaremos

³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p 78 et seq.

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p 80-82.

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.

com mais detalhe. Mas o que é importante no presente ponto é que ambas as concepções evidenciam a mesma característica normativa de indicação de uma finalidade a ser promovida. Ou seja, ainda que com concepções diferentes quanto ao significado e quanto à intensidade das finalidades a doutrina sempre relaciona a manifestação da confiança com a efetivação de algum fim, no mais das vezes, dentro da mesma esfera de significação. Veja-se:

Para Boeken o princípio da confiança concretiza o princípio da segurança jurídica tendo em vista que a ideia de segurança pressupõe a confiança na *estabilidade* de uma situação legal atual⁴⁰.

Ribeiro refere que a proteção à confiança representa a dimensão subjetiva da segurança jurídica, representada pela *calculabilidade* e *previsibilidade* dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos do Poder Público⁴¹. Mafini na mesma linha refere que a proteção da confiança tem como principal finalidade ser voltada à obtenção de um estado de coisas que ensejem a *estabilidade*, *previsibilidade* e *calculabilidade* dos atos do Poder Público⁴².

Para Blanco, por sua vez, a confiança legítima sustenta-se na segurança jurídica a qual pressupõe a proteção da estabilidade, certeza e previsibilidade da ação dos Poderes Públicos⁴³. E ainda complementa que os cidadãos em relação a suas situações jurídicas e expectativas legítimas exigem coerência no exercício do poder e de segurança na adoção de decisões pelo Poder Público⁴⁴.

No entender de Torres, ainda que indefinível, o princípio da proteção da confiança determina em linhas gerais que o Estado deve respeitar a segurança dos direitos fundamentais do contribuinte, agindo de acordo com a moralidade e a equidade, aparecendo amalgamado aos princípios da legalidade, irretroatividade e proibição de analogia⁴⁵. Por sua vez, ao discorrer sobre o princípio da irretroatividade, aduz com base em Tipke que “o princípio da

⁴⁰ Entendimento referido e acompanhado em: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 125.

⁴¹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A segurança jurídica do contribuinte legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 228.

⁴² MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança do direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 55.

⁴³ CASTILLO BLANCO, Frederico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 32.

⁴⁴ CASTILLO BLANCO, Frederico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 98.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 570.

irretroatividade protege o contribuinte não só contra a lei formal, mas também contra os atos emanados da Administração e do Judiciário”⁴⁶.

Para a doutrina alemã⁴⁷, com base em decisões do Tribunal Constitucional, a proteção da confiança é verificada em oposição aos atos da Administração, bem como em relação à retroatividade das leis. Isto porque não há na Lei Fundamental Alemã dispositivo expresso prevendo a irretroatividade das leis, como é o caso da Constituição Federal Brasileira, e, portanto, a construção dogmática do princípio foi realizada pelo Tribunal Constitucional, o qual em linhas gerais definiu as estreitas ligações entre a proibição da retroatividade das leis mais gravosas⁴⁸ e o princípio da proteção da confiança.

A irretroatividade⁴⁹, no seu conteúdo de princípio (e não no sentido de regra constitucional expressa, a prescrever determinada conduta), como garantia que visa à promoção de certeza e previsibilidade do Direito é utilizada, também diante de atos do Poder Judiciário. A partir do ponto de vista das posições jurídicas do contribuinte, não há diferença prática entre a instituição de uma nova lei mais gravosa e a “virada de jurisprudência” do tribunal em relação a um entendimento anteriormente mais favorável para um entendimento mais gravoso sobre a interpretação de um dado texto normativo.

Por outro lado, analisando os julgados das cortes superiores é possível verificar, da mesma forma, que a manifestação da confiança sempre está relacionada com a promoção de determinados fins que extrair os fins perseguidos pela proteção da confiança.

É objeto do recurso especial n.º 944.325⁵⁰ o seguinte caso: uma pessoa sofrendo da doença de retinose pigmentar obteve decisão liminar em mandado de segurança com determinação judicial de custeio pelo SUS dos tratamentos médicos necessários na República de Cuba. Esse posicionamento judicial era dominante na jurisprudência da época. Porém, posteriormente ocorreu uma modificação na jurisprudência do STJ, que não mais deferia pedidos judiciais de custeio de tratamento no exterior. Diante disso, a impetrante após ter a liminar favorável e ter efetivamente viajado a Cuba realizado o tratamento e retornado, teve, em seu processo, sentença contrária, já adotando o novo posicionamento da Corte pela denegação da ordem.

⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 514.

⁴⁷ TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. **Direito tributário**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 250.

⁴⁸ Entendidas, em matéria tributária, como sendo tanto as leis impositivas ou as leis supressoras de benefícios.

⁴⁹ Sobre a irretroatividade e suas consequências dogmáticas para o presente estudo nos aprofundaremos no item 2.1.2.1 *infra*.

⁵⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 944325/RS. Relator: Min. Humberto Martins., Julgado em: 04 nov. 2008. **DJe** 21 nov. 2008.

Diante desse fato a administração pretendeu, por ação de cobrança, reaver o valor pago a título de custeio. A decisão do STJ foi no sentido de preservar a legítima confiança da pessoa e a boa-fé objetiva em face das peculiaridades do caso concreto⁵¹. É referido no julgado que a proteção da confiança está baseada nos estudos de Larenz para o Direito Civil, mas que passaram ao Direito Público como subprincípio derivado da moralidade administrativa. Análise mais detida do conjunto fático demonstra, contudo, que o protegido pelo julgado não foi a legítima expectativa decorrente de uma atuação da administração, mas a confiança depositada em uma decisão judicial liminar que estava embasada na jurisprudência firmada e remansosa do tribunal.

Por meio dessa decisão – e é isso o que importa neste momento – restaram preservadas a *previsibilidade* do resultado e a *continuidade* da posição jurídica da pessoa destinatária da solução jurídica, tudo com base expressa no princípio da confiança.

Outro julgado acena para a mesma conclusão. Em decisão monocrática no MS 27506⁵², possibilitada em face da solidez da jurisprudência do STF no mesmo sentido⁵³, foi mantida a incorporação financeira à remuneração de servidor público, mesmo em face de tal incorporação ter sido posteriormente questionada pelo Tribunal de Contas da União. O posicionamento do julgado foi justificado, dentre outros motivos, com base no princípio da confiança, no sentido de serem preservadas as situações constituídas e consolidadas no passado. Tal decisão confirma a dimensão normativa do princípio da confiança em promover as finalidades de preservação ou *estabilidade* das posições jurídicas obtidas.

Verifica-se, portanto, que a confiança tem sua dimensão normativa preponderante de princípio, tendo em vista que impõe ao Estado a busca dos ideais de *continuidade* e *previsibilidade*. Sem esquecer-se de que ela pode atuar sobre outras normas, caso em que se qualifica como sobre-princípio⁵⁴.

⁵¹ Ainda que no acórdão haja alerta do julgador que se trata de decisão pontual sem pretensão de universalidade, é certo que tal decisão apresentou critérios a serem utilizados para os casos similares a este sob pena de tal decisão ser considerada arbitrária. É que, ainda que específica para um determinado caso, todas as decisões têm uma eficácia de universalidade para os casos iguais.

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática. MS 27506. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 7 abr. 2010. **DJe** 12 abr. 2010.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24268/MG. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 05 fev. 2004. **DJ** 17 set. 2004; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24448. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 27 set. 2007. **DJe** 14 nov. 2007; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 25963. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 23 out. 2008. **DJe** 21 nov. 2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26117. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 20 mai. 2009. **DJe** 06 nov. 2009; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26363. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 17 dez. 2007. **DJe** 11 abr. 2008.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 370-371.

Por esses argumentos doutrinários e jurisprudenciais, não se vislumbram da confiança as características de regra anteriormente referidas: normas imediatamente descritivas, primeiramente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência.

Superada essa questão inicial, se indaga aonde é possível encontrar essas finalidades no texto constitucional, a fim de comprovar que a proteção da confiança tem *status* de princípio constitucional? Como ficou claro da doutrina e dos julgados, ainda que os ideais a serem buscados sejam similares sua fundamentação varia ou na segurança jurídica ou no Estado de Direito. No próximo item será analisado o embasamento do princípio da confiança com seu fundamento normativo na segurança jurídica decorrente do Estado de Direito, e no item subsequente será analisada especificamente a concepção de segurança jurídica adotada nesta pesquisa.

1.2.2 Segurança jurídica e Estado de Direito

A Constituição Federal não traz expresso o princípio da confiança em seu texto, o que não significa, de forma alguma, que tal princípio não tenha fundamento constitucional. É pressuposto teórico da presente dissertação a concepção de que a norma jurídica não coincide com o texto⁵⁵. Ou seja, não há uma correlação biunívoca⁵⁶ entre disposição e norma, no sentido de que onde houver texto não necessariamente haverá norma e onde houver norma não necessariamente haverá texto.

Há normas, portanto, que se depreendem da interpretação de mais de um texto⁵⁷, o que importa concluir, confirmando o acima aduzido, que de um só enunciado pode tanto resultar mais de uma norma, quanto pode não resultar norma alguma. Nesse último caso, serão necessários mais de um enunciado para, com uma interpretação conjunta, produzirem uma norma. O princípio da confiança é, pois, uma espécie dessas normas que estão implícitas no ordenamento, cabendo ao intérprete verificar no sistema a partir de quais textos e quais outras normas é que ele confirma.

O STF passou a reconhecer⁵⁸, não há muito tempo, mas de forma firme e reiterada, expressamente, que o princípio da confiança decorre do princípio da segurança jurídica, o

⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30 et seq.

⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às Normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 40 e seguintes.

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. p. 130.

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24268/MG. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 05 fev. 2004. **DJ** 17 set. 2004. SUPREMO TRIBUNAL

qual, por sua vez, decorre do princípio constitucional do Estado de Direito, e o fez com base na doutrina germânica e expressamente com referência aos estudos de Couto e Silva sobre o tema.

O eminente professor gaúcho, em sua obra⁵⁹, define que o princípio da segurança jurídica decorre do princípio do Estado de Direito, e, se divide (se manifesta) em duas partes. A primeira, de natureza *objetiva*, em nosso ordenamento diz com os limites à irretroatividade da atividade do Estado, representada pela proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e o direito adquirido. A segunda, de natureza *subjetiva*, diz com o princípio da proteção à confiança das pessoas, no pertinente aos atos, condutas e procedimentos do Estado nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Nesse sentido o fundamento normativo do princípio se encontraria no princípio da segurança jurídica o qual decorreria diretamente do Estado de Direito.

Ana Paula Ávila reconhece que é “concepção corrente” tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a segurança jurídica é um dos pilares do Estado de Direito. Bem assim, concorda que a proteção da confiança é a vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica, a qual tem por fim a “proteção dos direitos e expectativas dos indivíduos em face das manifestações estatais”⁶⁰.

Nabais acolhe o mesmo posicionamento, analisando o Direito Constitucional Português, o qual, no ponto aqui estudado, guarda semelhanças com o nosso ordenamento, visto que, no texto constitucional, luso somente é expresso o princípio do Estado de Direito no âmbito dos princípios fundamentais constitucionais, nada sendo previsto explicitamente sobre a proteção da confiança. Assim, entende o autor citado que a segurança jurídica e a proteção à confiança, ainda que não constantes do catálogo de princípios constitucionais fundamentais, são princípios constitucionais implícitos decorrentes da concepção de Estado de Direito. E completa, referindo o pensamento de Vogel, que a “idéia de protecção da

FEDERAL. Segunda Turma. Pet 2900 QO/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 27 mai. 2003. **DJ** 01 ago. 2003. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 22357/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 27 mai. 2004. **DJ** 05 nov. 2004.

⁵⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009. p. 3 et seq.

⁶⁰ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 149.

confiança não é senão o princípio da segurança jurídica na perspectiva do indivíduo, ou seja, a segurança jurídica dos direitos e demais posições e relações jurídicas dos indivíduos”⁶¹.

Canotilho, nessa mesma linha, refere que as ideias nucleares do princípio do Estado de Direito desenvolvem-se em dois conceitos: a *estabilidade* ou eficácia para frente do princípio da segurança, no sentido de que as posições adotadas pelo Poder Público não podem ser modificadas arbitrariamente; e *previsibilidade* ou eficácia para trás do princípio da segurança jurídica, que representa a exigência de certeza e calculabilidade do ponto de vista dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos⁶². Derzi⁶³, transportando conceitos eminentemente da doutrina alemã, também reconhece que o princípio da proteção à confiança, tal qual o princípio da boa-fé, são princípios que se deduzem da segurança jurídica, a qual, por sua vez, decorre diretamente do Estado de Direito.

A segurança jurídica, por outro lado, em alguns casos, é referida pela doutrina, por vezes de forma bastante genérica, como sendo um princípio que alberga um dos dois valores mais importantes da humanidade em todos os tempos e lugares – Segurança e Justiça⁶⁴, os quais, em nosso entender, estão albergados intrinsecamente também no conceito de Estado de Direito.

A estreita ligação entre Estado de Direito e segurança jurídica, firmada na ideia de previsibilidade dos atos do Poder Público, também foi assinalada por Peczenik, para quem “O ideal do Estado de Direito pressupõe que os cidadãos gozam de um alto grau de segurança jurídica, é dizer, que o exercício do Poder Público está restringido por regras jurídicas e, por tanto, é altamente previsível”⁶⁵.

Ataliba, em seu pioneiro estudo sobre República e Constituição, destacando o fato de ordenamentos jurídicos como os da Alemanha não preverem, expressamente, em seus textos constitucionais o princípio da irretroatividade das leis, refere que “a segurança dos direitos repousa mais nos princípios implicitamente consagrados, que são arraigados na consciência dos parlamentares, administradores e juízes”. Ainda que no Brasil não seja assim continua aduzindo não haver “dúvida que nossas Constituições republicanas todas consagram a teoria

⁶¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 395.

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed.Coimbra: Almedina, 2003. p. 265.

⁶³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 380 e 381.

⁶⁴ MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da segurança jurídica e a identidade da lei complementar. In: FOLMANN, Melissa (Coord.). **Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 132 et seq.

⁶⁵ PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón**. México: Fontamara, 2000. p. 129.

segundo a qual o Estado serve o cidadão e, assim, deve ser-lhe leal”. E por fim assenta⁶⁶: “Assim se vê que a certeza, confiabilidade, lealdade, autorização, consentimento, segurança, previsibilidade, representatividade – república, enfim – dão consistência e dimensão densas ao chamado princípio da certeza do Direito.”⁶⁷ A adoção pelo Brasil de instituições republicanas cria “um sistema absolutamente incompatível com a surpresa”⁶⁸, atestando-se, assim, o ideal do Estado, agora fundado no próprio princípio da República de que o cidadão, notadamente na seara tributária, não pode ficar a mercê de incertezas que o impeçam de efetivamente programar a sua vida.

Lacombe, em estudo sobre os princípios constitucionais tributários, quanto à segurança jurídica cita os estudos de Couto e Silva e de Ataliba para firmar a estrita relação entre Estado de Direito, segurança e certeza do Direito⁶⁹. Por sua vez, sem adentrar especificamente na análise do princípio da confiança, Ferraz Jr. aponta que a certeza é elemento primordial da segurança jurídica e é representada na prévia ciência do cidadão das consequências das suas próprias ações. Em suas palavras:

Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza é um elemento primordial. Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações.⁷⁰

A jurisprudência, por sua vez analisa o tema por perspectivas diferentes. O STJ já reconheceu⁷¹ que a proteção da confiança decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual pressupõe um dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes. Trata-se do julgado realizado pelo regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), no qual foi firmado o entendimento de que é ilegítima a exclusão do contribuinte de programa de parcelamento (PAES no caso concreto), em virtude da extemporaneidade do cumprimento do requisito formal da desistência de impugnação administrativa, quando na hipótese ocorra o tácito

⁶⁶ Todas as três passagens referido são de ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 159.

⁶⁷ Importante que se diga que Geraldo Ataliba entende que a função do juiz é restrita, nem mesmo adentrando na análise da possibilidade criadora do Direito pelos magistrados, conclusões pressupostas ao presente trabalho. Ocorre que suas considerações quanto à segurança e certeza do direito, principalmente quanto às passagens aqui expostas não são influenciadas por esta sua visão, e assim, guardam pertinência com o escopo da presente análise para a qual os princípios segurança e do Estado de direito citados

⁶⁸ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 144.

⁶⁹ LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 78-81.

⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 5, n. 17/18, p. 51-56, jul. 1981. p.51.

⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. REsp 1143216/RS Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 24 mar. 2010. **DJe** 9 abr. 2010.

deferimento da adesão pela Administração em conjunto com o adimplemento por longo período (4 anos) das prestações mensais estabelecidas. Por outro lado, em outro julgado, que trata sobre a impossibilidade de revisar ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União, o STJ refere que a proteção da confiança tem base constitucional na cláusula do Estado de Direito ou, especificamente, no âmbito do Direito Administrativo, no princípio da moralidade⁷². No corpo do acórdão é transcrita expressamente a doutrina de Binbenbojn pela qual o

princípio da confiança legítima, que tem sua sede constitucional (i) na cláusula do Estado democrático de direito (CF, art. 1º), (ii) na cláusula do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), (iii) no princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) e, especificamente no campo do direito administrativo, (vi) no princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), expressão constitucional dos subprincípios da lealdade, boa-fé e da vedação do venire contra factum proprium (ninguém pode opor-se a fato a que ele próprio deu causa).

A transcrição acima justifica-se para mostrar que o princípio da confiança pode manifestar-se como expressão de mais de um princípio constitucional (como referido pela doutrina e como constatado na jurisprudência), mas o que vale para nós, repita-se, é a específica análise do princípio da confiança no âmbito da atividade jurisdicional.

É certo que a Administração deve pautar seus atos pelo princípio da moralidade, mas não se mostra pertinente no presente estudo a estreita ligação entre o princípio da confiança e a moralidade, caso entendida esta moralidade, *unicamente*, como expressão do agir *ético, sério e probo* dos agentes do Poder Público. A confiança aqui estudada, e precisamente nesta significação da moralidade (que também é um vocábulo polissêmico), é aquela que estabelece a busca de um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público⁷³. Portanto, a conexão com o princípio da moralidade é verificada quando o seu conteúdo é o *respeito à palavra* dada pelo Estado (em sentido lato), bem como em decorrência da *presunção de legitimidade* dos atos do Poder Público, que ainda quando incorretos (no sentido amplo de ilegais, inconstitucionais, informais), têm a aptidão de gerar a confiança dos destinatários e serem considerados estáveis.

Afinal, a *presunção de legitimidade* dos atos do Poder Público e a *confiança* são como dois lados da mesma moeda. Se há a *presunção de legitimidade*, se há a *presunção de legalidade* dos atos do Poder Público para com os destinatários (administrados, contribuintes),

⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. REsp 1047524/SC. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 16 jun. 2009. DJe 3 ago. 2009.

⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.

é evidente que a relação em sentido oposto – dos contribuintes em relação aos atos do Poder Público –, baseia-se, no mínimo, na crença de que os atos presumidamente impostos como legítimos são confiáveis e, assim, passíveis de pautar o planejamento de seu agir.

Sem analisar, ao menos *a priori*, a seriedade, probidade e correção moral da decisão judicial, é certo que se trata de um ato do Poder Público imposto ao contribuinte com respeito a formalidades e procedimentos legais prévios e que irá afetar a vida das pessoas como expressão viva da *vontade* do Estado. Concordando ou não com uma dada decisão, cabe aos destinatários respeitarem, ou, no caso de discordância, buscar a sua modificação por meio do uso das vias apropriadas. Caso não discordem dela, poderão, sim, confiar na normatividade de tal decisão judicial. Só assim estarão promovidas as finalidades de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade que o Estado deve perseguir para dar real eficácia à segurança jurídica e ao Estado de Direito.

No entanto, o princípio da legítima confiança (especificamente nos atos administrativos e legislativos) pode ser visto, ainda, como parte da segurança jurídica e *fundado* no princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, e sendo assim, constituiria um elemento do Estado de Direito. Ou seja, a significação do Estado de Direito abarca a existência da igualdade a qual por sua vez seria o fundamento do princípio da segurança. O interessante é a forma como o princípio da confiança é colocado pela Corte Constitucional da Itália: “O princípio da proteção da legítima confiança do cidadão na segurança jurídica, que encontra sua base constitucional no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, e constitui um elemento do Estado de Direito e limita a atividade administrativa e legislativa”⁷⁴.

Em que pesem as considerações acima realizadas verifica-se que ao se fundamentar a segurança jurídica unicamente no Estado de Direito, a sua significação fica incompleta. Vale dizer, o princípio da segurança jurídica tem seu conteúdo e sua aplicação limitados.

O Estado de Direito é presumivelmente contrário à manutenção de atos inconstitucionais e ilegais, tendo em vista que a sua manutenção viola os ideais de cognoscibilidade e de calculabilidade. Ou seja, faz com que o destinatário da atividade estatal não consiga antecipar minimamente as consequências dessa atividade, tendo em vista que ela poderá ser exercida conforme a lei ou contrária a lei⁷⁵.

⁷⁴ BABORO, Roberto et al. **L'applicabilità della L.241/1990 al procedimento tributário**. Roma: Giuffrè, 2008. p. 90.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 211.

Nesse sentido, é mera falácia pensar que o Estado de Direito supostamente tem uma importância predominante⁷⁶. O Estado de Direito pressupõe somente a ideia básica de que “o Direito deve ser capaz de guiar o comportamento de seus sujeitos”. Seu conceito nada diz respeito com os ideais de justiça, igualdade ou direitos fundamentais⁷⁷. Deriva dessa ideia essencial a concepção de que as leis devem ser prospectivas (ou que pelo menos o destinatário saiba quando uma lei retrospectiva será decretada) e de que as leis devem ser relativamente estáveis. Somente com o conhecimento geral ou detalhado (no caso das leis tributárias) das leis as pessoas podem planejar o futuro. A estabilidade das leis é essencial para que as pessoas possam ser guiadas pelo Direito⁷⁸.

Em nenhum momento o Estado de Direito, por si só considerado, determina qual o comportamento a ser adotado quando efetivamente não há a estabilidade das leis. Tal princípio não responde sozinho a questão de se saber se as posições jurídicas particulares devem ser preservadas ou se as posições devem ser superadas (supostamente, por um ideal de progresso do Direito). É para suprir essa ausência de significado que se investiga a segurança jurídica baseada não somente no Estado de Direito, mas nos direitos fundamentais.

O objetivo desse avanço na pesquisa é, sim, identificar o fundamento da proteção da confiança, ou, pelo menos, o fundamento mais adequado. A preocupação com a identificação do embasamento do princípio da confiança é tão importante quanto à efetiva proteção das expectativas legítimas particulares, pois a efetiva proteção somente irá ocorrer, ou a intensidade da proteção será maior ou menor, a depender do fundamento normativo na qual embasado o princípio⁷⁹.

Nessa linha, a fundamentação do princípio da segurança jurídica no Estado de Direito torna-se insatisfatória no sentido de proteção de sua eficácia reflexiva. É por este motivo que se avança na investigação, agora sob duas vertentes. *Primeiro*, para delimitar a definição de segurança jurídica a ser utilizada e, *segundo*, para investigar a relação dos direitos fundamentais com o princípio da segurança jurídica como passaremos a fazer agora.

⁷⁶ RAZ, Joseph. **The rule of law and its virtue in the authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Oxford: University, 2009. p. 210.

⁷⁷ RAZ, Joseph. **The rule of law and its virtue in the authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Oxford: University, 2009. p. 214.

⁷⁸ RAZ, Joseph. **The rule of law and its virtue in the authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Oxford: University, 2009. p. 215.

⁷⁹ Em sentido contrário, Araújo (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p 57), para quem “a preocupação com a identificação do mais apropriado alicerce do princípio da proteção da confiança é bem menos importante que aquela que se deve ter com a efetiva proteção das expectativas legítimas de particulares”.

1.2.3 Segurança jurídica – concepção adotada

A segurança jurídica, em recentíssimo e notável estudo de Ávila, apresenta-se, pela primeira vez em nosso Direito, realmente sistematizada em sua inteireza – desconstruída e reconstruída sobre forte base científica. Dentre as várias teses sobre a segurança jurídica apresentadas em sua obra, o professor Ávila sustenta que a segurança ou é inteira ou não é nem mesmo segurança⁸⁰. O presente trabalho, ainda que tenha como objeto o princípio da confiança, o qual representa uma pequena (mas não menos importante) manifestação da segurança jurídica, necessita visualizar, ainda que brevemente, o quadro maior no qual está inserido.

Para tanto, é necessário adotar duas premissas em relação ao conceito de segurança jurídica aqui reconhecido. *Primeiro*, a segurança jurídica quanto ao conteúdo do vocábulo “segurança” constante da Constituição Federal vigente revela um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade e, *segundo*, a segurança jurídica em sua dimensão subjetiva manifesta-se em determinados casos por meio de sua *eficácia reflexiva* por meio, exatamente, do princípio da confiança. Vejam-se abaixo as implicações teóricas dessas considerações.

Primeiro, em relação ao conteúdo, e em uma perspectiva estática e atemporal, a segurança jurídica externa um estado de *cognoscibilidade* em vez de *determinação* (de certeza absoluta). Isso porque a linguagem é, a princípio, indeterminada. Embora ela passe a apresentar núcleos de significação fixados pela doutrina e jurisprudência, não é correto defender que a linguagem apresenta, antes dessa atividade de interpretação, um significado pronto e acabado⁸¹. Justamente por conta disso que diversos vocábulos acabam assumindo interpretação diametralmente opostas em nossa jurisprudência como é o caso da ainda incerta conceituação de insumo para o efeito do creditamento do PIS e da COFINS⁸².

Por sua vez, o conteúdo de segurança em uma perspectiva dinâmica e intertemporal e, em relação ao passado, desvela um estado de *confiabilidade* em vez de *imutabilidade*. Nessa acepção o Direito não é visto como petrificado, imutável ou engessado, no sentido de

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 138.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 123, p. 250, e p. 674.

⁸² Veja-se jurisprudência apresentando conceito extremamente restritivo do termo insumo: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Segunda Turma. AC 5010427-13.2010.404.7100. Relator p/ Acórdão Otávio Roberto Pamplona. DE 9 dez. 2011. Por outro lado apresentando conceito amplo de insumo: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Primeira Turma. AC 5006556-81.2010.404.7000. Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, DE 20 out. 2011. Sobre o tema ainda ver: MAIOLI, Mauricio Luís. **O conceito de Insumo para o PIS e para o COFINS não cumulativo**. Porto Alegre: 2009. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/monografia/132.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

vedar a sua mudança. Ao contrário, o Direito deve ser confiável suficiente para manter invioladas determinadas situações subjetivas, fundadas, sobretudo, nos direitos fundamentais da propriedade e da liberdade, mesmo diante das mudanças saudáveis para a evolução do sistema⁸³.

Enfim, ainda em uma perspectiva dinâmica, mas agora em relação ao futuro, a segurança jurídica ostenta um estado de *calculabilidade* em vez de *previsibilidade*. Nesse sentido, é afastada a ideia de que o Direito pode ser previsto com certeza absoluta, e adotada a ideia de que as consequências jurídicas das normas podem, quando muito, ser previstas com alto grau de calculabilidade, mas nunca com a absoluta exatidão, tendo em vista, justamente, o fato de a linguagem necessitar de processos argumentativos de construção para afastar sua indeterminabilidade natural⁸⁴.

Em relação ao conteúdo da segurança adotamos as premissas fixadas acima, não por mera opção doutrinária, mas devido às implicações que decorreriam da utilização de outra base teórica no princípio da confiança, podendo chegar ao ponto, inclusive, de negar a sua vigência. Se a segurança jurídica fosse considerada apenas como *determinação, imutabilidade e previsibilidade absolutas*, não haveria nem ao menos espaço para a teorização de um princípio que visa e proteger a confiança exercida. Ou seja, não se poderia nem cogitar na manutenção de atos realizados com base em normas ilegais ou inconstitucionais, pois o sistema não permitiria, nem mesmo na realidade prática, a criação de normas ilegais ou inconstitucionais. Ora, é por considerar-se que não se vive em uma situação utópica destas que se faz necessária a análise da segurança jurídica sob essa perspectiva.

A certeza jurídica não é mais vista como um caráter ideal do ordenamento, mas como uma exigência subjetiva dos indivíduos perante os Poderes. Nesse sentido que se passa a se falar em uma certeza *dos direitos*, ao lado da clássica certeza *do direito*. Mesmo assim, a certeza tem um caráter essencialmente estático, enquanto a confiança tem um caráter dinâmico, no sentido de que exprime a exigência de regular os problemas postos na passagem da velha para a nova disciplina⁸⁵. O Estado de Direito em relação ao Estado Legal trouxe a pessoa ao centro da sociedade. Nesse sentido, supera-se a concepção de certeza do Direito

⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124, p. 251 e p. 674.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 125, p. 252 e p. 674.

⁸⁵ GIGANTE, Marina. **Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento:** tra diritto comunitario e diritto interno. Milano: Giuffrè, 2008. p. 6-7.

como certeza na lei imutável, para uma concepção de certeza dos direitos e deveres individuais⁸⁶.

Segundo, faz-se necessária breve análise das dimensões da segurança jurídica: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A dimensão objetiva refere-se a qualidades que o Direito como tal deve possuir. Por sua vez a dimensão subjetiva é referente à eficácia concreta que o Direito deve experimentar. Ou seja, em sua dimensão subjetiva a segurança jurídica tem como objeto não o ordenamento jurídico, mas a sua aplicação concreta a determinado caso ou pessoa. Nos dizeres de Ávila,

a dimensão subjetiva da segurança jurídica demanda intangibilidade de situações subjetivas, cuja restrição requer a demonstração de que alguém, confiando em determinada regra, ato ou decisão, exerceu concretamente atos de disposição dos seus direitos de liberdade e propriedade.⁸⁷

Relativamente ao ponto que diz respeito especificamente ao nosso estudo – princípio da confiança – verifica-se que a segurança jurídica não diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, mas em relação a uma norma específica (no caso, aqui estudada, a norma decorrente da jurisprudência, do precedente judicial). A segurança jurídica manifesta-se, pois, pela exigência de confiabilidade, de necessidade de um Direito durável e estável com respeito à intangibilidade de situações subjetivas tutelado pelo princípio da confiança quando o particular realiza atos de disposição em decorrência de norma, posteriormente modificada⁸⁸.

Por sua vez, também é necessário definir qual o conteúdo da segurança jurídica levando em consideração os vários sentidos possíveis da palavra “jurídica”. Nesse sentido, a segurança jurídica quanto a sua referência ao Direito pode ser vislumbrada sob vários ângulos: segurança do Direito, pelo Direito, de direitos, frente ao Direito, como um direito e no Direito.

Especificamente para o nosso estudo, verifica-se que a segurança pode ser apreendida como segurança *pelo* Direito, ou seja, a segurança jurídica dos cidadãos se dá pela promoção e pela garantia dos direitos de liberdade, propriedade, dentre outros, o que poderia ser chamado de segurança *dos direitos* dos cidadãos, considerados coletivamente. Por sua vez, dentro dessa acepção de segurança *pelo* Direito, a segurança tem um sentido diverso quando

⁸⁶ PEGORARO, Lucio. **Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della corte costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1988. p. 46.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 139.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 140.

vislumbrada sob a perspectiva dos direitos de um único cidadão, ou em outras palavras, quando vislumbrada em relação a um direito específico de uma pessoa determinada. Nesse sentido a segurança jurídica não é concebida como uma norma objetiva que exige a realização de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, baseado na sua cognoscibilidade, mas sim é a *eficácia reflexiva dessa norma relativa a determinado sujeito*. É nessa perspectiva que se pode falar em direito subjetivo à proteção a confiança, bem como a proteção dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada⁸⁹.

A certeza do direito, assim, não é mais vista como fonte do direito objetivo, mas sim como fonte do direito subjetivo, e ressalta o interesse dos sujeitos a estabilidade das próprias situações subjetivas. “Deste ponto de vista, a confiança se configura como o aspecto subjetivo da segurança jurídica.”⁹⁰ A certeza do Direito substancial e com base na Constituição compreende o princípio da intangibilidade de atos administrativos individuais. A certeza do direito, assim, passa a ter um conteúdo garantista, não mais sendo apenas um fato técnico com relação ao modo como se escreve a lei ou ao modo como os destinatários tomarão conhecimento dela. “Mas um valor concernente aos direitos substanciais, isto é, aos direitos fundamentais e a sua defesa em juízo.”⁹¹ Nesse sentido tem-se a segurança *como um direito*, pois por meio da eficácia reflexiva do princípio objetivo da segurança jurídica surge para um determinado sujeito o direito a determinado comportamento estatal⁹².

Sob essa perspectiva, o princípio da proteção da confiança não é mais visto somente como uma decorrência, ou corolário, do princípio da segurança jurídica, o qual, por sua vez, decorreria diretamente do Estado de Direito. Mas o princípio da proteção da confiança é a própria manifestação do princípio da segurança jurídica e de sua eficácia reflexiva em relação aos atos de um único contribuinte.

Por eficácia reflexiva da segurança jurídica quer-se destacar o objetivo do cidadão de manter suas posições jurídicas já conquistadas em determinado tempo e em decorrência de determinada norma. A partir de um ponto de vista concreto, individual e subjetivo, a segurança jurídica tende a previsibilidade e a estabilidade temporais das posições jurídicas do cidadão⁹³.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 130-132.

⁹⁰ GIGANTE, Marina. **Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento**: tra diritto comunitario e diritto interno. Milano: Giuffrè, 2008. p. 43.

⁹¹ ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Scientifica, 2006. p. 46.

⁹² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 256.

⁹³ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001. p. 171.

Sendo assim, a segurança, nesta acepção, toma contornos de proteção do cidadão contra a atividade do Estado. A primeira vista esta ideia parece paradoxal, pois a segurança jurídica para ser efetivada tem que proteger o cidadão contra a atuação do próprio Estado, que é justamente o ente responsável pela própria efetivação da segurança jurídica. Todavia nada de paradoxal há nesta conclusão, mas, pelo contrário, faz parte da própria concepção de segurança jurídica a proteção do cidadão comum de eventuais arbitrariedades cometidas por parte do Estado e isto é realizado por meio das limitações da atuação deste próprio Estado. É nesse sentido que a seguir examinaremos a segurança jurídica sob o influxo dos direitos fundamentais.

Não obstante, ao se dizer que o princípio da confiança representa a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica não significa dizer que o princípio da confiança perde sua autonomia enquanto princípio⁹⁴. O princípio continua autônomo, tendo em vista que a sua estrutura interna e os fins que ele promove são diferentes daqueles da segurança jurídica integralmente considerada.

Divorcia-se assim, do presente trabalho, a sequência de derivação Estado de Direito → segurança jurídica → princípio da proteção da segurança, pelas razões demonstradas no subitem anterior, e se adota a concepção de que o princípio da confiança é a manifestação da segurança jurídica em sua eficácia reflexiva.

1.2.4 Segurança jurídica e direitos fundamentais

1.2.4.1 Fundamento geral

Aprofundando-se a investigação, verifica-se que a segurança jurídica, entendida como a busca dos ideais de *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade*, tem, dedutivamente, seu embasamento nos direitos fundamentais da propriedade e da liberdade. Essa assertiva firma-se na conformação de tais direitos fundamentais na Constituição Federal, fazendo-se necessária uma análise detalhada do tema sob tal perspectiva. É esse o caminho que a pesquisa percorre agora.

⁹⁴ Nesse sentido: GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 195.

O direito de propriedade é direito fundamental de nosso ordenamento previsto no art. 5º, caput, XXII, XXIII, XXIX da CF⁹⁵. O exercício de direito de propriedade por um cidadão implica necessariamente o respeito a esse direito por outras pessoas. O direito de propriedade limita o (eventual) direito de outros em violar o exercício da propriedade de quem a conquista – é além de tudo um direito de defesa. O direito a propriedade nada mais é do que o direito à manutenção e intangibilidade de uma posição jurídica, perpetuado no tempo. Sendo um direito de defesa, é inerente a ele a ideia de confiança, no sentido de que para exercer a propriedade espera-se, confia-se, que a mesma será respeitada pelos demais e principalmente pelo Estado que é, em última análise, quem tem a prerrogativa de conceder o direito à propriedade.

A equação é simples: *Considerando* que a configuração formal e material da obtenção da *propriedade* é posta pelo Estado; *considerando* que o Estado incentiva (pela força e insistência da proteção constante da CF), garante (prevendo meios de proteção) e protege (limitando o direito de outros) o exercício do direito à propriedade; *considerando* que o particular vem a exercer o direito de propriedade nos limites formais e materiais estipulados pelo Estado; então o Estado deve proteger esse exercício pelo tempo em que perdurar.

Quer-se dizer com isso que o direito de propriedade possui um traço imanente de confiança em sua durabilidade, e, sendo assim, tal direito é fundamento do próprio princípio da segurança, uma vez que o exercício desse direito somente pode ser efetivado caso haja cognoscibilidade das normas, confiabilidade de sua manutenção e calculabilidade de seus efeitos no futuro⁹⁶.

Raciocínio similar ocorre com o direito fundamental de liberdade. A liberdade é prevista como direito fundamental no art. 5º, caput, VI, XVII, XLI, LIV, da CF⁹⁷, além de estar prevista na forma de objetivo fundamental da República, a qual visa construir uma

⁹⁵ 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: XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 216 e 217.

⁹⁷ 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: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

sociedade livre (art. 3º da CF). Enquanto direito fundamental a liberdade manifesta-se de várias formas, englobando a liberdade de expressão, de livre desenvolvimento, de exercício de profissão e de atividade econômica, de livre iniciativa, dentre outros. O direito de liberdade é, por excelência, um direito de defesa visto que seu exercício pressupõe o respeito dos demais e do Estado, o que gera, em sentido inverso, a expectativa de sua manutenção e a confiança na sua manutenção.

A equação novamente é simples: *Considerando* que a configuração formal e material da *liberdade* é posta pelo Estado⁹⁸; *considerando* que o Estado incentiva (como objetivo da República), garante (prevendo meios de proteção) e protege (limitando a extensão da liberdade de outros) o exercício do direito à liberdade; *considerando* que o particular vem a exercer o direito de liberdade sobre determinada área de atuação (profissional, econômica, etc.) nos limites formais e materiais estipulados pelo Estado; então o Estado deve proteger esse exercício pelo tempo em que durar.

Assim, também é característica imanente do direito fundamental de liberdade a confiança em sua durabilidade, promovendo os ideais parciais de confiabilidade e calculabilidade da segurança jurídica, garantindo assim a aplicação da sua eficácia reflexiva por meio do princípio da confiança⁹⁹.

Enfim, nas palavras de Ávila, “Os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade são decisivos para se verificar a existência de eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica”¹⁰⁰, o que vem justamente a ser a proteção da confiança. Tal concepção não muda apenas o eixo de seu fundamento, mas vai além, gera consequências determinantes na operacionalidade do princípio e na sua manifestação, mormente quando da sua aplicação no âmbito da atividade jurisdicional.

Araújo, ainda que não reconheça expressamente a base do princípio da confiança no direito fundamental de liberdade, refere que:

Os seres humanos nascem com o direito de livre escolha dos caminhos que pretendem seguir. Isso significa que devemos ser os principais responsáveis pelas vantagens e desvantagens que surgirem como conseqüências de nossas opções, o

⁹⁸ Adota-se a concepção de liberdade com um direito atribuído pelo Estado. Não se quer dizer que a liberdade é associada ou dissociada de moralidade, que ela é anterior ou posterior ao Direito (como ordenamento), tendo em vista que essas considerações, mais atinentes à filosofia do direito, extrapolam os estreitos limites de nossa pesquisa.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 219.

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221.

que obriga o Estado a respeitar nossas preferências, mormente se elas estiverem dentro de uma moldura normativa autorizada pela ordem jurídica.¹⁰¹

O direito de liberdade funda-se como característica primordial do princípio da confiança. É sob seu influxo que a confiança ganha corpo e se justifica em oposição ao Estado. A liberdade individual, entendida, sobretudo como liberdade positiva, ou seja, como possibilidade de autodeterminação do indivíduo constitui um valor fundamental no qual se legitima os atos dos Poderes constituídos. A avaliação ou reavaliação do passado a ponto de comportar consequências piores em relação àquelas previstas no momento em que se agiu constitui um grave atentado à liberdade individual, na medida em que solapa a liberdade de decisão, de autodeterminação do homem, bem como, a capacidade de autorrealização do indivíduo, ou seja, possibilidade de orientar as próprias escolhas livremente¹⁰².

Nesse sentido, a certeza do direito apresenta uma acepção de inviolabilidade no sentido de inviolabilidade das situações juridicamente protegidas tanto nas relações privadas quanto nas relações entre Estado e particular. É por esse motivo que Vallauri atesta que “Não me basta ser tutelado contra o arbítrio e a violência privada, mas eu preciso que não haja contradições na atividade pública”¹⁰³.

Há no mínimo uma inter-relação circular entre a concepção objetiva da segurança jurídica e a concepção subjetiva com base nos direitos fundamentais, tendo em vista que “a segurança é o contexto dentro do qual se tomam as decisões individuais e as interações dos atores sociais”¹⁰⁴. Ou seja, sem segurança (objetiva) não se tomam decisões particulares, não se é livre para tomar decisões e, portanto, não se exerce atos tutelados pela própria segurança (subjetiva).

Se de um lado a complexidade estrutural do ordenamento jurídico ameaça a certeza do direito no seu aspecto de previsibilidade, de outro a necessidade de compor os seus vários elementos e a garantir a sua existência acaba assegurando a certeza do direito na perspectiva da inviolabilidade¹⁰⁵. É justamente essa necessidade de inviolabilidade de situações subjetivas que fundamenta o exercício do princípio da confiança.

¹⁰¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 57.

¹⁰² DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 91-93.

¹⁰³ LOMBARDI VALLAURI, Luigi. Saggio sul diritto giurisprudenziale. Giuffrè: Milano. Apud. CAVINO, Massimo. **Il precedente tra certezza del diritto e liberta del giudici**: la sintesi nel diritto vivente. Diritto e Società, Padova, n.1, jan. 2001. p. 170-171.

¹⁰⁴ FRÍAS, Pedro J. Estado de derecho y seguridad jurídica. **Revista Latino Americana de Estudios Constitucionais**, n. 1, jan./jun. 2003. p. 249.

¹⁰⁵ CAVINO, Massimo. Il precedente tra certezza del diritto e liberta del giudici: la sintesi nel diritto vivente. **Diritto e Società**, Padova, n. 1, jan. 2001. p. 172.

O princípio da confiança pode ser às vezes sacrificado, mas só quando estiver em conflito com princípios/valores de mesma graduação que o valor da liberdade, e sempre sob a aplicação da razoabilidade¹⁰⁶. O Direito é antes de tudo garantia do indivíduo.

A exigência da certeza aparece como a exigência mais viva da defesa do sujeito na sua precisa, singular e irredutível individualidade: ou seja, a real e concreta em que real e concretamente se funda e deve fundar-se o Estado, que não pode fazer-se de indivíduos abstratos, isto é, de puros nomes, como tipos e meros centros de referência de atitudes, que como tais o fariam também abstrato ele mesmo (Estado).¹⁰⁷

Nesse sentido, o direito fundamental de propriedade está intimamente ligado à ideia de certeza jurídica. Para López de Oñate em seu clássico estudo sobre a certeza do Direito:

Há uma profunda relação entre o conceito de direito e o conceito de propriedade, e por que a propriedade pôde conceber-se como o esquema geral do direito. Quando a ordem jurídica dá (atribui) um poder, dá ao indivíduo algo que passa a ser seu e que ajuda ao indivíduo a identificar e conquistar a si mesmo.¹⁰⁸

Lopez de Oñate não aborda o princípio da confiança em sua obra sobre a certeza do Direito. O problema sobre qual o autor coloca-se é outro, posto na época em que foi escrito, em meio à Segunda Guerra Mundial. Diz com a certeza na legalidade. Para ele a legalidade é a objetividade. Mas não a simples e vazia legalidade. A legalidade entendida no sentido de que a justiça e o direito natural estão expressos (contidos) na legalidade¹⁰⁹.

¹⁰⁶ DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certeza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 100.

¹⁰⁷ LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1953. p. 138.

¹⁰⁸ LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1953. p. 139.

¹⁰⁹ No prefácio da obra, Giuseppe Capograssi refere que para Carneluti a certeza de Lopez de Oñate não é viável, porque o sujeito não chega nem a saber o que tem que querer, tão grande é a massa disforme das leis, nem a prever a qualificação futura de seu comportamento, tal é a mutação das leis. De qualquer forma, conseguindo ou não, a certeza tem um custo terrível que só se consegue sacrificando a justiça (LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1953. p. 5). Mas, para Lopez de Oñate, a Justiça adota a forma de certeza, não no sentido de uma legalidade exterior e indiferente, que seria verdadeiramente a supressão da justiça, senão que a certeza da ação, que se organiza e realiza em todo o mundo do direito, é a objetivação da justiça, feita da justiça o mundo da experiência jurídica, o mundo próprio do direito. A realidade, o concreto e o fato se regem, se organizam, se constroem, se animam e se justificam pelo princípio que dá vida, sustenta e justifica o mundo real e concreto que dele nasce. É o princípio do direito natural. Assim a crítica do Carnelutti é um problema posterior. Lopez se ocupa da certeza como consciência da ação. E por tanto como princípio especulativo e produtivo do direito como inteiro e pleno mundo concreto da experiência. Carnelutti se ocupa da certeza imediata e singular, dos sujeitos singulares e dos casos particulares (LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1953. p. 6). Para López de Oñate (LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1953. p. 181), “A pretensa antinomia entre legalidade e equidade encontra por fim aqui solução: precisamente pela natureza do direito especulativo identificada, não se pode realizar a justiça

É necessário pontuar, nesse momento, em sua concepção de que o Direito ao conferir a propriedade a alguém atribui um poder que ajuda o indivíduo a “identificar e conquistar a si mesmo”. Ora, sendo a propriedade, assim, um poder concedido pelo Direito, como tal ela não é só um direito de defesa, mas um direito ativo, uma prerrogativa que pode ser utilizada pelo particular. É uma posição jurídica inviolável.

Toma-se a liberdade para estender o raciocínio no sentido de que sendo a propriedade um poder, o seu exercício em conformidade com as regras do ordenamento, faz nascer a confiança em sua permanência. A confiança, portanto, “não é outra coisa senão que a segurança jurídica vista na ótica dos particulares, a proteção da sua esfera de liberdade e autodeterminação”¹¹⁰.

Paulsen refere que a proteção da confiança caracteriza-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica configurando-se em um instrumento para a sua afirmação, e fundamenta-se também no sobre-princípio do Estado de Direito bem como nos direitos fundamentais¹¹¹. E, como bem sentencia Torres, “A segurança jurídica significa, sobretudo, segurança dos direitos fundamentais”¹¹². Por sua vez, especificamente em relação ao princípio da confiança, ainda que sob um ponto de partida diverso, pois adota sua fundamentação tal qual faz o Tribunal Constitucional Alemão, Torres entende que o princípio da proteção da confiança, “em linhas gerais, significa que o Estado deve respeitar a segurança dos direitos fundamentais do contribuinte, agindo segundo a moralidade e a equidade”¹¹³.

É exigência da forma de Estado vigente no ocidente, ao qual o Brasil inclui-se, na sua característica de livre mercado. O desenvolvimento de um Estado baseado no livre mercado determina a necessidade sentida pelos operadores do Direito e, em geral, pelos agentes econômico-sociais de que exista um marco estável de regulação de onde se podem prever com certa margem de segurança as distintas operações e investimentos de caráter

senão na norma rígida e abstrata, que tem que ser certa. Nesta abstração está a concreção precisa da experiência jurídica e só através dessa certeza é possível que ela realize a justiça. Na certeza, consiste, portanto, a específica eticidade do direito.” [...] “a exigência da certeza da ação se satisfaz mediante a presença da legalidade na equidade, da igualdade na diversidade, da permanência na variação, que agem na certeza do direito”.

¹¹⁰ GIGANTE, Marina. **Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento**: tra diritto comunitario e diritto interno. Milano: Giuffrè, 2008. p. 44.

¹¹¹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

¹¹² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 168.

¹¹³ TORRES, Ricardo Lobo. Limitação ao poder impositivo e segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

econômico e a manutenção ou evolução de qualquer outra situação jurídica com respeito à atuação dos distintos Poderes do Estado¹¹⁴.

O princípio se orienta à preservação do valor da segurança jurídica e do sistema de economia de mercado frente à ação eventualmente incontrolada ou sem as cautelas suficientes dos Poderes Públicos.

Estando a segurança jurídica, e sua manifestação reflexiva consubstanciada no princípio da confiança, fundada também nos direitos fundamentais da liberdade e da propriedade, e não somente fundada no Estado de Direito (em seu sentido de continuidade e estabilidade do Direito), há consideráveis implicações quando se está diante de modificações de jurisprudência. A solução do problema não passa somente pelo estudo de normas no tempo, mas passa, primordialmente, pela análise (i) do grau da restrição dos direitos fundamentais e (ii) do peso para a justificativa dessa restrição¹¹⁵. Análise que será realizada no segundo capítulo desta obra.

1.2.4.2 No Direito Tributário – eficácia tonificada

Notadamente no Direito Tributário a segurança jurídica sofre um reforço¹¹⁶ em relação à segurança jurídica geral, tendo em vista que a matéria foi prevista constitucionalmente de forma *específica* (com dispositivos próprios diferentemente de outras áreas), *abrangente* (extremamente detalhada) e *garantidora* (com o prisma sempre virado para a proteção do contribuinte). Todavia, essa previsão não é exaustiva, mas, pelo contrário, é aberta, tendo em vista que expressamente no art. 150, do Título “Das Limitações ao Poder de Tributar”, deixou espaço para outras garantias asseguradas ao contribuinte, o que nos reporta aos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da CF.

Especificamente sobre o direito fundamental da liberdade em relação ao campo tributário, Torres aduz que a liberdade e o tributo caminham juntos no decurso da evolução do Estado Financeiro, podendo-se dizer que o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade¹¹⁷.

¹¹⁴ CASTILLO BLANCO, Frederico A. **La protección de confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 98.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221-222.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243-244.

¹¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 59.

Interessante notar que a teoria do princípio da confiança na Itália, em relação à matéria tributária, primeiramente teve sua fundamentação no dispositivo constitucional referente à capacidade contributiva. Isso se deu com um fundamento em analogia ao direito penal no sentido de evitar a retroatividade desfavorável. A não ausência de um dispositivo específico à matéria tributária, para não se utilizar o dispositivo penal analogicamente se baseou o princípio da confiança na regra da capacidade contributiva¹¹⁸. Esse caminho da doutrina bem ilustra os valores a serem protegidos no Direito Tributário e a magnitude das violações aos direitos fundamentais. *Primeiro*, pela comparação com a limitação da liberdade com o Direito Penal, e *segundo* com a utilização do princípio da capacidade contributiva para balizar a própria confiança do contribuinte, o qual indica que não é simplesmente o direito genérico de propriedade, mas sim o direito de defesa que o particular tem em ter a atividade do Estado limitada na sua (do particular) capacidade contributiva. O Estado não está limitado somente pela propriedade do particular. Mas ele, o Estado, está limitado pela amplitude daquela propriedade. É uma limitação progressiva e dinâmica e não simplesmente estática ao gozo da propriedade do particular.

Evolutivamente, também na Itália, a doutrina passou não mais a fundamentar o princípio da confiança na capacidade contributiva, mas, passou a fundamentá-lo na segurança do Direito. Sendo assim, a confiança passou a ser *somada* à capacidade contributiva¹¹⁹. Ou seja, a retroatividade favorável é medida de acordo com a limitação da capacidade contributiva. A confiança do contribuinte está na manutenção e respeito daquela capacidade contributiva sua já demonstrada.

Destaque-se que não se quer aqui dizer que a eficácia da segurança jurídica no Direito Tributário é mais importante ou mais forte do que em outras áreas do Direito. Não é uma questão de comparação entre qual área do Direito é mais merecedora de atenção das garantias constitucionais, se a segurança na sua eficácia reflexiva, ou se o direito à vida, ou se o direito ao livre pensamento. Apenas, nesse ponto, quer-se frisar que a Constituição Federal previu uma eficácia mais tonificada, reforçada, da proteção da segurança jurídica em relação ao subsistema tributário do que a regra geral prevista no inciso 5º da Constituição Federal, e o fez por meio da insistência, reiteração e força com relação ao modo que tratou da matéria prevista no título atinente ao Sistema Tributário Nacional.

De qualquer modo, alguns autores são expressos em se posicionar pela maior importância do princípio da segurança no Direito Tributário, seja pela complexidade das

¹¹⁸ DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 71.

¹¹⁹ DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 72.

regras econômicas do mundo de hoje, seja pela adaptação dos sistemas tributários às novas circunstâncias econômicas¹²⁰.

1.2.5 Princípio da Confiança como direito de defesa – em favor do contribuinte

É essencial para o presente trabalho perquirir se o princípio da proteção da confiança pode ser utilizado tanto em favor do contribuinte quanto em favor do Estado. Após a investigação realizada até o presente momento, a resposta parece óbvia, porém é necessário o aprofundamento da análise a fim de demonstrar que a proteção da confiança somente se aplica em favor do contribuinte, tendo em vista, principalmente, que esse princípio vem sendo utilizado por parte da doutrina em favor do Estado¹²¹.

Somente em favor do contribuinte se pode pleitear o respeito ao princípio da confiança. Ao Estado cabem outras prerrogativas, como a presunção de legitimidade, a presunção de certeza, a presunção de constitucionalidade da lei. Pensar diferente importaria permitir que em decorrência da realização de atos estatais deliberadamente ilegítimos e, após a sua exclusão do ordenamento (por revogação, anulação, reversão de entendimento, modificação de política/diretriz, dentre outros), ele, Estado, pudesse se beneficiar, em uma clara negativa ao ancestral princípio de que a ninguém cabe se beneficiar da própria torpeza¹²².

É de se pontuar, nesse sentido, que não é mera preocupação retórica, mas efetiva possibilidade de ocorrência da chamada “inconstitucionalidade útil” referida pelo Ministro Octávio Galotti¹²³, quando de sua posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, explicitada como sendo os atos deliberadamente inconstitucionais praticados com finalidades

¹²⁰ ASOREY, Rubén O. Seguridad jurídica y derecho tributario. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 14, n. 52, abr./jun. 1990. p. 37.

¹²¹ FONSECA, Tiago da Silva, Breve estudo da proteção do princípio da confiança, à luz do direito civil, do direito administrativo e do direito tributário. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 8, n. 45, p. 77-93, maio/jun. 2010. p. 91-92. Nesse artigo, o autor entende que no caso de modificações jurisprudenciais em matéria tributária, tendo em vista que as decisões judiciais vinculam ambas as partes (Fazenda e particulares), as decisões devem prever medidas mitigadoras dos prejuízos, reconhecendo a confiança legítima e boa-fé objetiva tanto dos contribuintes quanto da Fazenda. Marcus Abraham utilizou a acepção de boa-fé na crença de manutenção de uma posição jurídica por parte da Fazenda (ABRAHAM, Marcus. Modulação dos efeitos em caso de alteração da jurisprudência tributária Dominante. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 193, p. 80-92, out. 2011. p. 91).

¹²² Expressão do princípio romano *Nemo turpitudinem suam allegare potest*.

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 24.

corporativas, ou pelo desejo de governadores de pretenderem consertar as finanças de seus estados¹²⁴.

E a razão é simples: Não é possível conceder a possibilidade de confiar em determinado ato à própria pessoa competente para gerar tal ato, considerando que essa *confiança* poderá convalidar o ato realizado caso o mesmo seja ilegal ou ilegítimo. É o mesmo que atribuir a determinado sujeito a competência para emissão de um ato e, ao mesmo tempo, a competência de controle sobre o mesmo ato, tendo prerrogativa para declarar sua emissão como conforme ou desconforme com o ordenamento. Ou seja, legítimo *nonsense*.

Mesmo que a atuação do Poder Público não seja movida pela inconstitucionalidade útil, isto é, que ela não seja motivada por má-fé (como é de se pressupor na maioria das vezes) a Fazenda não tem em seu favor a prerrogativa de manutenção da norma inconstitucional. Não há aplicação do princípio da confiança para garantir o planejamento financeiro, para manter a adequação e equilíbrio das despesas e receitas públicas e evitar a perda de arrecadação como sustentado por parte da doutrina¹²⁵.

O argumento de perda de arrecadação é fraco e não pode ser relacionado à proteção da confiança da Fazenda. Isso porque, caso seja levado ao extremo o raciocínio baseado nesse argumento, verifica-se que quanto mais grave o efeito da inconstitucionalidade para os direitos fundamentais do contribuinte, decorrente de dada norma tributária, mais protegido pela confiança a Fazenda será. Um exemplo esclarece: Pense-se na hipotética instituição de uma hipótese de incidência para o IPI em desacordo com a sua materialidade constitucional, em que, por exemplo, uma lei determina sua incidência sobre a circulação de mercadoria de um determinado produto à alíquota de 10%. Considere-se, ainda, que tal lei é julgada inconstitucional (pois a materialidade é do ICMS e não do IPI), bem como é acolhida a argumentação da Fazenda de proteção da confiança orçamentária do Fisco federal a fim de se evitar a perda de arrecadação passada. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade é declarada com eficácia *ex nunc*. Note-se que esse tributo – IPI à alíquota de 10% – teria ainda mais força de permanecer no ordenamento com base no mero argumento da perda de arrecadação para o passado caso ele fosse instituído sob a alíquota de 150%. E teria mais força ainda caso fosse instituído à alíquota de 1150%, e assim por diante. Ou seja, quanto

¹²⁴ Ou ainda, como citado pela Doutrina na eventual “instabilidade que rege o Poder Executivo, ao editar e revogar seus atos ao sabor de conveniências do momento político em vigor” (CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 113-119, jul./set. 2009. p. 117).

¹²⁵ FONSECA, Tiago da Silva. Proteção do contribuinte e Fazenda contra atos contraditórios e modificação de jurisprudência em direito tributário. **Revista da PGFN**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/tiago.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2012. p. 195-211. p. 210.

mais grave o efeito da inconstitucionalidade para os direitos fundamentais dos contribuintes, maiores chances de permanência da norma no ordenamento, pois a arrecadação passada teria sido maior. Assim, sob tal argumento, forçoso reconhecer que a confiança do Fisco é tanto maior quanto maior for a violação aos direitos fundamentais provocada por tal norma.

Ávila, sobre o ponto pontifica que “é preciso igualmente ter em conta que a proteção da confiança fundamenta-se na proteção dos direitos fundamentais”, ao passo que a “proteção da confiança orçamentária” pressupõe exatamente o contrário: a restrição dos direitos fundamentais¹²⁶. No caso acima se verifica que a suposta proteção da confiança da Fazenda implica invariavelmente violação progressiva dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Ana Paula Ávila, em estudo sobre a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões exaradas em controle de constitucionalidade com a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99¹²⁷, é firme ao defender que o Estado não pode pleitear a aplicação de tal dispositivo legal para modular efeitos de lei julgada inconstitucional que tenha gerado benefício a si próprio. Estas são suas palavras:

Questão interessante é responder se o Estado pode invocar a segurança jurídica nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situações em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é não, taxativamente, não, por diversas razões. Primeiro porque se esse benefício se deu em detrimento dos direitos fundamentais do indivíduo, já se conclui pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é também um direito fundamental do cidadão (art. 5º, *caput*) oponível ao Estado e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado. E terceiro, porque uma análise mais aprofundada de alguns aspectos da boa-fé, que, por aqui, têm servido para complementar a segurança jurídica no sentido de proteção da confiança, jamais autorizaria que o autor de um ato inválido pudesse lograr proveito através dele.¹²⁸

Não é outro o posicionamento de Derzi, firmado em sua obra sobre a modificação da jurisprudência no Direito Tributário. Veja-se:

¹²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 546.

¹²⁷ A modulação dos efeitos será aprofundada mais adiante. Todavia é necessário pontuar que ela não está necessariamente ligada ao princípio da confiança. Quando muito ela poderá ser apenas um método operacionalização do princípio da confiança a fim de mitigar os efeitos das violações dos direitos fundamentais.

¹²⁸ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151-152.

O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade, são princípios e direitos fundamentais individuais que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração Pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os poderes do Estado criam o fato gerador da confiança.¹²⁹

A autora ressalta que também no Direito Alemão e Austríaco¹³⁰ o princípio é aplicado somente em favor do contribuinte, e adota os argumentos lá desenvolvidos, os quais efetivamente têm aplicação em nosso ordenamento. São eles: (1) a irretroatividade e a proteção da confiança são expressões da limitação do poder de tributar, sendo, portanto, expressão da segurança jurídica, por constarem do rol de garantias fundamentais; (2) o Estado não tem confiança a proteger, pois todos aqueles que têm posição soberana sobre os acontecimentos não tem confiança a proteger¹³¹; (3) em considerando a possibilidade de a confiança servir ao Estado, restaria vulnerado o próprio Estado de Direito, pois o Estado não conseguiria posição melhor que o cidadão, visto que este teria a proteção da lei; (4) os atos, ações e omissos do cidadão são abuso de direito do cidadão e violação à lei, não representando violação da confiança do Estado, e (5) a confiança somente opera em favor do Estado quando o jurisdicionado particular não estiver envolvido, como é exemplo o âmbito do Direito Internacional Público.

A jurisprudência do STF tem sido firme¹³² no sentido de atribuir a eficácia *ex tunc* de suas decisões que extirpam do ordenamento dispositivos de leis inconstitucionais que violam a propriedade dos contribuintes. Ou seja, é permitida a repetição de indébito dos contribuintes, preservando, assim a segurança de sua propriedade, e afastando, portanto, os argumentos consequencialistas¹³³ fazendários de que a devolução do numerário aos contribuintes afetaria negativamente os cofres públicos.

Deve-se atentar, contudo, a decisões do Supremo Tribunal Federal, que relativizem de maneira temerária este entendimento. Veja-se o ocorrido no julgamento que deu origem à Súmula Vinculante n.º 8, cujo enunciado é o seguinte: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991,

¹²⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 604.

¹³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 395.

¹³¹ Tal conclusão a autora embasa nas ideias de Luhmann. Entendemos que tal argumentação é exatamente a expressão da impossibilidade lógica acima citada.

¹³² ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102-104.

¹³³ Ver ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 jun. 2010; e ÁVILA, Humberto. Direitos Fundamentais dos Contribuintes e os Obstáculos à sua Efetivação. **Revista da FESDT**, V.1, n.1 Porto Alegre: FESDT, 2008. p. 87-99. p. 88.

que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”¹³⁴. Em tal precedente foi aplicada a modulação dos efeitos, tendo sido eleito como marco temporal a data do julgamento em que o tribunal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos, e como critério para o gozo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade o ajuizamento de ações judiciais propostas até a data do julgamento do STF. Nesse único caso, foi acolhido, ainda que apenas em parte, o pleito da Fazenda de preservação do erário, mesmo diante da inconstitucionalidade flagrante da norma. O Ministro Marco Aurélio não concordou com a modulação de efeitos, fazendo interessante ponderação em seu voto no sentido de que a matéria em discussão estava assentada na jurisprudência do tribunal desde o ano de 1969, pela qual a prescrição e a decadência em matéria tributária exigem previsão em lei complementar e não em lei meramente ordinária, não podendo ser premissa da modulação qualquer alegação de violação a segurança jurídica. E, ainda, o citado Ministro levantou a questão de que anteriormente, no julgamento referente à alíquota zero do Imposto de Produtos Industrializados (RE n.º 370.682/SC já aqui referido), o tribunal não proveu o pedido de modulação feito pelos contribuintes (“em situação mais favorável à modulação”), pois não haveria a citada insegurança jurídica em face da inexistência de decisões transitadas em julgado. Vale a transcrição de sua conclusão:

Não vejo com bons olhos, Presidente, a modulação em caso que acaba por diminuir a eficácia da Constituição Federal. A modulação quando em última análise, **há prejuízo para os contribuintes**, já exasperados pela carga tributária e, também **o locupletamento do Estado**.¹³⁵ (grifou-se)

Ainda que isolado tal julgado, e realizado em matéria que afinal previa a eficácia de normas de prescrição e decadência, as quais de certa forma demonstram (*a priori*) um não cumprimento, a seu tempo, das obrigações tributárias, e, por isso, com a possibilidade de haver alguma carga mais ideológica pela modulação, o fato é que não se pode permitir a modulação de efeitos de decisões em matéria constitucional quando implicam violação a

¹³⁴ Segue excerto da ementa de um dos julgados que embasaram a edição da Súmula EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/1991. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...] 2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar. [...]. 4. Declaração de inconstitucionalidade, **com efeito ex nunc, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991** (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559943. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 26 out. 2008).

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559943. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 26 out. 2008.

direitos fundamentais dos contribuintes. Esse último julgado evidencia, ainda, a desconsideração do exame da segurança jurídica a permitir, como primeiro requisito, a cogitação com atribuição de efeitos prospectivos. O presente estudo, pelo estrito corte metodológico aqui realizado, não irá examinar todas as hipóteses e implicações dos casos de modulação de efeitos de decisões constitucionais, entretanto, o último julgado acima referido só vem reforçar a conclusão de que, para evitar julgados atécnicos, a doutrina deve se ater à descrição pormenorizada das normas em discussão para, ao menos, prover elementos seguros de conformação do sistema jurídico.

É de se destacar, ainda, que em 2003 foi publicada a Súmula do STF n.º 654 com o seguinte enunciado: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”. Dentre os julgados que fundamentaram a edição da súmula, consta o RE 153.662 em que o relator Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifesta:

É que já se pode considerar sedimentado no Tribunal a tese correta de que a garantia constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, ou da coisa julgada, contra a aplicação retroativa da norma superveniente não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado, nem pelas suas descentralizações personalizadas, como as autarquias: com relação a essas, a emissão do ato normativo com eficácia retroativa implica abdicação válida da situação jurídica favorável gerada pela incidência do direito anterior, pelo negócio jurídico aperfeiçoado, ou pela sentença definitiva.¹³⁶

Essa súmula tem vital importância para nosso estudo, pois afasta a proteção em favor do Estado quando da aplicação da regra da irretroatividade. E ainda vai além. Afasta a proteção em favor do Estado em relação aos atos garantidos por regras constitucionais que expressam a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, quais sejam a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito¹³⁷. Normas que embora expressas no texto constitucional, têm a mesma natureza de proteger posições baseadas em direitos fundamentais de propriedade e liberdade tal qual o princípio da confiança. Vale dizer, se o Ente Público não pode pleitear a seu favor nem mesmo as garantias da irretroatividade da lei, as quais apresentam dimensão de regra expressa constitucional, com muito menos razão poderia pleitear a garantia da proteção da sua confiança, que é princípio implícito do ordenamento.

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 153662. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 14 mar. 2000. **DJ** 07 abr. 2000. p. 135-136.

¹³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 132.

A questão não pode ser solucionada, tampouco, pela concepção de que a Fazenda eventualmente no plano processual estaria em situação isonômica com o contribuinte¹³⁸, ou com base no princípio da confiança¹³⁹. Isso porque, ao se modular os efeitos da decisão, não se questiona a situação processual das partes, mas as suas posições jurídicas materiais anteriormente à prolação da decisão. Não está em jogo eventual isonomia ou não processual entre as partes no plano processual. Está em jogo, isto sim, a inviolabilidade de situações jurídicas subjetivas anteriores a decisão modificadora e que dizem respeito ao plano material.

Em face disso, forte nos fundamentos acima aduzidos pela doutrina e jurisprudência o princípio da confiança somente pode ser utilizado em favor do destinatário da atividade do Poder Público – administrado/contribuinte.

Adiante é necessária uma breve nota sobre a diferenciação dos conceitos de boa-fé objetiva e princípio da confiança a fim de precisar os conceitos aqui utilizados.

1.2.6 Boa-fé objetiva e princípio da confiança

Ainda que a jurisprudência e a doutrina não delimitem o significado preciso da diferenciação desses conceitos, é imperiosa para nosso estudo a delimitação conceitual de ambos. Para parte da doutrina, o princípio da legítima confiança seria corolário¹⁴⁰ da boa-fé objetiva no âmbito do Poder Público. Assim a atuação conforme a boa-fé objetiva pressuporia, dentre outros deveres, o respeito à proteção da confiança gerada por uma das partes na relação jurídica da contraparte¹⁴¹.

É inegável que há uma estrita vinculação entre os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, tendo em vista sua gênese comum no princípio da boa-fé objetiva do Direito Privado. Tanto que é referido ainda por Merusi que, em seu entender, o fato do princípio da confiança ter sua origem na boa-fé do Direito Privado, o mesmo não necessitaria estar positivado. Isso porque o princípio da confiança decorreria da boa-fé objetiva, que é um

¹³⁸ Nesse sentido: FONSECA, Tiago da Silva. Proteção do contribuinte e Fazenda contra atos contraditórios e modificação de jurisprudência em direito tributário. **Revista da PGFN**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/tiago.pdf>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2012. p. 195 -211. p. 208.

¹³⁹ Marcus Abraham no sentido de que a Fazenda teria que ser protegida, pois não se pode penalizar aquele que age de acordo com provimento judicial obtido “acreditando de boa-fé estar cumprindo regularmente a sua obrigação e o seu dever” (ABRAHAM, Marcus. Modulação dos efeitos em caso de alteração da jurisprudência tributária Dominante. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 193, p. 80-92, out. 2011. p. 91).

¹⁴⁰ PETRILLO, Giovanna. Il doppio limite posto dall’afidamento legittimo nei confronti del legislatore e dell’attività amministrativa in matéria tributária. Apud. RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 76.

¹⁴¹ RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.77.

princípio que não necessariamente tem assento na Constituição, mas tem assento *também* na Constituição. Ou seja, a boa-fé objetiva é princípio romano de integração do sistema e não necessita estar positivado, seja em leis, seja na Constituição, para que sua aplicação seja realizada¹⁴².

Todavia, ainda que próximos os conceitos desses dois vocábulos¹⁴³, eles se diferenciam nos seguintes termos, segundo Ávila¹⁴⁴: *Proteção à confiança*: presente em ato normativo de cunho geral (leis e regulamentos), o qual cria na esfera do particular uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento; *boa-fé objetiva*: presente em atos normativos de cunho restrito (contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial) e cria na esfera do particular uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento.

Essa diferenciação exterioriza não a eficácia da norma como reflexiva do princípio da segurança jurídica, mas outro elemento do princípio da confiança, qual seja, a base da confiança em um ato com eficácia normativa. Isso porque uma decisão judicial de uma alta corte de um país gera a presunção de validade por possuir caráter normativo geral, criando, dessa forma, a expectativa no contribuinte.

Maffini, no entanto, aponta o centro da diferenciação de ambos os conceitos na figura do destinatário. Para o autor, os princípios da proteção da confiança e da boa-fé confluem para um estado de lealdade a ser exigida tanto da Administração Pública quanto dos destinatários da sua função, todavia afirma que a relação entre tais princípios consiste no fato de que a proteção da confiança, sobretudo em relação a atos administrativos concretos, individuais e pessoais, terá a boa-fé do administrado como pressuposto¹⁴⁵.

Por sua vez, Araújo aponta o centro da diferenciação na figura da Administração. Enquanto a proteção da confiança estaria associada a exigências dirigidas à Administração de não frustrar, mediante decisões contraditórias, uma expectativa legítima daqueles que se relacionam com o Estado, o princípio da boa-fé objetiva tem um campo mais voltado para impulsionar as pessoas a um comportamento “ético e leal que não tenha como propósito a

¹⁴² MERUSI, Fabio. **Buona fede e affidamento nel diritto pubblico**: degli anni “tenta” all’ “alternanza”. Milano: Giuffrè, 2001. p.10.

¹⁴³ Ambos os conceitos também não se confundem com o conceito de boa-fé subjetiva, pois esse reside no âmbito psicológico do sujeito, relacionando-se com sua ética e diz respeito com intenções, que não é o objeto de análise do presente estudo. Enquanto que a boa-fé objetiva diz respeito com ações efetivas, superando o mero estado da consciência do agente.

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010. p. 5-6.

¹⁴⁵ O autor chega a essas conclusões com base nos estudos de Sylvia Calmes, conforme referido em nota de rodapé (MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança do direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 62).

obtenção de uma vantagem indevida”¹⁴⁶. Essa última diferenciação tem os mesmos reflexos das duas acepções do conceito de moralidade. Por um lado, a exigência de atuação séria, com respeito à ética, e de forma proba, e, por outro lado, enquanto a busca de um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público.

A boa-fé objetiva em relação ao Estado manifesta-se pelo seu dever de se pautar com respeito à lisura, à lealdade e à correção de comportamento, na sua condição de um dos polos da relação jurídica e relativamente a seus atos, procedimentos e condutas. Por sua vez, a boa-fé objetiva em relação ao destinatário da atuação deste mesmo Estado manifesta-se pelo seu dever de se pautar por uma atuação com respeito à ética, à correção de comportamento e à probidade.

A proteção da confiança é, pois, prerrogativa única do destinatário da atividade normativa do Estado. Ela representa a eficácia reflexiva do princípio da segurança e está baseada na exigência de inviolabilidade dos direitos fundamentais dos cidadãos. Representa assim a busca dos ideais de confiabilidade e calculabilidade na atuação do Poder Público.

Evidencia-se, ainda uma última diferenciação entre boa-fé objetiva e o princípio da confiança, agora para destacar que o princípio da confiança é prerrogativa exclusiva única do contribuinte, enquanto que a boa-fé objetiva pode ser utilizada por ambos, Estado e destinatário, nas palavras de Araújo:

O princípio da boa-fé objetiva, diversamente do que ocorre com o princípio da proteção da confiança, pode ser invocado tanto pelo Estado quanto por particulares. Ele obriga que uma parte considere efetivamente os interesses da outra e que ela evite um comportamento contraditório. O princípio da boa-fé objetiva teria, como destaca PETER HAAS, ao analisar seu emprego no Direito Tributário, aplicação não só em favor dos sujeitos passivos tributários (*Steuerpflichtiger*), mas também dos órgãos públicos com competência nessa matéria (*Finanzbehörde*). No entanto, segundo defende o referido jurista, o princípio da proteção da confiança só ofereceria proteção em um único sentido: em favor do particular que se relaciona com o Estado. É que o princípio da confiança almeja exclusivamente a contenção dos poderes públicos. Dessa forma embora sejam ambos os princípios influenciados pelo valor da confiança e busquem evitar um desvio em relação a promessas e condutas anteriores, os dois conceitos não se igualam e um não pode servir de fundamento exclusivo para o outro¹⁴⁷.

Resta evidenciado, portanto, que o princípio da confiança não se confunde com a boa-fé objetiva, e a utilização de um pelo outro tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina de nada contribui para a efetiva operacionalização de ambos.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p.36.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 36-37.

1.3 ESTRUTURA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

1.3.1 Estrutura geral do princípio da confiança

O princípio da confiança no âmbito do Direito Público conforma uma estrutura minimamente determinável¹⁴⁸ composta de pelo menos quatro elementos além do particular e do Estado – um ato jurídico base da confiança, a existência da confiança subjetiva, um ato demonstrativo da confiança e um ato jurídico frustrante da confiança¹⁴⁹. Nada obstante, Maurer entende que a confiança passa pela análise de três graus: (i) um fundamento de confiança gerado pelo Estado, (ii) uma conduta de confiança do cidadão digna de proteção, e (iii) um desvio do Estado que decepciona a confiança¹⁵⁰.

Concorda-se que a confiança subjetiva é elemento do princípio da confiança, todavia nossa análise não entrará detalhadamente em seu estudo, por uma razão um tanto singela. Não há como perquirir a sua existência efetiva no mundo dos fatos (mundo fenomênico). Isso porque a confiança subjetiva somente será verificada por meio da extensão dos atos que demonstram o exercício e tal confiança. A rigor, e levando o raciocínio ao extremo, nunca será possível a efetiva verificação da confiança subjetiva, pois, mesmo com a maior extensão de demonstração de atos que promovam o seu exercício, não é possível a verificação exata da existência o não da confiança subjetiva, pois implica saber se conscientemente o destinatário confiou. Nesse sentido, o exercício da confiança por meio de atos concretos pressupõe a existência da confiança. Caso não houvesse essa pressuposição, estar-se-ia diante de atos fraudulentos, dolosos ou de má-fé.

Procurou-se sintetizar ao máximo a estruturação de forma técnica para assim ter-se uma visão geral dos requisitos estritamente essenciais de sua aplicação. Cada um dos elementos subdivide-se em outros componentes os quais representam os requisitos internos,

¹⁴⁸ Derzi refere que o objeto da proteção da confiança no Direito Público envolve seis elementos (i) fato comissivo ou omissivo do Estado, (ii) configuração da confiança percebida e justificada, (iii) confirmação da confiança por decisões, ações e comportamentos; (iv) avaliação do interesse público predominante em relação à mudança do comportamento do Estado, (v) consequências positivas ou negativas para a manutenção da confiança. Entendemos que os dois últimos elementos fazem parte da análise do ato jurídico Estatal base da confiança, não sendo um elemento autônomo. Isso porque avaliação da força (do peso) do interesse público para a manutenção ou não de um ato do particular no ordenamento jurídico leva em consideração a avaliação do interesse subjacente ao próprio ato que frustra a confiança. Ou seja, o interesse público a ser posteriormente objeto de eventual avaliação (ponderação) está contido no ato Estatal, e por esta razão não se caracteriza como um elemento autônomo. (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 390-393).

¹⁴⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 82; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**. entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 360.

¹⁵⁰ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 65.

como que preenchendo o esqueleto anterior com matéria substancial. Passa-se a seguir à análise desses itens e subitens, daí sim com as especificidades de requisitos trazidos pela doutrina.

1.3.2 Estrutura do princípio da confiança nos atos do Poder Executivo

As pesquisas relativas ao princípio da confiança e sua sistematização no âmbito do Direito Público têm tido maior foco em relação aos atos da Administração Pública, assim considerados a totalidade dos atos do Poder Executivo (tanto de Direito Administrativo quanto de Direito Tributário ou outras esferas). A jurisprudência, também nessa linha, quando lança mão do princípio o faz na mesma seara dos atos do Poder Executivo. O presente item presta-se a uma análise sobre a estruturação do princípio e seus elementos nesse âmbito, para, a partir deste ponto de partida, analisar a pertinência dos elementos encontrados em relação ao âmbito jurisdicional, objeto específico de nosso estudo.

Primeiro, existe o ato gerador da confiança por parte do Poder Executivo, que como características principais apresenta (i) a presunção de legitimidade e a (ii) não manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade. *Segundo*, têm-se os atos do particular que demonstram a confiança: (i) dispêndio de recursos; (ii) decurso de tempo mais grau da expectativa; (iii) realização de planos concretos pessoais e empresariais; (iv) inocorrência de fraude, dolo, má-fé. E, *terceiro*, o ato estatal que frustra a confiança, momento em que se analisa a presença do interesse público e sua relação com a revogação/anulação, no sentido de superação do ato.

1.3.2.1 Base da confiança por parte do Estado (elementos geradores da confiança)

1.3.2.1.1 Características gerais do ato do Poder Executivo e presunção de legitimidade

Sempre que a Administração tenha dado fundadas razões para confiar na estabilidade e permanência dos seus atos há geração de confiança. Neste ponto, se destacam duas espécies de atos. Os atos normativos gerais e os atos específicos a um particular, exemplificativamente, em relação a estes últimos, têm-se as práticas reiteradas da Administração (referida no art. 100, III, do CTN). Em acurado estudo sobre a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, Thomas, assinala que, a expectativa do administrado pode ser gerada pelos atos da Administração, bem como pela inatividade da Administração, no sentido de que a omissão da

Administração também cria expectativa¹⁵¹. Especificamente sobre a possibilidade de geração de confiança por atos normativos, Baptista refere ser necessário que o Poder Público, por um comportamento seu, tenha “infundido” no particular uma expectativa¹⁵², denotando que o ato normativo do Poder Público deva ser cabal, afastando, assim, os atos normativos confusos ou provisórios da possibilidade de gerar confiança¹⁵³.

No âmbito administrativo a confiança deriva da presunção de legitimidade dos atos administrativos. É a presunção de legitimidade de um ato, suficientemente claro e preciso, que faz gerar em primeiro lugar a confiança. A presunção de legitimidade dos atos administrativos é princípio que decorre fundamentalmente da legalidade a qual a Administração está vinculada, princípio este também situado no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Especificamente no campo administrativo tributário o art. 204 do Código Tributário Nacional é expresso ao prever que “A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”. Na esfera tributária, ainda, Wedy entende ser necessária uma relação entre o Fisco e o contribuinte necessariamente embasada em um contrato ou ato de validade “ao menos presumida”¹⁵⁴. O que vale para a base da confiança é a *presunção* de validade do ato e não a sua validade em si. Assim, discorda-se do quanto referido por Amaral¹⁵⁵ que coloca como requisitos da proteção da confiança, dentre outros (i) a atuação lícita da Administração e (ii) a competência do órgão administrativo na matéria. A confiança pode ser gerada também por atos ilegais, desde que represente efeitos na esfera jurídica do particular implicando a disposição de direitos fundamentais. O princípio da confiança não decorre da objetividade da sua base da confiança, mas sim da manifestação de tal base provoca nos destinatários da norma. O particular será atingido, assim, tanto por atos

¹⁵¹ THOMAS, Robert. **Legitimate expectations and proportionality in administrative law**. Oxford: Hart, 2000. p. 54. O autor refere o caso em que a Comissão da Comunidade Europeia levou 26 meses para decidir se um subsídio concedido por um Estado membro era compatível com as regras da União Europeia. A Corte Europeia entendeu que a demora gerou expectativa razoável para confiar que a ajuda do Estado era legal.

¹⁵² BAPTISTA, Patrícia A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública: a proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Direto do Estado**, n. 3, p. 155-181, jul./set. 2006. p. 168.

¹⁵³ Entendemos, todavia, que caso o ato seja confuso tanto não é passível de gerar confiança no particular como também não é passível de gerar obrigações aos particulares. Ora, decorre do princípio da legalidade e da publicidade a obrigatoriedade de clareza da Administração. Não é por outra razão que também a Administração está sujeita à observância da Lei Complementar 95/98, a qual determina que não só as leis, mas os atos do poder executivo (art. 1º) sejam redigidos com clareza, precisão e ordem lógica. Nesse sentido, novamente a presunção de legitimidade milita em favor do contribuinte, somente não sendo possível gerar a confiança os atos que estejam manifestamente confusos ou imprecisos.

¹⁵⁴ WEDY, Gabriel de J. Tedesco. O princípio da boa-fé objetiva no direito tributário. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 43, p. 319-350, 2007. p. 329.

¹⁵⁵ AMARAL, Paulo Adyr Dias do. A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**. Brasília, v. 22, n. 4, p. 49-67, abr. 2010. p. 53.

válidos quanto por atos inválidos, desde que no momento da ocorrência da confiança esses atos gozem de presunção de validade.

Como consequência dessa presunção, dentre outros fatos, Meirelles destaca que ocorre a transferência do ônus da prova da invalidade do ato administrativo para quem a invoca. “Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.”¹⁵⁶ Para Bandeira de Mello, por sua vez, “pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo”¹⁵⁷. A seu turno, Medauar entende que

As decisões da Administração são editadas com o pressuposto de que estão conforme as normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro. Este último aspecto incide principalmente sobre os documentos expedidos pela Administração. O art. 19, II, da CF veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos.¹⁵⁸

A presunção de legitimidade é um elemento gerador da confiança dos destinatários tendo em vista a sua condição legal de prova pré-constituída. Característica, essa, que determina a inversão total do ônus probatório, com a manutenção da eficácia do ato até o momento da declaração de sua anulação. Tal conclusão decorre da própria definição do termo *presunção*. Se, por um lado, a Administração tem a prerrogativa de emitir unilateralmente atos administrativos cogentes e instituidores de obrigações, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, por outro, o destinatário que com eles concordar ou deles se beneficiar, goza da confiança de que tais atos são legais, efetivamente cogentes e instituidores de obrigações.

A presunção de legitimidade, assim, funciona como que um polo em que a confiança está no outro polo, havendo entre eles uma inter-relação de mesma direção e sentidos opostos.

1.3.2.1.2 Não Manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato da Administração

Couto e Silva assinala que os atos teratológicos, que veiculam vícios grosseiros ou gravíssimos perpetrados pela Administração (ex. incompetência absoluta, impossibilidade do

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 141.

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 198.

¹⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 129.

objeto – delegação a particular de competência que só pode ser exercida por entidade pública)¹⁵⁹ não são passíveis de gerar confiança. Maurer apresenta como motivos da não proteção da confiança o conhecimento, pelo administrado, da antijuridicidade do ato, ou o seu não conhecimento caso tal desconhecimento decorresse de imprudência grave¹⁶⁰. Ribeiro, por sua vez, considera que a ilegalidade na concessão de uma vantagem pecuniária, nos vencimentos de um servidor público ou na aposentadoria de um idoso, não seria tão evidente para o seu titular quanto uma isenção fiscal concedida sem lei para um empreendimento empresarial milionário, assessorado por uma estrutura jurídica capaz de apontar o vício flagrante com facilidade¹⁶¹.

Entende-se, contudo, que a amplitude do termo *manifesta* inconstitucionalidade ou ilegalidade é de difícil definição. Ainda que seja um conceito indeterminado, há dificuldade de se encontrar o núcleo de sua significação. Uma questão é ou não é inconstitucional, é ou não é ilegal. O termo *manifesta* pressupõe a existência de alguma espécie de inconstitucionalidade *menos manifesta*, ou uma *meia-inconstitucionalidade*, figuras que definitivamente não existem.

Tenha-se, como exemplo, o julgamento relativo à alíquota zero do IPI¹⁶², no qual o STF decidiu pela possibilidade do crédito por um julgamento de 9 (nove) votos a 1 (um). Passados vários meses o tribunal reverteu o julgamento para 6 (seis) votos a 5 (cinco) contra a possibilidade de utilização do crédito. Não se entra neste momento na análise da possibilidade de reversão de jurisprudência e a sua relação com o princípio da confiança, objeto da análise dos seguintes capítulos, mas somente se quer destacar que uma decisão do tribunal máximo responsável pela guarda da Constituição, que claramente demonstraria um *manifesto* posicionamento para um lado, pode ser revertida para sentido diametralmente oposto.

O simples fato de haver alguma divergência de posicionamento afasta o núcleo de significação do vocábulo *manifesta* em suas acepções de *clara*, *evidente*, *flagrante*, *inegável*,

¹⁵⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 mai. 2009.p. 13.

¹⁶⁰ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110.

¹⁶¹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 233-234.

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 370682/SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 19 dez. 2007. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 353657/SC, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 07 mar. 2008.

*notória, patente*¹⁶³. Ou seja, ainda que o porte dos escritórios de advocacia que assessoram grandes empresas seja grande, não quer dizer que uma questão discutida será mais *manifesta* ou menos *manifesta* quando da aplicação do princípio da confiança do contribuinte.

Tanto é verdade esse fato que uma lei reconhecida como *manifestamente* inconstitucional pelo STF pode ainda gerar efeitos, justamente por aplicação do princípio da segurança jurídica. Este foi o caso do julgado que deu origem à Súmula Vinculante n.º 8. Houve a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que determinava a prescrição e decadência de débitos previdenciários em 10 anos. Por decisão unânime do tribunal foi reconhecida a *manifesta* inconstitucionalidade de tais dispositivos, e mesmo assim, em aplicação da regra da modulação dos efeitos das decisões do Supremo, a lei permanece gerando efeitos para as pessoas que não levaram a juízo sua irrisignação. Sem realizar qualquer juízo de valor sobre o mérito da aplicação da regra da modulação neste caso, ele aponta uma conclusão clara: até mesmo leis *manifestamente* inconstitucionais geram efeitos.

Assim, com muito menos razão, se pode utilizar única e exclusivamente o argumento de um suposto conhecimento manifesto de inconstitucionalidade ou ilegalidade para afastar a aplicação de um ato administrativo. Elementos tais como a estrutura da empresa, a riqueza do beneficiário de aposentadoria, a capacidade intelectual dos assessores jurídicos são totalmente impertinentes ao exame do direito à proteção da confiança. O eixo de análise deve ser redirecionado não mais se perquirindo a amplitude da inconstitucionalidade e da ilegalidade, mas qual a gravidade que a ilegalidade e a inconstitucionalidade causam nos direitos fundamentais individuais.

1.3.2.2 Atos do particular que demonstram a confiança

Na linha da pesquisa aqui realizada na qual o princípio da confiança tem sua raiz nos direitos fundamentais, é pressuposto de tal princípio a demonstração do exercício da confiança. Se se pleiteia a proteção da inviolabilidade de atos realizados no exercício de direitos de liberdade, com a disponibilização dessa liberdade, faz-se necessário demonstrar efetivamente a realização desses atos¹⁶⁴. O afastamento da aplicação de uma norma retroativamente sustenta-se somente nas situações em que é demonstrada a confiança de

¹⁶³ HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Versão 1.0. 1 [CD-ROM].

¹⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 399-400.

forma circunstanciada e por meio da comprovação de elementos subjetivos, não cabendo a confiança meramente subjetiva¹⁶⁵.

O princípio da proteção da confiança se manifesta por meio de dois elementos. Há um elemento subjetivo, constituído do estado de confiança do destinatário, e um elemento objetivo, constituído pela postura do legislador ou do Fisco que provocou o estado de confiança. O elemento subjetivo assim para existir depende do comportamento do terceiro¹⁶⁶. Mas não é só. O princípio da confiança, para a sua operacionalidade, necessita de demonstração da confiança, mas não de qualquer demonstração e, sim, um elevado nível de consolidação dessa confiança¹⁶⁷.

1.3.2.2.1 Dispêndio de recursos próprios

Se o ato da Administração provoca no administrado dispêndio de recursos seus em uma relação de causalidade, está presente a confiança a ser protegida. Maurer afirma que confiança digna de proteção existe quando o cidadão beneficiado “consumiu as prestações concedidas pelo ato administrativo, ou, mais além, fez disposições correspondentes”¹⁶⁸.

O dispêndio de recursos está relacionado com a realização de condições impostas pelo Poder Público. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁹ refere que: “se o benefício foi outorgado como incentivo a determinado projeto empresarial, é defeso revogá-lo, enquanto se mantiver em execução o projeto. Do contrário, haveria reprovável deslealdade, que não se deve permitir ao Estado.” Esse desembolso de recursos provoca a proteção da expectativa não só substancial, mas a proteção compensatória¹⁷⁰. Afinal a

¹⁶⁵ DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 178.

¹⁶⁶ DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 40-41.

¹⁶⁷ DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 101.

¹⁶⁸ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110.

¹⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. REsp 1073/SP. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Relator p/ Acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 18 dez. 1991. **DJ** 22 jun. 1992. p. 9723.

¹⁷⁰ Segundo Ávila e Schomberg a proteção das expectativas ocorre de três formas fundamentais, quais sejam (a) Procedimental, (b) Compensatória e (c) Substancial. O presente trabalho restringe a análise unicamente do *princípio da confiança substancial*, mas, por rigor formal, impõe-se a breve citação das demais formas de ocorrência do princípio, as quais são assim definidas: A forma de *proteção procedimental* nada mais é que um meio para atingir o fim buscado pelo princípio do devido processo jurídico. Para a administração afastar um ato por si gerado é necessário que respeite um procedimento, e esse procedimento deve respeitar tanto o plano formal quanto material derivados do devido processo judicial. O plano formal pressupõe o respeito ao juiz natural, à ampla defesa, ao contraditório e à publicidade. O plano material pressupõe respeito à proporcionalidade (a assim, respeitados seus três elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida escolhida), e razoabilidade, pela qual cada medida eleita deverá levar em consideração as particularidades do caso individual e do contribuinte atingido. A forma de *proteção compensatória* determina que caso não estejam presentes os limites de proteção substancial a Administração fica livre para afastar o ato administrativo, mas deve se responsabilizar pela indenização do particular.

indenização por parte do Poder Público existe diretamente relacionada com os prejuízos causados ao particular. Em alguns casos, ainda que menos frequentes, o Poder Público na jurisprudência da Corte de Justiça Europeia determina que seja indenizada a perda dos lucros não obtidos pela quebra da confiança¹⁷¹.

O dispêndio de recursos funciona como uma demonstração exterior efetiva do sentimento de confiança gerado pelo ato do Poder Público no particular, no sentido de expressar prova cabal de que a confiança não ocorreu simplesmente no âmbito psicológico do destinatário da norma, mas foi transformada em atos.

A posição predominante na jurisprudência e doutrina alemãs é no sentido de que são necessárias disposições de recursos por parte do destinatário, para que haja proteção da confiança¹⁷². Também parte de nossa doutrina posiciona-se nesse sentido¹⁷³. Blanco¹⁷⁴, citando a jurisprudência da Corte da União Europeia, informa que as expectativas da pessoa que tem base subjetiva devem ser reconhecidas e consideradas por um observador externo, e assim, ser capazes de assumir uma dimensão objetiva o que as tornaria esperanças fundadas.

Luengo, por outro lado, é favorável da não necessidade de “manifestações da confiança”¹⁷⁵, dentre as quais estariam as disposições de recursos pelo patrimônio do particular, pois, em determinados casos, nem haveria como o particular dispor de recursos e, mesmo assim, seria protegido pela confiança¹⁷⁶.

Contanto, é claro, que o particular não tenha agido com má-fé, dolo, ou qualquer das excludentes da proteção da legítima expectativa. A forma de *proteção substancial* é o plano onde se insere a verificação e configuração do princípio da proteção à confiança como garantia individual (ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010. p. 2 et seq.; SCHOMBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative Law**. New York: Oxford, 2000. p. 30).

¹⁷¹ SCHOMBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative Law**. New York: Oxford, 2000. p. 214.

¹⁷² GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 384-388; e ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 95-97.

¹⁷³ Para Patrícia Baptista a tutela da confiança legítima exige algum prejuízo na esfera de direito do particular não necessariamente sendo esse prejuízo financeiro. (BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critério de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p.159 e 194. Apud. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da Proteção da Confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 97).

¹⁷⁴ CASTILLO BLANCO, Frederico A. **La protección de confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 185.

¹⁷⁵ GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 384-397.

¹⁷⁶ García Luengo cita o caso de uma pessoa de 80 anos de idade que recebera uma renda por indenização por danos de guerra, por 2 (dois) anos e meio, que não precisou demonstrar nenhuma manifestação da confiança e teve seu benefício mantido com fundamento no longo período que a Administração ficou passiva, e na avançada idade da pessoa. (GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 389).

Por sua vez, parte da doutrina brasileira se posiciona no sentido de que as demonstrações exteriores não são essenciais. Assim, Araújo entende que o exercício da confiança por meio de medidas patrimoniais concretas é um fator a ser considerado na ponderação exigida para a solução de conflitos. Em suas palavras: “No entanto, sua ausência não deve ser encarada como um obstáculo intransponível para a tutela de expectativas legítimas”¹⁷⁷. Derzi, por sua vez, aponta a teoria de Canaris, segundo a qual é necessário o *investimento* da confiança¹⁷⁸, por disposições e/ou investimentos feitos pela parte que confia e pretende a proteção, ainda que existam situações nas quais bastaria o silêncio ou a omissão do particular e mesmo assim a confiança seria protegida. Seguindo essa linha, Derzi afirma que a necessidade de disposições é relativizada, sendo dispensado em certas circunstâncias¹⁷⁹.

Na linha de nossa pesquisa, tendo em vista que o princípio da confiança fundamenta-se na tutela dos direitos fundamentais notadamente de liberdade e de propriedade, há que se reconhecer a necessidade de disposições expressas e evidentes dos particulares. Isso, entretanto, não quer dizer que necessariamente as disposições tenham que ser na forma de dispêndio de recurso entendidos como *transferência patrimonial de recursos* (disponibilização definitiva de recursos financeiros). A disponibilização de recursos pode ser verificada na impossibilidade de efetivação dos direitos atinentes à propriedade ou à liberdade, tais como os direitos vinculados à posse dos bens, exemplificativamente, as garantias ou imobilizações de recursos. Nesse sentido, Luengo pontua que é dominante a corrente pela qual tais disposições de recursos não necessitam ser disposições econômicas, mas podem ser representadas na assunção de obrigações, ou mesmo na realização de atos por terceiros¹⁸⁰.

É importante destacar que o dispêndio de recursos, ou investimento da confiança, sempre será um critério de peso capaz de tornar a confiança muito mais evidente e fácil de ser comprovada. Isso porque, por um lado, o dispêndio de recursos financeiros considerado isoladamente não presume confiança, pois pode ser evidência, até mesmo, de dolo ou de fraude. Por outro lado, a ausência de dispêndio de recursos *financeiros* não afasta por si só a confiança. São evidências disso os casos de reconhecimento da tutela da confiança por decurso de tempo e da consolidação da posição jurídica no patrimônio do destinatário.

¹⁷⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 100-103.

¹⁷⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 348-352.

¹⁷⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 565.

¹⁸⁰ GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 393.

1.3.2.2.2 Decurso de tempo e grau de intensidade da confiança

O decurso do tempo é tido como determinante da confiança na esfera de análise dos atos do Poder Executivo. Esse é o critério mais presente quando da manutenção de pensões revisadas, ou de aposentadorias analisados pelo Judiciário quando da aplicação do princípio da confiança. Interessante notar que a fundamentação¹⁸¹ desses julgados sempre liga o decurso do tempo à motivação sobre ética jurídica, em clara denotação do fundamento normativo do princípio da confiança no princípio da moralidade, decorrente do art. 37 da CF. Veja-se o MS 22.357-0 do STF relatado pelo Ministro Gilmar Mendes: “Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público”.

A doutrina também acolhe a importância do decurso de tempo para a aplicação do princípio da confiança. Nesse sentido, Ávila refere que o “benefício fiscal não poderá ser anulado ou revogado quando deu causa a situações que já se estabilizaram e se consolidaram no tempo”¹⁸². Maurer, na mesma linha, entende que deve ser avaliado o tempo que se passou desde a promulgação do ato¹⁸³. Em análise sobre farta jurisprudência, Ana Paula Ávila conclui que “ato inválido não pode ser anulado ou revogado quando deu causa a situações que já se estabilizaram e se consolidaram no tempo”¹⁸⁴. Em artigo sobre o tema, visando à sistematização do princípio da proteção da confiança e da boa-fé, Porto, com base na jurisprudência do STF, atribui posição de destaque ao “decurso do tempo”, entendendo que “configura-se uma expectativa legítima quando o particular encontra-se em determinada situação de fato tutelada pela ordem constitucional com anuência do Estado por considerável período de tempo”¹⁸⁵ e conclui que a expectativa seria tanto mais legítima quanto maior o transcurso do tempo. Assim, a análise do lapso temporal tem maior peso que a própria

¹⁸¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Sexta Turma. AG 2009.04.00.016050-0. Relator: João Batista Pinto Silveira. **DE** 12 jun. 2009: pensão recebida há 40 anos; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Sexta Turma. AG 2009.04.00.016050-0. Relator: João Batista Pinto Silveira. **DE** 12 jun. 2009: Benefício recebido há 30 anos; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Sexta Turma. AG 2009.04.00.010312-6. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. **DE** 15 maio 2009: cancelamento de pensão recebida por 30 anos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 22.357-0. Relator: Min. Gilmar Mendes. **DJU** 05 nov. 2004 decurso de 10 anos de contratações realizadas.

¹⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010. p. 7.

¹⁸³ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111.

¹⁸⁴ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁸⁵ PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 127-142, jun. 2006. p. 136.

questão de saber se o destinatário tinha conhecimento da ilegalidade ou irregularidade do ato administrativo, conforme os precedentes da jurisprudência dos nossos tribunais superiores¹⁸⁶.

É certo que o critério *tempo*¹⁸⁷, em si, tem papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Não é por outra razão que para efeito de estabilizar as relações jurídicas há regras expressas de longa tradição que determinam critérios objetivos de consolidação de posições jurídicas por meio do critério *tempo*. Dentre tantos, pode-se citar como exemplo os dispositivos relacionados à prescrição, decadência e aos prazos processuais. Contudo, como destacado, trata-se de regras expressas no ordenamento que determinam a intangibilidade de situações individuais por razões objetivas¹⁸⁸. Vale dizer, por razões que não dizem respeito com o sujeito. Basta que se opere a condição (suspensiva ou resolutória) prevista na regra que a sua aplicação ocorre (também dentro do conjunto dessas regras encontra-se a coisa julgada, o ato jurídico perfeito o direito adquirido¹⁸⁹).

Ao analisar o princípio da confiança, não há, e nem poderia haver, determinação exata do átimo temporal a partir do qual a confiança deveria ser protegida¹⁹⁰. O critério *tempo*, visto que não objetivado em norma expressa como determinado período temporal fixo, é analisado como um critério presente caso a caso, por meio de sopesamento, principalmente

¹⁸⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2009. p. 38.

¹⁸⁷ O conceito de *tempo* ao qual nos referimos neste tópico é o tempo unidimensional, como simples medida de um momento temporal a outro momento temporal. Não se trata do conceito de tempo autêntico, ou de tempo histórico-social, pelo qual se “miscigenam e se equilibram presente, passado e futuro” em um *fluir* complexo que constitui o Direito, conforme as referências feitas por Derzi. (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 194-202).

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 346-348.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 349-351. Interessante notar, ainda que Couto e Silva aduz que a segurança jurídica seria dividida em natureza objetiva e subjetiva, que a natureza objetiva envolveria o limite à retroatividade, expressa justamente na proteção ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e à coisa julgada. Já a natureza subjetiva da segurança jurídica se expressaria na proteção da confiança (COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2009. p. 3-4). Ele o faz baseado na derivação da fundamentação do princípio da proteção da confiança, que teria sua gênese no Estado de Direito e não nos Direitos Fundamentais.

¹⁹⁰ É antiga a dificuldade de apontar exatamente o momento temporal em que determinados fatos jurídicos passam a se realizar e/ou estar presentes no patrimônio jurídico das pessoas, quando esse átimo não é presumido por ato legislativo. Ilustrativa é a imagem trazida por Hart no seu clássico *The Concept of Law* (“Conceito do Direito”), pelo qual é possível dizer que uma pessoa sem cabelo algum é careca, ao mesmo tempo em que é possível afirmar que uma pessoa com vasta cabeleira não sofre deste mal. Mas é impossível apontar o exato momento em que uma pessoa passa a ser careca. Qual o número exato de fios de cabelos que precisam estar presentes para que alguém não seja considerada careca? (HART, Herbert. **The concept of law**. New York: Oxford University, 1961. p. 4.)

com outro critério que se denomina de *grau* de confiança. Determinados atos, porque intensos e inequívocos, criam expectativas sólidas que, por si só, não necessitam um decorrer temporal expressivo de anos.

O grau de confiança do destinatário dos atos da Administração, em conjunto com o lapso temporal, provém dados para o correto sopesamento exercido pelo julgador. O grau de intensidade de confiança pode ser verificado nas seguintes variáveis: espécie do ato; a sua publicidade (entendida como propaganda do contrato ou do benefício feita pelo próprio Poder Público); a aparência de certeza decorrente da ausência de impugnação por outros órgãos públicos responsáveis pela defesa dos interesses coletivos da sociedade, tais como as Agências Governamentais, Ministério Público; a assinatura de pessoas com poderes para tanto, bem como com autoridade pública e notória (atos assinados pelo Governador do Estado, pelo Prefeito, ou por pessoas de alto escalão na esfera do Poder Executivo). Também deve ser considerado o montante investido pelo particular, não só em pecúnia, mas em tempo e planejamento prévios, para a persecução das situações necessárias para atingir as condições de ser o destinatário do ato. Assim, devem ser analisadas não apenas situações que já se estabilizaram e se consolidaram no tempo com o único pressuposto de um decurso necessário temporal, mas situações que se estabilizaram no tempo por sua intensidade.

Em que pese o *tempo* seja um critério presente e de grande relevância na atual análise realizada tanto pelo STF quanto pelo STJ em relação ao âmbito dos atos administrativos, para o objetivo do presente estudo, que analisa o princípio da confiança no âmbito dos atos jurisdicionais – e essa é uma diferença fundamental –, o *tempo* não tem papel de relevo, sendo inclusive desprezível para a caracterização da confiança, conforme aprofundaremos em tópico apropriado (2.2.1.3.4 *infra*).

1.3.2.2.3 Realização de planos concretos pessoais e empresariais

De certa forma esse critério está contido em ambos os tópicos imediatamente estudados acima, todavia merece esse destaque justamente para não vinculá-lo, unicamente, com o decurso do tempo ou com o dispêndio de recursos financeiros.

A realização de planos, pessoais e empresariais, ocorre mesmo anteriormente da efetiva expedição do ato pelo Poder Executivo, quando se fala de um contrato de licitação ou para recebimento de benefício, e esse planejamento implica confiança a ser protegida. Não basta o mero planejamento conceitual realizado pelo administrado, entendido como o planejamento de ideias e suposições. É necessário, isto sim, para a tutela do princípio da

confiança o firmamento do contrato com a Administração dentro das condições postas por ela. Assim, havendo contrato já configurado pela assinatura das partes, todo o planejamento e as programações realizadas pelo particular passam a ser base de consideração da proteção de sua confiança.

A realização de planejamentos podem não exigir o dispêndio de recursos financeiros, mas podem implicar atos capazes de expressar a confiança do administrado. É o caso de projetos arquitetônicos feitos por arquitetos no aguardo de determinada licença; de planos contábeis e financeiros anteriormente a abertura de uma empresa; de planejamento tributário estratégico gerencial de qual setor se irá optar dentre alguns que estavam à disposição do jurisdicionado; dentre outros exemplos. É inegável que embora tais *movimentações* da empresa possam não implicar dispêndio de recursos financeiros, elas têm o caráter de mostrar que a empresa investiu seu tempo e seus outros recursos humanos e materiais baseados no ato base da confiança¹⁹¹.

O que se quer destacar é que há outras possibilidades de emprego de recursos e de tempo que podem ser consideradas na formação de uma confiança pelo particular que não sejam o único prejuízo financeiro, e que, ao mesmo tempo, são situações que transcendem o mero desejo pessoal ou a confiança subjetiva.

1.3.2.2.4 Inocorrência de fraude, dolo, má-fé

A jurisprudência é clara ao determinar que a fraude o dolo ou a má-fé afastam a confiança do jurisdicionado. O Superior Tribunal de Justiça, em julgado relatado pelo Ministro Felix Fischer¹⁹², é claro ao determinar que a má-fé é critério que afasta a declaração de nulidade do ato, quando da aplicação da Lei 9.784/99, mantendo, portanto, hígido o seu comando, presente no art. 54¹⁹³, que excepciona o prazo decadencial pela comprovação da

¹⁹¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 409-411.

¹⁹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção. MS 13407/DF. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 05 dez. 2008, **DJe** 02 fev. 2009. Todavia, ainda que a má-fé seja considerada critério, no julgado citado o ato administrativo foi afastado por ausência de provas colhidas pela Administração. No mesmo sentido reconhecendo a má-fé como critério impeditivo da manutenção de atos. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. REsp 421.104/RS. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 1 mar. 2005. **DJ** 26 set. 2005, p. 433; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 1255618/RS. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 1 set. 2011. **DJe** 8 set. 2011; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. AgRg no AgRg no REsp 1215897/RJ. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Julgado em: 1 mar. 2011. **DJe** 24 mar. 2011).

¹⁹³ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

má-fé. Para a doutrina, como exemplifica o posicionamento de Maurer¹⁹⁴, é fundamento de exclusão da aplicação do princípio da proteção à confiança a obtenção do ato administrativo por meio desleal ou por dados não acertados¹⁹⁵.

Quanto a esse tópico, é decorrência lógica da ideia de tutela da confiança o afastamento de benefícios alcançados dolosamente. Sempre quando se fala nos princípios da moralidade, da proteção da confiança, da boa-fé objetiva, há um grau de subjetividade que permeia a boa-fé do administrado no sentido de lisura, lealdade e correção de comportamento. Isso quer dizer que a ninguém é permitido se beneficiar com a própria torpeza, implicando, portanto, imediato afastamento da confiança quando o próprio particular forja de qualquer forma uma situação desleal. Mesmo afastando qualquer digressão substancial quanto à análise profunda da manifestação de outros princípios, é imperativo lógico a impossibilidade de tutela da confiança, quando esta confiança está embasada em atos de má-fé, visto que má-fé só existe em oposição à boa-fé subjetiva. Necessário, contudo, a comprovação da ocorrência da má-fé. Ela não se presume.

Passa-se a seguir à análise do terceiro elemento da estrutura do princípio da confiança - o ato estatal que frustra a confiança.

1.3.2.3 Ato estatal que frustra a confiança

1.3.2.3.1 Considerações gerais

O ato que frustra a confiança é o terceiro requisito essencial da verificação da aplicabilidade do princípio da confiança. Só se busca a incidência do princípio da confiança quando presentes dois requisitos em conjunto: (1) presença da frustração da confiança e (2) inexistência de outro princípio ou regra com “maior força *a priori*” capaz de substituir a tutela da confiança.

¹⁹⁴ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110.

¹⁹⁵ No mesmo sentido exemplificativamente em seu âmago, mas com algumas particularidades formais os posicionamentos de Couto e Silva (COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2009. p. 38), Maffini (MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança do direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 148-153) e García Luengo (GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza em el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002. p. 362).

Quanto ao segundo requisito, considere-se que todos têm de respeitar a lei por premissa. Caso a lei seja desrespeitada o particular prejudicado não pleiteará o seu direito com base na frustração de sua confiança, mas com base na legalidade. Pode-se até não se falar em “menor força *a priori*” do princípio da confiança, como característica normativa. Mas, o que se deve considerar neste exemplo, é que o princípio da confiança é violado apenas *mediatamente* enquanto a legalidade é violada *imediatamente*. Mesmo raciocínio pode ser aplicado com relação às regras expressas na Constituição relativas ao direito adquirido, irretroatividade, coisa julgada, dentre outras. Todas elas são violadas *imediatamente* enquanto que a confiança é violada *mediatamente*. Tal consideração é importante para demonstrar que mesmo quando presentes os requisitos da confiança, em havendo uma razão objetiva para sustentar a intangibilidade das situações individuais, torna-se desnecessário o socorro do destinatário por meio da aplicação do princípio da confiança.

Por sua vez, com relação ao primeiro requisito – “presença de confiança frustrada” –, ele deve ser analisado em relação aos âmbitos de aplicação específicos. No âmbito do Poder Executivo é todo o ato de mesma hierarquia realizado pela Administração que revoga/anula o ato, normativo ou particular, e causa efetiva modificação no patrimônio jurídico do destinatário em sentido inverso à confiança depositada por este.

É muito importante que ocorra um ato que frustre a confiança. Com isso se afasta a aplicação do princípio da confiança diante de atos não capazes de influenciar novo comportamento no particular. Relativamente aos atos jurisprudenciais serão analisadas as concepções de modificação de jurisprudência e quais os requisitos das decisões judiciais que representam a modificação da jurisprudência entendida como virada jurisprudencial. Mas é preciso destacar no presente ponto o ato tem de ser de mesma natureza, ou que tenha condições de gerar os mesmos efeitos do ato gerador da confiança.

1.3.2.3.2 Da presença do interesse público

Todo o ato que frustra a confiança, realizado pelo Estado, seja pelo Poder Executivo, Legislativo, ou Judiciário, traz subjacente o interesse público, considerado não o interesse particular da Administração, mas o interesse de todos os particulares, da comunidade como um todo.

Não é escopo do presente trabalho o aprofundamento do estudo sobre a dogmática do conceito da expressão “interesse público”, entretanto, são necessárias duas considerações relacionadas a tal expressão.

Primeiro, o interesse público não é supremo. Não existe a supremacia do interesse público sobre o interesse privado¹⁹⁶, tendo em vista que o interesse particular faz parte daquele (está contido). O que se tem é uma coexistência entre o interesse público e o privado. O sujeito público está condicionado pela existência de normas atributivas de poder. Sua esfera de atuação será realizada dentro do espectro considerado por tais leis. De outro lado, o particular tem a prerrogativa de solicitar ao sujeito público que respeite tais regras. Assim, surge um direito substancial, um *legítimo interesse* do particular em ter a sua posição respeitada, mesmo em face do sujeito público¹⁹⁷. Desse raciocínio permite-se concluir que diante da colisão do interesse público com o privado, não é a só existência do interesse público que o fará sair vencedor. Essa conclusão vai ao encontro do que esse trabalho até aqui vem acolhendo, ou seja, o fato de que o interesse do particular é sustentado na inviolabilidade de seus atos realizados com base nos direitos fundamentais e com pretensão de durabilidade.

Não obstante isso, e passando à *segunda* consideração, forçoso referir que o interesse público subjacente ao ato do Poder Público que frustra a confiança do particular tem sempre um determinado peso que deverá ser analisado quando da aplicação do princípio da confiança. Vale dizer, se de um lado se tem de considerar os direitos fundamentais do cidadão, de outro, além das características formais do ato realizado pelo Estado, há que se analisar o peso do interesse público subjacente. Conforme lição de Maurer¹⁹⁸, se a anulação de ato administrativo afetar valores que integram o próprio conceito de interesse público, já que abrangidos pelos fins cuja realização é atribuída ao Poder Público pela Constituição, tais como desenvolvimento industrial e tecnológico ou criação de empregos, a hipótese de anulação do ato deve ser afastada. Ávila refere que “a avaliação da manutenção do ato administrativo, ou da prática nele baseada, deve levar também em conta quais os interesses que seriam afetados com sua anulação”¹⁹⁹ e nesse momento cita os fins últimos do Estado cuja realização é atribuída a o próprio Estado.

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2012. p. 28.

¹⁹⁷ DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993. p. 20-21.

¹⁹⁸ MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 132.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010. p. 12.

Ao Estado não cabe revogar ou anular um ato simplesmente por aplicação exacerbada do formalismo. Pelo contrário, quando o formalismo não contribui para o fim que ele mesmo formalismo foi criado, em casos específicos, e com o devido sopesamento de razões, esse formalismo deve ser superado para dar espaço ao princípio da confiança. Afinal, as *formalidades* estipuladas para o proceder do Estado, nada mais são do que meios eleitos pelo legislador para a promoção dos valores buscados pelo próprio Estado. Se a anulação de determinado ato além de não *beneficiar* nenhuma das partes envolvidas – Administração ou destinatário –, causa maior prejuízo a ambos, por ser contrária aos seus interesses (incluídos os interesses de terceiros), é ilógica a necessidade de anulação do ato. Mas, além disso, é uma ação contrária à segurança jurídica considerada em seu todo, ou seja, considerada sob a perspectiva do ordenamento jurídico e sob a perspectiva dos destinatários.

Com esse ponto finaliza-se a análise da estrutura geral do princípio da confiança, e de seu foco no âmbito dos Atos decorrentes do Poder Executivo, o qual, por assim dizer, é mais enfrentado pelos doutrinadores e pela jurisprudência. O próximo capítulo cuidará especificamente da manifestação do princípio da confiança em relação aos atos jurisdicionais. Ele será dividido em três seções. A primeira trata dos fundamentos dogmáticos específicos a esse determinado âmbito. Objetiva-se delimitar quais concepções dogmáticas podem ou não ser utilizadas em relação aos Atos jurisdicionais. Quando a doutrina e a jurisprudência começaram a tratar sobre o tema algumas preconcepções dogmáticas foram transportadas de outros âmbitos sem uma análise específica para saber se a técnica assim o permite. A segunda trata da estrutura do princípio da confiança. Será adotada a mesma sequência de abordagem realizada na presente seção qual seja (i) base da confiança por parte do Estado (elementos geradores da confiança); (ii) ato(s) do particular que demonstram a confiança e (iii) ato estatal que frustra a confiança. Esse método de abordagem pretende atingir dois objetivos. *Primeiro*, verificar que o princípio da confiança não se manifesta com os mesmos requisitos no âmbito do Poder Judiciário e do Poder Executivo, o que pode ser a causa de seu pouco uso ou uso não sistematizado. E, *segundo*, demonstrar quais os requisitos dos atos capazes de gerar confiança. Vale dizer, demonstrar os requisitos necessários para que a jurisprudência possa ser geradora de confiança. Por fim, a última seção cuida da operacionalização do princípio da confiança na atividade jurisprudencial. Pretende-se analisar especificamente espécies de atos capazes de gerar a confiança, bem como as formas efetivas de resguardar a confiança.

2 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

2.1 FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS ESPECÍFICOS

Como visto no primeiro capítulo o princípio da confiança caracteriza-se como uma eficácia reflexiva da segurança jurídica tendo sua fundamentação nos direitos fundamentais da liberdade e da propriedade. Não obstante, é importante enfrentar-se algumas questões colocadas pela doutrina e jurisprudências sobre a matéria que podem refletir na conformação do princípio.

Note-se que o fundamento do princípio ao qual adotamos aqui tem influência determinante nas consequências de sua fundamentação e operacionalização. Faz-se necessária, portanto, a análise de fundamentos de ordem objetiva e de ordem subjetiva. Por fundamentos de ordem objetiva são os fundamentos que não dizem respeito a situações específicas do jurisdicionado. Referem-se assim aos atos atinentes ao ordenamento e às implicações da progressão das normas no tempo. Por sua vez, por fundamentos de ordem subjetiva entendem-se aqueles ligados a situações particulares do jurisdicionado.

2.1.1 Fundamentos de ordem objetiva

2.1.1.1 *Jurisprudência como fonte do Direito*

Poder-se-ia colocar a questão como simples premissa do estudo, em forma de corte metodológico, e não se adentrar na discussão, porém, mais que simples premissa propedêutica, a correta análise fundamentada dessa questão é essencial para o objetivo perseguido por nosso estudo. Ainda que o princípio da confiança seja embasado nos direitos fundamentais, a exigir, portanto, o exame mais detido de elementos subjetivos, a falta de análise da jurisprudência como fonte do Direito poderia demonstrar que o tema não foi esgotado no seu ponto objetivo relativo aos atos geradores de confiança.

Por *direito* aqui, não nos referimos à acepção de Ciência, tampouco à acepção restritiva de conjunto de leis (ainda que em sentido lato), mas ao “sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto”²⁰⁰. Por *jurisprudência*, como adiantado no item 1.1.2

²⁰⁰ Conceito de Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p.74).

supra, se entende ser a decisão judicial exarada pelas cortes superiores que representa a pacificação de determinado tema controvertido.

Muitos dos problemas que surgem por conta de questionamentos, tais quais “A jurisprudência é fonte do Direito? É fonte primária ou secundária? Juízes criam Direito?”, são falsos problemas, pois colocados sobre premissas diversas, e a conclusão obviamente é tomada de acordo com as premissas do raciocínio de cada estudioso²⁰¹.

Sobre a velha questão de saber se os juízes criam ou não Direito Guastini²⁰² bem delimita a questão ao referir que essa expressão tem quatro significados distintos: (i) A decisão dos juízes teria a mesma eficácia do ato normativo, ou seja, eficácia *erga omnes*, atribuindo assim uma noção de direito normativo. Essa é a dita principal diferença existente entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e *Civil Law*. Assim, no Direito italiano (espécie de *Civil Law*) somente as decisões de acolhimento²⁰³ da Corte Constitucional teria a eficácia normativa; (ii) O segundo sentido decorre da concepção de que o Direito é constituído tanto de normas gerais quanto de normas individuais. As primeiras são as leis, e as normas individuais seriam justamente as decisões judiciais. Portanto, nesse sentido particular, o juiz cria Direito, pois é responsável pela introdução de uma norma concreta ao Sistema Jurídico; (iii) O terceiro sentido revela que os juízes criam Direito por entender que a interpretação dos textos normativos (atividade típica dos juízes) não é operação cognoscitiva de normas pré-existentes, mas produtiva de normas novas. Assim, se o vocábulo “Direito” expressa o conjunto das normas que as disposições legislativas expressam como seu significado, deve-se admitir que o Direito nasce não da legislação, mas da interpretação das leis ou, ao menos, da colaboração entre legislador e intérpretes; (iv) Diante de lacunas e antinomias os juízes integram o Direito com normas novas, não existentes.

Miguel Reale, por sua vez, refere que

a jurisprudência muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nesses casos o

²⁰¹ Nesse sentido, Larenz, para quem qualificar os precedentes como fonte do direito depende daquilo que por tal se entenda. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2009. p. 614).

²⁰² GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 215 et seq.

²⁰³ Espécie de decisão no Direito Constitucional italiano que acolhe a impugnação da inconstitucionalidade suscitada por uma corte inferior. (FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 82).

juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo de Direito.²⁰⁴

E completa o jurista: “Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto”. Assim, afirma que não há como negar à jurisprudência a condição de fonte primária do Direito²⁰⁵. Note-se que este último posicionamento segue a lógica de a jurisprudência ser fonte do Direito porque o juiz interpreta e, assim, completa o sentido da norma. Mas somente será fonte para o caso concreto. O autor não aborda a questão da possibilidade de ser fonte normativa – geral e abstrata – do Direito.

A partir de uma perspectiva científica diversa, sob o influxo do giro linguístico, segundo as lições de Carvalho²⁰⁶, a jurisprudência, entendida como o conjunto de decisões (acórdão e sentenças), é vista como sendo os veículos introdutores de normas para o caso concreto, uma vez que para os demais casos, fazem parte apenas da Ciência do Direito. Ressalvam-se as súmulas vinculantes, que criam, sim, normas de caráter geral, e, portanto, a sua enunciação também é fonte do Direito. Assim, o processo em si de julgamento é a fonte do Direito, ou seja, a enunciação verificada pela enunciação enunciada do acórdão é a fonte do Direito. Tarek Mousalen, também sob o influxo do giro linguístico²⁰⁷, em aprofundado estudo sobre a linguagem, adota posicionamento pelo qual não se confunde a criação do Direito por juízes e a jurisprudência como fonte do Direito. Para esse estudioso, e na linha de suas premissas, a própria lei não é fonte do Direito, senão, a lei é o veículo introdutor de normas, que, por sua vez, é produto, daí sim, da fonte do Direito, o fato-enunciação. “O fato produtor de normas é o fato enunciação, ou seja, a atividade exercida pelo agente competente.”²⁰⁸ Os juízes, ao exercerem suas funções, também realizam enunciação e assim criam normas individuais e concretas e gerais e concretas. Nesse sentido, e só nesse, os juízes

²⁰⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 168.

²⁰⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 169.

²⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

²⁰⁷ O giro linguístico, no quanto pertinente às fontes do direito e sob a análise da semiologia, pode ser estudado com base no seguinte sistema de referência. O vocábulo “enunciado” significa suporte físico (tinta no papel), dotado de um sentido. Por sua vez, enunciação é o ato de produção de enunciados, e ela se verifica por meio dos elementos de pessoa, do tempo e do espaço em que foi produzido o enunciado. Enunciação-enunciada são as marcas destes elementos (pessoa, espaço e tempo) projetadas pelo veículo introdutor de normas. Enunciado-enunciado é o enunciado veiculado pela enunciação-enunciada, ou seja, é o enunciado fixado no veículo introdutor de normas. Podemos estabelecer a seguinte relação entre os conceitos ora estudados: Fontes do direito positivo são as enunciações-enunciadas, uma vez que a pura enunciação se perdeu no tempo. O ato da enunciação em si é um momento no tempo e espaço finito. Veículo introdutor de normas é o suporte físico dos enunciados (compreendidos a enunciação-enunciada e os enunciados-enunciados). E normas introduzidas são os enunciados-enunciados.

²⁰⁸ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 138.

criam Direito, pois a enunciação é fonte do Direito, assim, a enunciação exercida pelos juízes é fonte de Direito. O Judiciário nunca criaria a norma abstrata. Novamente, a jurisprudência, entendida como enunciado, não é fonte do Direito, mas produto da atividade de enunciação. Ainda, para Tarek, os tribunais não têm poder para criar enunciados gerais e abstratos, sem a devida autorização constitucional. Em suas palavras:

Os seus regimentos internos não são instrumentos introdutórios competentes para lhes conferir tal competência devido a dois motivos: (1) falta de autorização constitucional, e (2) o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, inciso, II, do texto supremo, mormente em matéria tributária, seara na qual vige o princípio da estrita legalidade (art. 150, I, da CF).²⁰⁹

Por outro lado, para Wald, em estudo sobre a influência do Superior Tribunal de Justiça sobre o ordenamento jurídico, afirma que nos seus primeiros 15 anos de existência o STJ exerceu sua atuação “renovando, humanizando e socializando o nosso Direito”. E, por conta desta atuação, é categórico em afirmar que tal corte evidenciou em nosso país que a “jurisprudência é efetivamente uma fonte formal do Direito, revelando muitas vezes o seu pioneirismo em relação ao próprio legislador”. Conclui que coube ao STJ desenvolver as cláusulas gerais do Código Civil e dar “adequada interpretação aos conceitos indeterminados²¹⁰”.

Para Larenz, “Os precedentes e o ‘Direito judicial’ deles procedentes podem, por isso, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles, conseguir a mesma vigência fática ou efetividade que uma lei²¹¹”. Mas o autor não entende, contudo, que haja um efeito vinculante propriamente dito de qualquer precedente. Por sua vez, Lorenzetti entende que há dois tipos de jurisprudência: a obrigatória e a não obrigatória. É fonte formal de um sistema de Direito somente aquela jurisprudência que resulta obrigatoriamente de uma norma de reconhecimento. Possuem esse caráter a lei, os princípios gerais de direito, o costume e a jurisprudência *obrigatória*. Entretanto, são fontes materiais de um sistema de Direito as que carecem de obrigatoriedade, “mas são importantes porque fixam o conteúdo do direito”²¹². Nesta última se inclui a jurisprudência *não obrigatória*. Para o estudioso argentino há dois

²⁰⁹ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 154-155.

²¹⁰ Todas as citações deste parágrafo são de Arnold Wald (WALD, Arnoldo. **A contribuição do Superior Tribunal de Justiça na consolidação do princípio da confiança**. In: Gabinete do Ministro-Diretor da Revista (Org.). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: STJ, 2005. p. 31-48. p. 33).

²¹¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2009. p. 614.

²¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77 e p. 77, nota 22.

critérios para verificação das fontes. O princípio da autoridade que subjaz as fontes formais, e o argumento “razoável” que subjaz as fontes materiais. Sobre esse último assim se manifesta o autor: “Razoabilidade – quando não há uma fonte que obrigue, pode ocorrer que ela seja respeitada porque é possível encontrar nela argumentos razoáveis e convincentes. É o que ocorre com a doutrina ou a jurisprudência.”²¹³ Derzi, por sua vez, parte do pressuposto de que o juiz aplica, mas cria o Direito, porquanto Direito não se confunde com lei ou com norma jurídica. Para a estudiosa mineira a sentença “ganha força normativa, quando se consolida como expectativa e se desloca para o passado em relação às decisões judiciais futuras como precedente. Doravante, os juízes olham para os precedentes, buscando informações, como olham para leis.”²¹⁴

Nessa linha, confirma-se o quanto adiantado de que cada corrente de entendimento pode posicionar-se pela jurisprudência sendo ou não fonte do Direito. Para isso basta especificar o alcance semântico dos vocábulos em discussão e assim depreender as soluções. O que não pode ocorrer, porquanto vedado pelo discurso científico, é chegar-se a conclusões sem base em nenhuma premissa clara (pois veda a discussão e o teste da veracidade das conclusões), ou chegar a conclusões em desacordo com as premissas.

Assim, no sentido dos vocábulos aqui representados, para nós *jurisprudência* é fonte de *Direito*. Vale dizer, decisão judicial exarada pelas cortes superiores que representa a pacificação de determinado tema controvertido (*jurisprudência*) é fonte do sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto (*Direito*).

Isso porque entendemos que ao juiz não cabe apenas a análise cognoscitiva dos textos normativos das leis e da Constituição. Toda norma é o produto da interpretação dos enunciados normativos. É justamente essa interpretação que atribui significação do texto constante da previsão legislativa. Obviamente que os conceitos indeterminados e os tipos contêm um núcleo duro e rígido de significação já constante da palavra que não será nem modificado, nem reduzido, e tampouco aumentado pelo intérprete juiz quando da aplicação. Nesse sentido, as palavras/vocábulos contêm significados inerentes a elas que são pressupostas a análise do magistrado. A sua função não é, portanto, simplesmente conhecer as leis e as aplicar cegamente. Ao juiz cabe conhecer a legislação, a Constituição, e os demais

²¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 78.

²¹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 308.

instrumentos normativos e aplicar ao caso concreto aquele conhecimento prévio com a interpretação necessária ao caso.

Clara é a constatação de que o juiz cria Direito quando exerce sua prerrogativa de supressão de antinomias e de lacunas nas leis, momentos esses em que o juiz realiza no caso concreto real poder de criação de normas que não estavam previamente no ordenamento. A Corte Suprema não é mais entendida como simplesmente o *juiz da lei*, é, contudo, *juiz da experiência jurídica*, investida de papel crucial de colher o fechamento (ponto de solda) e o ponto de síntese entre as regras postas e os comportamentos implementados, entre prática e critérios de valor, e entre passado e futuro²¹⁵. Normas imprecisas ou antinômicas dependem de controle em sua aplicação, o que é atributo da interpretação exercida pelos magistrados tanto no controle de constitucionalidade das leis, ou no controle da interpretação das leis federais. A finalidade da jurisprudência é, pois, pacificar as interpretações eventualmente conflitantes sobre determinada norma (legal ou constitucional) e fixar a interpretação tida como a mais correta dentro do sistema jurídico. Veja-se que os órgãos jurisdicionais não têm essa prerrogativa em decorrência de seus regimentos internos, mas têm essa competência proveniente da própria Constituição.

Ao Supremo Tribunal Federal²¹⁶ cabe a guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da CF. Assim entendida a realização do controle de constitucionalidade, tanto pela declaração de constitucionalidade, quanto pela declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, bem assim da interpretação conforme a Constituição. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem a prerrogativa de pacificar a interpretação da legislação federal²¹⁷, nos termos do art. 105 da CF.

Deixe-se claro que aqui não se defende a possibilidade ou “liberdade” de o juiz criar Direito Tributário com fundamento na apreciação econômica do fato gerador²¹⁸. Liberdade essa a qual se entende firmemente inexistente, pois ao Direito não cabe a interpretação

²¹⁵ LIPARI, Nicoló. Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 60, n. 4, p. 1047-1054, dic. 2006. p. 1051.

²¹⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²¹⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

²¹⁸ Nos termos que rechaçado por Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 76 et seq.).

consequencialista com argumentos, a rigor, não jurídicos²¹⁹. A jurisprudência jamais será oposta à Constituição e às leis, mas, pelo contrário, ela irá sempre representar qual é a concepção da lei ou da Constituição que é correta e aceita em determinada época. Entretanto, conforme adiantado, não poderá fugir o magistrado dos sentidos previamente pressupostos nos vocábulos escolhidos pelo legislador. Quer-se, com isso, afirmar que o magistrado, a pretexto de uma alegada e suposta evolução da sociedade, não pode atribuir significado e sentido diametralmente oposto ao até então em vigor, sob o argumento de “mutação” legal ou constitucional, e assim, adentrar no núcleo rígido de significação de determinado vocábulo e atribuir-lhe sentido diverso daquele previamente concebido pelo legislador²²⁰.

Sobre a questão de a jurisprudência ser fonte do Direito, Torres²²¹ entende que considerando a jurisprudência como a orientação normativa derivada do conjunto de decisões dos tribunais ela não é fonte formal²²² do Direito Tributário, já que não cria normas jurídicas com eficácia *erga omnes*, nem vincula o trabalho dos tribunais e juízes inferiores ou da Administração. Todavia, há uma situação em que a decisão do STF ganha contorno e autêntica fonte formal, qual seja a declaração de inconstitucionalidade da lei na via da ação direta. Segundo o estudioso carioca, “a declaração de inconstitucionalidade opera, portanto, com as mesmas características da lei formal, visto que apenas uma lei pode revogar outra”²²³.

Ferraz Júnior²²⁴, por sua vez, em análise sobre as duas famílias de Direito, *Common Law* e Romanista, pontua que, na última, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, pois nesta família há a total independência do magistrado para julgar somente conforme a lei e conforme a sua consciência. Independência essa diferente da teoria do

²¹⁹ Concorde-se com Alfredo Augusto Becker, que há muito afirmou que interpretar economicamente o Direito equivale a “nega utilidade precisamente àquilo que é jurídico” (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2001).

²²⁰ Nesse sentido, Ávila, quando discorre sobre a reserva material pressuposta atribuída pela divisão de competências da Constituição (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 261 et seq.).

²²¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 76-78.

²²² Sobre fonte formal não é esse o conceito geralmente utilizado pela doutrina. Pimenta refere, com base em Guastini que: “Por fonte material designa-se todo o ato ou fato que produza norma geral e abstrata”, por sua vez, em seu entender (de Pimenta) fonte formal é o modo de expressão do direito, o suporte físico que insere normas no sistema. E conclui: fonte formal, representa “os atos e fatos que são habilitados pelo sistema a inserir normas jurídicas. No caso brasileiro, as fontes formais primárias são aquelas mencionadas no art. 59 da Constituição Federal, enquanto as secundárias são os atos infralegais, ato de aplicação da lei (ex. atos administrativos)” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15-16).

²²³ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 77.

²²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 211.

precedente no mundo anglo-saxônico. Mas, apesar dessa concepção, entende haver inegável papel da jurisprudência romanística na constituição do Direito. Segundo suas palavras:

Se é verdade que o respeito à lei e a proibição de decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos Tribunais, que não obriga, mas *de fato* acaba por prevalecer.²²⁵

Conclui, entretanto, que a jurisprudência é fonte *interpretativa* da lei, mas não chega a ser fonte do Direito²²⁶.

Em resumo, a resposta para a pergunta de se a jurisprudência é fonte ou não do Direito, ou se juízes criam Direito, decorre da significação que se dá para os vocábulos envolvidos, que como visto são polissêmicos. Assim, por mais que seja uma verdade banal²²⁷, como aduz Cappelletti, a criatividade da jurisprudência deve sempre ser esclarecida, reafirmada e cuidadosamente adequada às premissas de base de cada estudo. Para este estudo, portanto, resta claro que a jurisprudência é fonte do Direito, tendo em vista que a noção de jurisprudência está ligada à *ratio decidendi* ou regra do precedente judicial²²⁸.

Em julgado, detalhado adiante (Crédito prêmio IPI – EREsp 738.689/PR), verifica-se de um voto vencido, no qual se analisou a possibilidade de resguardo dos direitos dos cidadãos que confiaram nas decisões do tribunal, que foi assentado que efetivamente a jurisprudência é fonte do Direito em face das expectativas que cria no destinatário. Veja-se:

Pouco importa a referência técnica usada pela legislação de um determinado país, a verdade é que, no espaço social os precedentes judiciais, estejamos no *common* ou *civil law*, são uma forma de produção de normas jurídicas, ou se assim não for, pelo menos de compreensões normativas que moldam os comportamentos jurídicos das pessoas. É nesse sentido que se afirma que a função judicial é um *ius dicere*: e se juiz o disse mal durante tantos anos, seria injusto punir aqueles que acreditaram na voz judicial que escutavam.²²⁹

Também em uma perspectiva sob o influxo dos direitos fundamentais, ou pelo menos, a partir de uma visão não objetiva das normas no tempo verifica-se que os precedentes

²²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 211.

²²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 211.

²²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre, 1993. p. 7.

²²⁸ Sobre a regra do precedente será aprofundado abaixo no item 2.2.1.1 *infra*.

²²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. EREsp 738689/PR. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em: 27 jun. 2007. DJ 22 out. 2007. p. 187. Voto Vista Ministro Herman Benjamin

judiciais quando representam uma consolidação de uma orientação jurisprudencial, representam justamente a proteção dos direitos fundamentais dos destinatários. Se a constante modificação jurisprudencial é danosa ao Direito, objetivamente é pior para o contribuinte que poderá sentir ele mesmo os efeitos patrimoniais. Nesse sentido, sendo a jurisprudência fonte do Direito por contribuir para a interpretação e conformação das normas, cabe ao julgador disciplinar as alterações jurisprudenciais prestigiando a segurança jurídica e boa-fé do contribuinte²³⁰. Isso porque o valor assegurado pelos precedentes judiciais, segundo uma teoria aberta das fontes do Direito, é o valor da certeza do Direito especificamente na sua acepção de inviolabilidade das posições subjetivas que resultam da dinâmica constitucional²³¹.

2.1.1.2 Poder Judiciário como Poder uno

Questão ligada intrinsecamente com a força do precedente e com a possibilidade criadora da jurisprudência é a independência ou não dos juízes, e por isso merece análise em destaque.

A garantia de liberdade de independência do magistrado em nosso ordenamento jurídico não representa a possibilidade de ocorrência de completa e irrestrita desobediência ao sistema posto. Daí que o presente tópico visa enfatizar, com base preponderante na legislação, que o Poder Judiciário é um Poder uno e não fragmentário. Não se nega a independência dos juízes (*lato sensu*, considerando magistrados em geral), tampouco suas demais garantias gerais (expressas no artigo 95 da Constituição Federal) e funcionais, nem mesmo se nega a vigência do princípio do livre convencimento. Ocorre que não se pode confundir a figura do juiz, enquanto responsável por dirigir o processo (art. 125 do CPC), com a figura do juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário.

São órgãos do Poder Judiciário, entre outros, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais e o Juiz (Federal, Estadual). Cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, e, portanto, a interpretação final sobre a norma constitucional. Por outro lado, enquanto órgãos do Poder Judiciário, compete aos Juízes decidir o caso concreto e, por meio do controle difuso, exercer o controle da constitucionalidade das normas. Veja-se que não cabe aos desembargadores singulares

²³⁰ BECHO, Renato Lopes. As alterações jurisprudenciais diante das fontes do direito tributário. **Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 188, p. 98-119, maio 2011. p. 116-119.

²³¹ CAVINO, Massimo. Il precedente tra certezza del diritto e liberta del giudici: la sintesi nel diritto vivente. **Diritto e Società**, Padova, n. 1, p. 159-174, jan. 2001. p. 173. Utilizamos aqui “teoria aberta das fontes do direito” como uma tradução livre do termo “Diritto Vivente” que significa o direito decorrente da interpretação e aplicação das normas decorrentes das decisões judiciais.

exercer o controle de constitucionalidade das normas, senão cabe ao órgão ao qual eles estão vinculados, qual seja ao Tribunal. Nesse sentido o artigo 97 da Constituição Federal previu que o controle da constitucionalidade da norma cabe ao Tribunal, porquanto órgão do Poder Judiciário. Veja-se: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Enquanto órgãos do Poder Judiciário, devem, portanto, os magistrados seguir as orientações e respeitar a interpretação pacificada dos textos normativos, não só em relação às declarações de constitucionalidade, mas também em relação à interpretação dos atos normativos federais, em face da prerrogativa do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação da lei federal. A concepção de órgão bem define a base da confiança dos atos jurisdicionais que será analisada na próxima seção, no sentido de que não é uma decisão isolada de um magistrado em decisão monocrática que servirá de base da confiança para os demais jurisdicionados.

De qualquer forma, o que deve ter-se em mente é que em virtude da organização do Poder Judiciário, e da sua própria sistematização interna, o jurisdicionado tem condições de verificar que, mesmo diante da independência do juiz singular, a decisão final sobre determinada matéria jurídica não cabe a ele, mas sim ao órgão responsável pela resposta final à questão de Direito. Têm-se, assim, duas situações bem distintas quanto à manifestação da liberdade e independência do magistrado. A *primeira* ocorre quando em relação a uma determinada lei não há manifestação sobre sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo STF. E a *segunda* situação ocorre quando já há a manifestação do STF.

No primeiro caso, o magistrado de primeiro grau tem total liberdade para julgar a questão, em respeito a sua independência funcional. O tribunal, respeitando o art. 97 da Constituição Federal, poderá, por sua vez, julgar com total liberdade a causa. No segundo caso, entretanto, quando há prévia manifestação do STF a liberdade do magistrado resta mitigada, e, assim, podem ocorrer duas hipóteses. *Primeira*, se a manifestação tem efeito vinculante decorrente de dispositivo exposto na CF (súmula vinculante ou declaração decorrente do controle abstrato de constitucionalidade) os órgãos inferiores do Poder Judiciário são obrigados a respeitar, somente podendo julgar contrariamente no caso de afastamento do precedente (o que, a rigor, vale dizer que o precedente não se aplica ao caso). A *segunda* situação se dá no caso da declaração de constitucionalidade pelo controle difuso. Neste caso não há previsão por lei expressa em nosso sistema de efeito vinculante. Entretanto, o juiz também deve seguir o precedente em face da própria estrutura do Poder Judiciário. Não sendo ele o responsável pela última interpretação da norma não cabe a ele simplesmente

discordar, sem um motivo forte para tanto, vale dizer, sem uma sobrecarga de argumentação jurídica a motivar a divergência.

A partir do ponto de vista do jurisdicionado, o Poder Judiciário é *uno*, e a manifestação do órgão máximo representa, para si, a palavra final sobre determinada matéria. Como a jurisprudência do STF tem o atributo de ser a derradeira expressão do Direito, há que se entender que os cidadãos devem presumir que a

Corte suprema ao formular intelecções e dicções que de direito estava obrigado a exprimir, o fez de modo juridicamente correto e que, então, os cidadãos nos comportamentos empresariais que com base neles assumiram, estavam a proceder sob o conforto e *proteção do direito*.²³²

Nem por isso a independência e liberdade do julgador estão violadas. Isso porque o magistrado poderá julgar contrariamente ao precedente, desde que assuma uma carga argumentativa de fundamentação da decisão mais robusta, explicando os motivos que o levaram a superar o entendimento anteriormente pacificado, com apresentação de argumentos novos e que indicam que a concepção atual do sistema está modificada.

O dever de respeito, nessa segunda hipótese, é não vinculante por duas razões: Por inexistir norma expressa para tanto, e por outra singela razão, explicitada no fato de que somente na presença da liberdade dos Juízes de primeiro grau para poder analisar novamente os julgados por meio do controle difuso é que os precedentes criados poderão ser *superados*. Somente com a permissão da nova análise da mesma matéria é que o sistema permitirá que uma causa chegará novamente à análise da Corte Suprema, para, eventualmente, em face da nova concepção do Direito modificar o seu entendimento. *Mutatis mutandi* o raciocínio é o mesmo em relação ao Superior Tribunal de Justiça. Notadamente porquanto em relação a suas decisões não há previsão expressa em nosso sistema relativamente ao efeito vinculante das decisões.

A concepção do Poder Judiciário como Poder uno, ainda que dividido em órgãos com responsabilidade e competências materiais e territoriais específicas, e possuindo mecanismos próprios que permitem a evolução e o desenvolver do Direito, é uma das ideias centrais do nosso estudo. Desta concepção que entendemos decorrer a confiança do jurisdicionado em determinado ato judicial, ou seja, somente considerando válida esta concepção é que haverá efetivamente um ato base de confiança capaz de gerar a confiança.

²³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun. 2007. p. 331.

O art. 92 da Constituição Federal vigente preceitua que os Juízes e Tribunais Estaduais são órgãos do Poder Judiciário, acolhendo, portanto, a pacífica doutrina da unidade do poder judicial²³³. Essa conclusão também está representada pela norma decorrente do art. 92, §2º, da CF, pela qual “O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional”.

Assim que a questão da existência ou não da confiança do jurisdicionado não se baseia somente em concepções internas ao Poder Judiciário, tais como a eficácia vinculante ou não de uma decisão judicial, ou ainda a eficácia contra todos ou *inter partes* das decisões judiciais.

Tais questões processuais certamente exercem influência no grau da confiança. Mas, quando uma decisão é prolatada por quem possui prerrogativa constitucional de jurisdição em todo o território nacional e é único responsável pela última palavra em relação à interpretação da Constituição ou em relação à uniformidade da legislação federal, essa decisão é passível de gerar confiança, ainda que por determinadas opções legislativas, e até mesmo constitucionais, não se é dada a eficácia vinculante ou o efeito *erga omnes* a determinadas decisões.

A só existência de espécies de decisões cuja eficácia seja vinculante, por si só, não significa que decisões sem tal eficácia expressa na lei não gera confiança. Seria o mesmo que argumentar que a só existência da lei faz com que atos realizados na ausência de lei em sua contrariedade não gerem confiança, quando se sabe, conforme arrazoado no início do trabalho, que a concepção é justamente contrária. Vale dizer, é atribuir ao princípio da confiança somente uma aplicação, quando ele tem duas aplicações claras. Viu-se que, no âmbito do Direito Administrativo, confiança decorre dos atos legais, mas a confiança também decorre dos atos ilegais praticados pela Administração. Só que justamente em face do princípio da legalidade, quando há a violação de atos legais, se pleiteia a aplicação da legalidade. Por outro lado, quando se está diante de um ato ilegal, e caso preenchidos os requisitos específicos, incide o princípio da confiança em detrimento da legalidade.

Essa concepção ilustra a própria independência dogmática do princípio da confiança a outros princípios e regras, tais como a legalidade.

Daí porque se entende que é impreciso dizer que a confiança nos atos do Poder Judiciário decorre da concepção de que a jurisprudência pacificada “teria assumido a

²³³ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 555.

condição de precedente vinculante”²³⁴, pois a rigor ela não assumiu. A confiança nos atos do Poder Judiciário, prolatados por quem tem competência para dizer por último o que é a lei e a Constituição, decorre da própria noção de sistema jurídico orgânico e da força normativa da Constituição.

Denegar a existência de confiança na jurisprudência que decorre de atos que *não* têm expressa a disposição legal, atribuindo sua eficácia *erga omnes* e vinculante, é atribuir maior “peso” à independência do juiz singular para modificar o sistema jurídico, e menor “peso” à própria ideia de sistema jurídico, que, no ordenamento brasileiro, possui o Poder Judiciário com Poder Uno e as cortes superiores como responsáveis pela última interpretação das normas jurídicas. É, portanto, conceber o sistema Jurídico às avessas.

2.1.1.3 *Nemo potest venire contra factum proprium*

O princípio romano explícito na expressão *nemo potest venire contra factum proprium* indica a proibição de se praticar uma conduta contrária a um comportamento anteriormente adotado, o qual gerou expectativa em terceiros. Funda-se em dois comportamentos totalmente independentes e lícitos, vistos de forma autônoma, e não realizados ao mesmo tempo. O *factum proprio* (primeiro) é contrariado pelo segundo que lhe é posterior. Mas além desses comportamentos está presente a confiança incutida no destinatário que acreditou no primeiro comportamento²³⁵.

Para Nery Jr., a proibição de *venire contra factum proprium*, que nasceu no âmbito do Direito Privado aplica-se à Administração, pois decorre diretamente do texto constitucional, pois agindo contra seus atos a Administração viola os princípios de segurança jurídica (art. 1º, 5º, caput e XXXVI da CF), da solidariedade (art. 3º, I, da CF) da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37 da CF). Para o autor essa obrigação estende-se aos outros Poderes Públicos²³⁶, motivo pelo qual estaria baseada a aplicação da confiança no

²³⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e Jurisprudência Judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 32.

²³⁵ REIS, Elcio Fonseca. **O princípio da boa-fé e o planejamento tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 110. Bem como para Menezes Cordeiro, para quem o "*Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos entre si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reacções afectivas que devem ser evitadas" (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2001. p. 745).

²³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA,

âmbito da atividade jurisdicionária. Nessa linha, Nabais entende que a proteção da confiança manifesta-se em relação aos atos judiciais, enquanto proibição do *venire contra factum proprium*²³⁷. Carrazza, por sua vez, relaciona o dever de agir com boa-fé à proibição do *venire*, quando de sua análise sobre a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos para as decisões modificativas de jurisprudência²³⁸.

Não se concorda com tais argumentos, contudo, pelas seguintes razões. O *nemo potest venire contra factum proprium* é princípio importantíssimo, mas de reduzido alcance para a aplicação na seara da atividade jurisdicional, tanto porque não apresenta o requisito do *factum proprium*, quanto pelo fato de não haver proibição *a priori* de comportamento contrário pelo Poder Judiciário.

Primeiro, em relação ao *factum proprium*, tal princípio não expressa a magnitude do prejuízo à segurança jurídica que causa uma decisão do tribunal superior que não respeita sua própria orientação jurídica anterior. Isso porque o Estado não está somente “contrariando ato próprio”, pois esse ato, no momento em que prolatado, não é mais ato somente próprio, mas ato que transcende a figura da “pessoa de Direito Público” e passa a ser ato constante do próprio ordenamento jurídico com efeitos normativos. É ato decorrente de competência atribuída pela Constituição que expressa o *fechamento* do sistema jurídico. Vale dizer, ato que conforma os princípios republicano e democrático de separação dos poderes pelo qual, ao Judiciário, cabe o controle das normas.

Segundo, não se pode falar em estrita aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, pois esse princípio exige a *proibição* de a parte que realizou o *factum proprium* realizar um comportamento contrário. Quando se trata da atividade jurisdicional o Poder judiciário tem toda a liberdade para modificar o seu posicionamento. Ou seja, a sua conduta e mudança é não só livre, mas bem-vinda para a evolução do Direito. Ao passo que para a doutrina do *nemo potest venire contra factum proprium* é vedado à parte, Estado ou particular, exercer um comportamento contraditório. Uma vez exercido esse comportamento, nascerá a possibilidade de responsabilização. Mas o que resta claro é que o ato posterior (e contrário ao anterior) é tido, *a priori*, como proibido.

Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 86 et seq.

²³⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 409.

²³⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-las – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 45.

Diante disso, esse princípio tão caro ao Direito Privado e aplicado também nos atos em que envolvem a Administração e o particular simplesmente não resolve o problema de fundamentação da aplicação do princípio da confiança para os casos de modificação da jurisprudência.

2.1.2 Fundamentos de ordem subjetiva

2.1.2.1 Irretroatividade da decisão judicial

A irretroatividade da decisão judicial é estudada como integrante dos fundamentos de ordem subjetiva tendo em vista que a regra constante da Constituição Federal diz respeito unicamente à irretroatividade da *lei* mais gravosa. Aqui se cuida também unicamente da irretroatividade da decisão judicial mais gravosa ao jurisdicionado, no sentido de violadora dos seus direitos fundamentais.

Em estudo sobre a possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos a decisões de outras cortes além do STF, Carraza embasa seu entendimento favorável justamente no princípio da irretroatividade, que em seu entender não pode ser visto somente como irretroatividade da lei, mas, irretroatividade do Direito²³⁹. A confiança das pessoas no Direito decorre da segurança jurídica, a qual se expressa na possibilidade de as pessoas anteciparem objetivamente seus direitos e deveres, podendo prever, com relativa certeza, as consequências que advirão das situações jurídicas a que derem causa²⁴⁰. Para Derzi²⁴¹, o que pode retroagir ou não, não é a lei, mas a norma que está contida na lei. A lei como ato formal emanado pelo Poder Legislativo jamais retroagiria. Esse fenômeno só pode ser concebido em relação à norma e é exatamente o Poder Judiciário que fixa o sentido da norma. Por essas razões que o princípio da irretroatividade atinge todos os Poderes. Atinge o Poder Legislativo que é quem detém a maior margem de discricionariedade para a “criação” do Direito, mas atinge os outros Poderes que têm essa margem menor, pois somente são voltados ao cumprimento das leis

²³⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-las – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 56-57.

²⁴⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-las – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 44-45.

²⁴¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações Jurisprudenciais em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do estado. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 1. n. 3, p. 91-111, jul./ago. 2008. p. 96.

postas²⁴². Na mesma linha professa Nery Junior, para quem “a vinculação das decisões do Poder Judiciário ao princípio da irretroatividade é decorrente na atuação da segurança jurídica e da boa-fé objetiva”²⁴³. Isso porque o Poder Judiciário tem a função de emitir *decisões-quadro* que servem de parâmetro e paradigma de suas diretrizes interpretadoras do Direito²⁴⁴. Por sua vez, para Ferraz Jr.,

é preciso entender que a irretroatividade das *leis* refere-se à *lei* conforme uma de suas interpretações possíveis. (...) Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo-se entender a lei como sua inteligência em determinado momento.²⁴⁵

Bem como, tal autor acompanha o entendimento pela incidência do princípio da irretroatividade da jurisprudência de modo a proteger a expectativa do jurisdicionado na jurisprudência, todavia, avança a análise ao detalhar os requisitos para sua incidência, notadamente exigindo alguns requisitos cumulativos: (i) que a jurisprudência seja dos tribunais superiores, (ii) que seja fixada após longo período de tempo, (iii) que se dê diante de vários trânsitos em julgado, e (iv) que sempre, seja orientada pela aplicação da razoabilidade²⁴⁶.

A retroatividade da lei, ainda, é dividida em própria e imprópria. Retroatividade imprópria se dá quando a nova lei atua sobre o futuro de relações jurídicas e situação de fato que não estavam definitivamente concluídas. Por sua vez, a retroatividade própria se dá quando a lei modifica situações passadas, ou posições jurídicas passadas²⁴⁷. Segundo as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, em princípio, é afastada a retroatividade própria

²⁴² BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Mizabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 653. (Nota de Misabel Derzi).

²⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 97.

²⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 97.

²⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005. p. 267.

²⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 3-4, e p. 31.

²⁴⁷ Sobre as especificidades em relação à regra da retroatividade no direito alemão conferir Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 531 et seq.); e Torres (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 512).

com a previsão de quatro exceções, quais sejam: (i) quando o cidadão segundo a sua situação jurídica devia contar com essa regulamentação na data referida pela lei como aquela que teriam início as consequências jurídicas; (ii) quando o Direito vigente é obscuro e confuso; (iii) quando o cidadão não pode confiar na aparência jurídica produzida por uma norma inválida, e (iv) quando razões superpostas ao bem comum, que são superpostas ao comando de segurança jurídica, justificam uma determinação de retroatividade²⁴⁸.

Assim, para Tipke e Lang as diferenças entre a retroatividade própria e imprópria residiriam em um grau mais elevado da proteção da confiança quanto à retroatividade própria²⁴⁹. Tal posicionamento evidencia que o princípio da confiança tem como fins a serem perseguidos a *continuidade* e *previsibilidade* do Direito. Imperioso referir-se, ainda, que segundo os autores citados a irretroatividade das leis tributárias não pode ser comparada com a irretroatividade das leis penais, pois o Direito Penal e o Tributário não se fundam em princípios comuns. No Penal se prevê em lei comportamentos que a sociedade entende como puníveis. No âmbito tributário a lei prevê comportamentos que causam arrecadação, e, por si só, não puníveis. Assim, o Tribunal Constitucional Alemão diz que a proibição de retroatividade no âmbito tributário decorre da certeza do Direito, da proteção da confiança, em harmonia com o Estado de Direito²⁵⁰. Contudo, entende-se que a relação que se faz com o âmbito do Direito Penal não é de todo equivocada. Essa relação não se dá em virtude da visão que a sociedade tem do objeto da lei, se é um ato punível (crime - penal), ou se é um ato desejável e não punível (arrecadação - tributário). Entendemos que a lei do âmbito penal tolhe a liberdade individual, por isso, não deve gerar surpresas no destinatário da norma, o qual, se soubesse que a sua conduta era criminosa, “provavelmente” não se comportaria daquela forma, ou, ao menos, teria a opção de se comportar, ou não, em face das consequências previamente postas. Por sua vez, no âmbito do Direito Tributário, a lei tolhe a liberdade econômica da pessoa e tolhe a sua liberdade de disposição patrimonial. Assim, da mesma forma, a nova lei, não pode surpreender o contribuinte, o qual deve poder ter a opção de agir de determinada forma ou de outra, caso tenha conhecimento do conteúdo e das consequências da legislação.

Não é objetivo desta dissertação aprofundar o estudo quanto à retroatividade da lei no Direito alemão, ou mesmo quanto à regra da retroatividade no Direito pátrio. O que

²⁴⁸ TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. **Direito tributário**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 249.

²⁴⁹ TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. **Direito tributário**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 250.

²⁵⁰ TIPKE, Klaus. La retroactividad en derecho tributario. In: AMATUCCI, Andrea (Org.). **Tratado de Derecho Tributario**. Bogotá: Editorial Temis, 2001. v. 1: El Derecho Tributario y sus fuentes. p. 340-354, p. 340-341.

interessa para nós é verificar os pressupostos dogmáticos em que não é admitida a retroatividade da lei mais gravosa naquele sistema em face da sua visceral ligação existente entre o princípio da proteção da confiança (*vertrauensschutz*) e a irretroatividade da lei. Essa comparação é possível, pois enquanto lá a irretroatividade não é prevista na Constituição, aqui a proteção da confiança não o é. Por sua vez, ambos os princípios objetivam a inviolabilidade de situações individuais e representam a promoção da segurança jurídica. Justifica-se a comparação a fim de buscar os elementos estruturantes do princípio da confiança. Ademais, o foco do estudo proposto é a proteção da confiança no âmbito da atividade jurisdicional do Estado, que, se não tem o poder explícito de criar novas leis (em sentido lato), tem poder para atribuir novas interpretações aos textos Constitucionais e à legislação infraconstitucional, e assim influenciar a situação jurídica dos jurisdicionados.

No bojo do Direito alemão, a mesma tutela da confiança que o contribuinte tem em relação à irretroatividade das leis mais gravosas, ele goza em relação à retroação de posicionamentos jurisdicionais novos das cortes superiores, e mais gravosos. Os princípios e limites que vinculam o legislador afetam, do mesmo modo, a Administração e os órgãos jurisdicionais, já que a situação jurídica em que o contribuinte deposita sua confiança não está condicionada ao mero texto de lei, senão também pela forma como a Administração e os órgãos jurisdicionais a aplicam²⁵¹. Não é, contudo, unânime a possibilidade de utilização do princípio da proteção da confiança em decorrência de atos jurisdicionais, em analogia com a irretroatividade. Para García Novoa, apesar de toda a construção dogmática que a proteção à confiança alcançou no Direito alemão, não cabe opor o direito à segurança jurídica a uma mudança razoável de jurisprudência, porquanto ocorreria um “congelamento do ordenamento”²⁵². E entende, inclusive, que a nova orientação jurisprudencial deve ser aplicada aos casos ainda não julgados, não sendo aplicável a irretroatividade²⁵³.

A irretroatividade em nosso ordenamento é prevista expressamente na Constituição com dimensão de regra, mas a irretroatividade tem ainda uma dimensão de princípio. Segundo Ávila, a irretroatividade, em sua dimensão normativa de princípio, estabelece o dever de buscar um ideal “de previsibilidade, de estabilidade, de cognoscibilidade, de confiabilidade e de lealdade, no exercício das competências normativas pelo Poder Público²⁵⁴”. Ideais, estes,

²⁵¹ TIPKE, Klaus. La retroactividad en derecho tributario. In: AMATUCCI, Andrea (Org.). **Tratado de Derecho Tributario**. Bogotá: Editorial Temis, 2001. v. 1: El Derecho Tributario y sus fuentes. p. 340-354, p. 351.

²⁵² GARCÍA NOVOA, César. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 209.

²⁵³ GARCÍA NOVOA, César. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 213.

²⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 200.

que são os mesmos buscados pelo princípio da proteção da confiança do cidadão, quais sejam de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade*²⁵⁵. A irretroatividade, no seu conteúdo de princípio, também é aplicável diante de atos do Poder Judiciário. A partir do ponto de vista das posições jurídicas do contribuinte não tem diferença prática a instituição de uma nova lei mais gravosa, ou a “virada de jurisprudência” de um entendimento anteriormente mais favorável pelo tribunal, atribuindo interpretação de um texto normativo de forma mais gravosa.

Derzi, por sua vez, baseia sua análise da confiança em dois grandes fundamentos. *Primeiro*, do ponto de vista sociológico do direito à confiança a partir da visão de Niklas Luhmann, que é uma forma de se mitigar a complexidade da sociedade de risco e, assim, diminuir a complexidade futura do Direito. Nesse sentido, convergiriam as visões de sistema de Luhmann e Canaris, no sentido de dar a importância à confiança como fundamento do sistema jurídico. O *segundo* pilar de seu estudo diz com a análise dogmática e pragmática da proteção da confiança em nosso ordenamento em analogia com a proteção da confiança estruturada pelo Tribunal Constitucional Alemão na análise da irretroatividade das leis. Interessa-nos aqui a sua segunda abordagem, porquanto com menor carga de análise sociológica do que sua primeira abordagem. Com efeito, ainda que transportada para o âmbito jurídico, a análise de Luhmann notadamente foca-se na confiança a partir do ponto de vista sociológico, concebendo-a como um redutor da complexidade da sociedade²⁵⁶, mais especificamente da “complexidade que chega ao mundo como consequência da liberdade de outros seres humanos”²⁵⁷. Para Derzi, assim, a jurisprudência também tem carga normativa e de criadora do Direito, devendo ser respeitada quando é modificada²⁵⁸. Incide, portanto, a vedação de retroação da jurisprudência nova em face da existência de uma jurisprudência anteriormente fixada. A característica essencial da jurisprudência é justamente a sua carga normativa caracterizada pela resposta geral (a uma pergunta ou questão), não importando a denominação que se é atribuída a essa resposta geral, se regra judicial, norma concreta, diretriz ou *ratio decidendi*²⁵⁹.

Nessa linha, define a autora mineira duas espécies de atos formadores de confiança no controle incidental: *Primeiro* os precedentes judiciais que configuram verdadeiros

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Traducción Amada Flores Barcelona: Anthropos, 1996. p. 39 et seq.

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Traducción Amada Flores Barcelona: Anthropos, 1996. p. 51.

²⁵⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 311.

²⁵⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 313.

comandos de aplicação, com caráter vinculativo, ou seja, proibição de desvio ou de divergência para tribunais hierarquicamente inferiores (assim as súmulas vinculantes, as súmulas – ainda que não vinculantes – e a jurisprudência consolidada, qualificada de repercussão geral, da Corte Suprema); e *segundo* a jurisprudência consolidada em relação à própria corte, funcionando como recomendação de observância²⁶⁰. Cabe referir, por fim, que o STF não nega a possibilidade de aplicar a *irretroatividade* da nova jurisprudência, desde que fique claro que houve jurisprudência contrária anterior²⁶¹.

A base da confiança verifica-se na *ratio decidendi*, entendida ela, como sendo a resposta dada a uma pergunta ou questão jurídica. É a partir de seu caráter de universalização e generalização que emana a confiança do jurisdicionado. Mas para atingir tal conclusão devem ser analisados os requisitos da base da confiança em relação aos atos jurisdicionais. É o que será feito no item 2.2 *infra* sobre a base da confiança com base na atividade jurisdicional. Antes disso, porém, é necessária uma breve nota sobre os direitos fundamentais.

2.1.2.2 Direitos fundamentais

Também em relação aos atos jurisdicionais o princípio da confiança como eficácia reflexiva da segurança jurídica, baseia-se nos direitos fundamentais da liberdade e de propriedade. Para evitar tautologia, reporta-se o leitor às razões constantes do ponto 1.2.4 (Segurança jurídica e direitos fundamentais) *infra*.

É possível notar que mesmo no *Common Law*, em que é reconhecido que as decisões judiciais têm força de lei²⁶², quando ocorre a superação de um precedente por entender que o mesmo não é mais apropriado, é interessante fazer-se prospectivamente²⁶³ para que “se perturbe o menos possível as expectativas firmadas daqueles que confiaram na decisão obsoleta”²⁶⁴.

²⁶⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 313.

²⁶¹ Isso se depreende da análise dos julgados paradigmáticos que estamos recorrentemente tratando no presente trabalho.

²⁶² SELLERS, Mortimer N.S. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, p. 67-88, Fall. 2006. p. 68.

²⁶³ Todavia, geralmente não é aplicada a eficácia prospectiva das decisões mesmo no *Common Law*, porquanto os precedentes superados são vistos como equivocados ou irrazoáveis (SELLERS, Mortimer N.S. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, p. 67-88, Fall. 2006. p. 88).

²⁶⁴ SELLERS, Mortimer N.S. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, p. 67-88, Fall. 2006. p. 75.

Quer-se dizer com isso que o fundamento da eficácia prospectiva não é a eficácia das normas em si considerada, mas a preocupação em não violar os direitos daqueles que confiaram na decisão anterior.

O que deve estar presente para a aplicação do princípio no âmbito dos atos jurisdicionais é o fato de que não basta para geração de confiança a consideração dos efeitos objetivos normativos da decisão. É necessária a investigação minuciosa sobre a existência de atos do particular que efetivamente indicam a disponibilidade de sua liberdade ou propriedade.

2.2 ESTRUTURA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A estrutura do princípio da confiança em relação aos atos jurisdicionais segue a mesma estrutura geral apresentada anteriormente, ou seja, o princípio conforma uma estrutura minimamente determinável composta de pelo menos quatro elementos além do particular e do Estado – um ato jurídico base da confiança, a existência da confiança subjetiva, um ato demonstrativo da confiança e um ato jurídico frustrante da confiança.

Em relação à confiança subjetiva, novamente não haverá atenção específica por conta de sua difícil (ou impossível) forma de comprovação ou de verificação. Vale dizer, a confiança subjetiva é critério essencial da estrutura do princípio, todavia, ela é tida como existente quando ocorrem atos que expressam essa confiança, atos demonstrativos da confiança. E por outro lado ela é afastada quando ocorre algum ato que efetivamente a afasta tais como os atos dolosos, fraudulentos e exercidos em má-fé.

Assim, a estrutura a ser analisada detalhadamente leva em consideração (i) a base da confiança: jurisprudência, (ii) os atos do particular que demonstram a confiança, e (iii) o ato estatal que frustra a confiança – virada jurisprudencial retroativa.

O tema do princípio da confiança decorrente da virada jurisprudencial, como dito, em nosso ordenamento foi analisado poucas vezes pelas cortes superiores e não logrou sucesso em nenhuma delas no que se refere à seara tributária. Não obstante, para manter o rigor científico da investigação é necessário verificar os parâmetros já fixados pelas cortes superiores quando da abordagem do princípio da confiança, mesmo nos casos em que tal princípio não foi promovido. Assim, a análise será fixada com mais detalhe em dois julgados do STF e em um julgado do STJ, tendo em vista sua grande expressividade, repercussão e pelo fato de terem trazido a questão ao centro do debate jurídico. Somente a partir do

enfrentamento (incipiente) do assunto em tais julgados é que a matéria passou a ser abordada por nossa doutrina mais detidamente.

Assim, a investigação da base da confiança parte primeiramente da análise do conceito e amplitude do ato jurisdicional base da confiança (precedente), para, a seguir, abordar os argumentos previstos em tais julgados.

2.2.1 Base da confiança

2.2.1.1 *Jurisprudência – A regra do precedente*

Na linha do apresentado acima, concorda-se com a afirmação de Ávila, segundo o qual a base da confiança é “sua aptidão para servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade e de propriedade”²⁶⁵ e não unicamente os requisitos objetivos que essa base possua, entendidos esses requisitos objetivos como a validade e a pretensão de permanência. Ou seja, até mesmo atos inválidos ou com menor pretensão de permanência têm condições de ser base da confiança. Todavia, alguns requisitos formais e objetivos têm influência na amplitude (ou força) da aptidão da base em ser geradora de confiança, o que refletirá na necessidade de maior carga argumentativa da decisão que eventualmente afastar a base da confiança.

Por conta disso, faz-se necessário iniciar nossa investigação sobre a base da confiança com a específica análise das manifestações possíveis do ato jurisdicional com capacidade de gerar a confiança, ou, em outras palavras, com capacidade para ser *base da confiança*. A *jurisprudência*, conforme já adiantado, não se trata de qualquer decisão emitida e exarada por qualquer Juízo, mas de uma decisão que podemos chamar, neste momento, de “qualificada”, no sentido de ser prolatada com o objetivo de perdurar e servir de modelo de conduta, ou seja, de ter a propensão para generalização e universalização. Por conta disso, é que se estuda a partir de agora as características específicas desse ato jurisdicional, também chamado de *precedente* judicial.

Justifica-se o estudo do precedente judicial, pois, como será visto adiante nos casos paradigmáticos estudados, a questão central para aplicação ou não da confiança pelos tribunais nacionais reside na efetiva ocorrência e existência anterior de uma *jurisprudência* fixada. Notadamente o STF não afasta a possibilidade de aplicar a *irretroatividade* da nova

²⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 367.

jurisprudência com base na confiança, desde que fique claro que houve jurisprudência contrária anterior. Ou seja, a análise recai sobre a base da confiança, i.e., o ato estatal capaz de gerar a confiança no jurisdicionado.

2.2.1.1.1 Contextualização do precedente judicial

Cada vez mais está ocorrendo uma confluência entre as “famílias jurídicas” (ou sistemas jurídicos) do *Common Law* e do *Civil Law*, ou seja, esses sistemas não são completamente apartados²⁶⁶, havendo uma aproximação²⁶⁷ entre suas características, pois há em cada país tanto peculiaridades de um quanto de outro sistema. Para o escopo perseguindo com o presente estudo impõe-se a análise de alguns conceitos que diferenciam ambos os sistemas, ainda que em linhas gerais.

No *Common Law*, o precedente judicial é notadamente a fonte normativa mais importante. A criação destas normas se dá por meio da indução a partir dos julgamentos realizados em cada caso concreto. Já o desenvolvimento e evolução do Direito ocorrem por meio da técnica de distinção, associação e superação dos precedentes. Por sua vez, no *Civil Law* a fonte tida como mais importante para as normas é a lei, cuja aplicação se dá por meio da subsunção dos fatos à norma, bem como pela interpretação dos enunciados normativos²⁶⁸.

No Brasil, em regra geral, a jurisprudência é aplicada por um raciocínio meramente subsuntivo. Analisam-se os fatos do caso em análise e os fatos da jurisprudência anteriormente fixada, e, caso eles sejam similares, se pleiteia ou se aplica a decisão. Ocorre que a aplicação dos precedentes vinculantes do Direito anglo-saxão envolve cuidadosa indução para a obtenção da norma subjacente ao julgado, o que acaba por proporcionar maior acuidade e proximidade do caso concreto com as específicas características do precedente que se quer aplicar. Ainda que a aplicação e o respeito aos precedentes da própria corte possam decorrer de variáveis diversas tais como as preferências particulares dos próprios magistrados, ou as preferências por determinadas políticas públicas²⁶⁹, é certo que o precedente carrega maior carga de coercitividade no *Common Law*. Essa carga coercitiva está presente não só em face da doutrina do *stare decisis*, mas pelo fato de o precedente visar à segurança jurídica e a

²⁶⁶ Exemplo que ilustra bem essa confluência é o fato de no ano de 1999 ter sido criado o Código de Processo Civil da Inglaterra (disponível em: <http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm> . Acesso em: 23 nov. 2010).

²⁶⁷ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17.

²⁶⁸ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 12.

²⁶⁹ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the US Supreme Court**, New Jersey: Princeton University, 2006. p. 129.

maior previsibilidade das decisões das cortes, para que, assim, as pessoas possam ter um mínimo grau de certeza de como podem organizar os seus negócios, seus planos e projetos de vida.

Nos sistemas do *Civil Law* é dito que o Direito²⁷⁰, por ter fundamento na lei, atribui maior segurança jurídica às pessoas, que terão, assim, maior certeza das normas que regem suas vidas, ou de suas implicações²⁷¹. Entretanto, o precedente judicial está cada vez mais presente também nesses sistemas, justamente, pois a enorme quantidade de leis, ou a sua falta de sistematização apropriada não atribuem a citada segurança que elas deveriam proporcionar aos cidadãos. Piccardi, analisando o ordenamento jurídico italiano, faz uma colocação muito apropriada, que de todo aplica-se notoriamente à nossa realidade ao atribuir o maior poder dos juízes à enorme produção de leis denominada de “elefantíase legislativa”. Ainda, refere que esse fenômeno vem acompanhado de falta de tecnicismo, tendo em vista que os textos legislativos são carregados de compromissos (particulares), ambiguidades, e muitas vezes emanados em *fraudam legis*²⁷². Nesse sentido, Pegoraro refere que as maiores ameaças à certeza jurídica são a obscuridade das normas e a superposição de leis descoordenadas e sem organicidade²⁷³.

Os precedentes podem ser vinculantes ou persuasivos. É justamente nesse ponto que reside a maior discussão sobre a validade da dita teoria dos precedentes para os direitos dos sistemas do *Civil Law*. O estudo da eficácia dos precedentes irá demonstrar que a aplicação do princípio da confiança não decorre unicamente de critérios objetivos (norma vinculante), mas decorre justamente dos precedentes que não possuem tal eficácia.

²⁷⁰ Aqui entendido como o conjunto ordenado de normas que visão regular coercitivamente as relações na Sociedade. No mesmo sentido daquele que é base da pesquisa de Eros Grau, para quem: “‘Direito’, assim, no texto que segue, quer significar sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto”. Em oposição à concepção de que direito é o conjunto de leis, de normas postas (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16).

²⁷¹ A Família romanista (*Civil Law*) tem na lei a sua principal fonte, ainda que no século XX passou-se a admitir certa autoridade a outras fontes, sendo a maior expressão da segurança decorrente da lei a sua sistematização em Códigos (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1995. p. 417-448).

²⁷² PICCARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização e Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 146-147.

²⁷³ PEGORARO, Lucio. **Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della corte costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1988. p. 4.

2.2.1.1.2 Espécies de precedente quanto à sua eficácia – vinculante e persuasivo

Em regra, há duas espécies de precedentes em classificação baseada com o critério eficácia jurídica²⁷⁴: persuasiva ou vinculante.

Persuasivo, como o próprio nome indica, nada mais é do que o precedente utilizado, em analogia, pelo juiz para subsidiar o seu julgamento, sem que ocorra necessariamente a obrigação de sua utilização. É justamente o que ocorre no Brasil com a referência à jurisprudência dentro de um julgado, tanto na hora de decidir pelo juiz, quanto por parte do advogado na hora de argumentar. A eficácia persuasiva obviamente apresenta graus. Uma dada decisão de uma corte superior certamente terá maior força persuasiva que uma decisão de uma corte de mesma instância, porém de outra jurisdição. Persuasivas também são as decisões de cortes de outros países quando utilizadas sobre uma matéria nova, ou pelo menos não tão familiar ao ordenamento em que está sendo tratada. No STF, apenas para citar um exemplo relacionado ao nosso objeto, muito se utiliza a referência ao caso *Linkletter Vs Walker* do ano de 1965, quando a matéria versa sobre a atribuição de eficácia prospectiva a uma decisão quando modifica o entendimento da sua jurisprudência anterior²⁷⁵. Precedente persuasivo, na perspectiva do advogado, funciona como um elemento da técnica argumentativa para o aumento das chances de convencimento dos magistrados. Na perspectiva do magistrado, por sua vez, funciona como um elemento que enriquece a

²⁷⁴ Cabe uma nota quanto à classificação aqui adotada. Alguns autores preferem classificar os precedentes em três eficácias. Por sua clareza, exemplificativamente se aponta Campos Mello, que classifica os precedentes com eficácia normativa, impositiva intermediária e persuasiva. Para essa autora, o precedente com eficácia normativa é aquele que estabelece entendimentos que deverão ser obrigatórios. Eles geram norma sob pena de sanção (multa ou cassação da sentença) se aproximando dos efeitos da lei. Como exemplos têm-se as decisões firmadas pelas corte superior, e, no Brasil, a súmula vinculante. O precedente com eficácia impositiva intermediária, muito embora suas decisões não tenham caráter estritamente obrigatório, caracterizam-se por sua não observância ser profundamente criticada pelos operadores, provavelmente sujeitando a decisão contrária à revisão. No *Common Law* ocorre com as decisões da mesma corte, e no Brasil se verifica com a jurisprudência dominante e a súmula simples. Por fim, há o precedente com eficácia persuasiva, para o qual as considerações aduzidas acima cabem inteiramente aqui (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 62 et seq.). Preferimos a classificação em duas espécies, pois a eficácia impositiva intermediária não deixa de ser um mero grau diferenciado de eficácia persuasiva, obviamente com mais força, mas meramente persuasiva.

²⁷⁵ No caso *Linkletter Vs Walker*, a Suprema Corte americana superou o entendimento de que era permitida a utilização de prova ilícita no âmbito criminal, para a sua inadmissão. Para não criar uma instabilidade em todos os julgados, a decisão passou a valer daquele momento em diante. Como exemplo da sua utilização, ainda que em alguns votos vencidos, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 592148 ED/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 25 ago. 2009. **DJe** 11 set. 2009; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008. Repercussão Geral–Mérito. Public. 19 dez. 2008. p. 01774; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26602. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 4 out. 2007. **DJe** 17 out. 2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26603. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 out. 2007. **DJe** 19 dez. 2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 82959. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2006. **DJ** 01 set. 2006. p. 00795; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 442683. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 13 dez. 2005. **DJ** 24 mar. 2006. p. 282-299.

fundamentação e a suposta correção da decisão, mas, nada mais que isso – um elemento da fundamentação da decisão. Ou seja, o magistrado utiliza o precedente para *demonstrar* o seu posicionamento que já foi tomado.

O ponto diferencial da utilização do precedente no *Common Law* é justamente o fato de o precedente ser aplicado por um magistrado, mesmo quando este magistrado não concorda com a solução da questão jurídica verificada no precedente. Schauer refere que o próprio fundamento da doutrina do *stare decisis* se verifica quando o magistrado julga contrariamente a sua posição particular. É o próprio *status* de precedente que lhe dá a sua força e não a suposta correção da solução jurídica nele encontrada²⁷⁶. Alexander e Sherwin, ao analisar as três espécies de precedente propostos por ele, enfatiza que a decisão anterior não tem efeito autoritativo como precedente, a menos que a própria decisão, e não os seus efeitos no mundo, determine que futuros juízes profiram decisões que eles, todavia, não iriam preferir. Segundo ele, “A autoridade do precedente se torna importante somente quando juízes pensam que o precedente é errado”²⁷⁷.

O precedente com eficácia *vinculante* é justamente o precedente cuja observância é obrigatória, ou pelo menos o grau de observância é muito mais acentuado. Há duas espécies de precedentes vinculantes, a vertical e a horizontal. A vinculação vertical ocorre quando a obrigação decorre da hierarquia das cortes, sendo esta uma forma de vinculação mais forte. A vinculação horizontal se dá no plano da mesma corte em respeitar as suas próprias decisões²⁷⁸.

No plano da análise teórica é muito difícil individuar uma diferença real entre a eficácia do precedente vinculante anglo-saxão e a eficácia do precedente persuasivo continental (do *Civil Law*), isso porque atualmente no Direito anglo-saxão, a vinculatividade dos precedentes não é rígida, mas imperfeita. Os argumentos utilizados para a manutenção ou para a superação dos precedentes acabam sendo os mesmos argumentos utilizados nos dois sistemas, sejam eles argumentos novos (da análise econômica do Direito ou da teoria dos jogos), sejam argumentos clássicos (relativos à certeza do Direito, da previsibilidade da

²⁷⁶ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. London: Harvard University, 2009. p. 40-41 et. seq.

²⁷⁷ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The rule of rules**. London: Duke University, 2001. p. 137.

²⁷⁸ Comparando a doutrina do precedente norte americana e a inglesa, tem-se que a americana é mais flexível, pragmática e menos conservadora que no Direito Inglês (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 90). Até o ano de 1966 a House of Lords seguia a doutrina do *stare decisis* com extrema rigidez. Simplesmente não era possível a não aplicação de um precedente. Todavia neste ano, por meio de um Practice Statement restou permitido não aplicar um precedente anterior quando assim parecer ser a coisa certa a fazer. O motivo dessa mudança restou expresso no Ato, uma vez que a “adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular, e também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito” (CROSS, Ruper; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4. ed. New York: Oxford University, 1991. p 104). A prerrogativa de superar o precedente cabe unicamente a House of Lords, não sendo permitida a cortes inferiores (CROSS, Ruper; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4. ed. New York: Oxford University, 1991. p. 109 et seq.).

decisão, à igualdade de tratamento dos jurisdicionados previsibilidade da decisão, ao prestígio e credibilidade da corte, dentre outros)²⁷⁹.

A função *normativa* do precedente, ou sua eficácia vinculante, merece uma análise mais detida. Schauer aponta como uma das características principais do sistema do *stare decisis* a função normativa de regramento de conduta que o precedente possui, e a compara com a função de *generalização*, própria das regras. A função do precedente, tal qual a função da regra, é centralmente a imposição de um resultado não só para um caso, mas para uma classe de casos²⁸⁰. Ou seja, a própria ideia subjacente à teoria do precedente é a ideia de que ele deve valer para um conjunto de casos iguais ou muito semelhantes. Assim, para uma classe (ou conjunto) de casos haverá nas extremidades desse conjunto casos particulares para os quais o precedente não seria a melhor solução, ou seja, tal qual ocorre com as regras, não se tem uma decisão ótima para todos os casos, mas também – aí que está a vantagem – não se tem uma decisão arbitrária ou muito ruim na média dos casos.

O precedente funciona exatamente dessa forma. Ele é uma regra geral impondo condutas para as pessoas, por isso que, mesmo quando não totalmente apropriado, deve ser aplicado, assim se promove o princípio da igualdade. Obviamente que, quando a situação fática seja em grande medida diversa, não se deve aplicar o precedente, sob pena, também, de violação ao princípio da igualdade. Caso a eficácia do precedente seja vista unicamente como persuasiva, acaba-se gerando completa instabilidade no sistema. Instabilidade essa, que causa a impressão de caos no sistema, e ainda o mais prejudicial sentimento da sociedade em relação à administração da Justiça que é a sensação de loteria jurisprudencial.

A função do Direito é, eminentemente, de estabilizador da sociedade. Por essa singela razão é tão importante para o sistema que se respeitem as decisões já tomadas. O que não pode ocorrer é, a pretexto de um suposto aperfeiçoamento da agilidade do sistema, a corte responsável pela consolidação da interpretação Constitucional por meio do precedente simplesmente se furtar de tal obrigação. Evidentemente que em determinados casos os precedentes devem ser superados e deve ser afastada a sua aplicação. Há casos que o precedente não deve ser aplicado, em vista das peculiaridades do caso concreto, ou em face da evolução da concepção do bem comum pela sociedade, ou ainda, em face da evolução do entendimento anteriormente consolidado sobre a matéria em questão. Mas essa superação do

²⁷⁹ CHIARLONI, Sergio. Un mito rivisitato: Note comparative sull'autorità Del precedente giurisprudenziale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 56, n. 3 (Seconda Serie) p. 614-632, luglio/sett. 2001. p. 630-631.

²⁸⁰ SCHAUER, Frederick, *Profiles, probabilities and stereotypes*. London: The Belknap, 2003. p. 269 et seq.

precedente deve ser efetivada cuidadosamente de forma técnica, para que não se torne regra a sua não aplicação, enfraquecendo por completo a força normativa da jurisprudência.

2.2.1.1.3 Conceito e amplitude da regra do precedente

A abordagem sobre o precedente no presente trabalho não visa esgotar o assunto, tendo em vista obras de muito maior profundidade sobre o tema²⁸¹, mas visa justamente demonstrar que, quando se está referindo ao precedente, não *necessariamente* se está referindo a uma única decisão qualquer e isolada (pelo menos em nosso sistema jurídico), tampouco se refere ao veículo introdutor de normas, sentença judicial (acórdão), mas se está aludindo que o precedente é a *regra* criada em decorrência da solução do caso concreto com aptidão para ser aplicada aos demais casos semelhantes. Nesse sentido, o foco deste estudo não se faz sobre as concepções processualistas de eficácia das decisões judiciais, até porque a concepção mais clássica está sendo revista por parte da doutrina²⁸², que realiza certa releitura da eficácia *erga omnes* e a eficácia vinculante dentro mesmo de sua eficácia objetiva.

Entende-se, nessa linha, que a regra do precedente é expressa na *ratio decidendi* do julgado, a qual, por sua vez, é entendida, como a *decisão judicial exarada pelas cortes superiores*²⁸³ *que pacifica determinado tema controvertido*, e representa uma regra que pretende ser universal e alcançar todos os cidadãos. É a mesma função generalizadora das regras. Assim, toda decisão dada em última instância pelo tribunal competente pela última palavra sobre determinado tema jurídico de um país tem, no mínimo, a pretensão de ser uma decisão válida para outros casos iguais e semelhantes. Não só função *a posteriori*, no sentido da aplicação do princípio da igualdade para casos iguais já ocorridos, mas, preponderantemente, função orientadora de condutas futuras.

Um sistema jurídico não comporta unicamente decisões singulares para cada caso, dissociadas das decisões da maioria. A função de orientação de condutas, própria das decisões dos tribunais superiores, é cada vez mais valorizada e, justamente por isso, vem ganhando atenção do legislador que criou mecanismos como as ações coletivas, julgamento de recursos repetitivos, repercussão geral, o que está sendo aprofundado no Projeto de Lei n.º 166/2010 do novo Código de Processo Civil.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 293.

²⁸³ No âmbito de suas respectivas competências: STF enquanto intérprete de normas constitucionais, e STJ enquanto intérprete de leis federais.

Longe de ser mera característica “atual”, a função de orientação de condutas das decisões dos tribunais superiores é a própria razão de existir de tais cortes e decorre da Constituição Federal. Isso porque as cortes superiores precipuamente não são cortes ordinárias. Não há que se falar em terceira instância, mas em instância extraordinária que guarda a interpretação das normas federais e constitucionais. Sua função, pois, é de firmar o entendimento correto sobre a interpretação das normas e publicar para toda a sociedade tal entendimento, e não somente solucionar um determinado caso concreto. A sua função visa inclusive à redução das complexidades sociais, tendo em vista que os comportamentos futuros serão balizados nas anteriores decisões²⁸⁴. Corrobora-se assim, com o entendimento de Larenz, para quem não é o precedente como tal que vincula, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada²⁸⁵.

Neste sentido, muito mais que mera declaração de um servidor público, a jurisprudência firmada nos tribunais superiores é norma vigente no ordenamento que indica condutas e, portanto, gera efeitos. Não se trata apenas do dever de lealdade e da boa-fé objetiva explicitada pelo princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, o qual também se aplica ao Estado, mas de um dever maior, que é o de pacificação da sociedade, de orientação das condutas, e de promoção do devido princípio da segurança jurídica²⁸⁶.

2.2.1.2 Critérios objetivos da base da confiança

2.2.1.2.1(Des) Necessidade de trânsito em julgado

Conforme adiantado, nossa pesquisa baseia sua análise jurisprudencial em casos paradigmáticos das cortes superiores. O primeiro caso foi abordado no STF e genericamente é referido como *IPI - Crédito decorrente de insumos alíquota zero e não tributados*. Trata-se

²⁸⁴ LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. As decisões do Supremo Tribunal Federal e os reflexos na conduta dos contribuintes: desqualificação do ilícito tributário. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 537-556, p. 548-549.

²⁸⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2009. p. 612.

²⁸⁶ Especificamente sobre esse brocardo, veja-se o item 2.1.1.3 *supra*.

dos recursos extraordinários 370.682 e 353.657²⁸⁷ os quais reverteram o entendimento do STF anteriormente firmado no *leading case* RE 350.446²⁸⁸.

O entendimento atual do STF sobre a matéria, expresso no julgamento do RE 370.682, iniciado em 10/04/2003 e concluído somente em 15/02/2007, é pela ausência de direito ao creditamento do IPI nas hipóteses de aquisição de insumos não tributados ou tributados à alíquota-zero. A partir de dezembro de 2004 pode-se começar a falar em virada do entendimento da corte, visto que foi nessa data que passou a haver a maioria de 6 (seis) ministros pela tese contrária ao contribuinte (vedação ao crédito), todavia o julgamento somente encerrou-se, relativamente ao mérito em 15/02/2007. No primeiro julgamento, RE 350.446, foi firmado precedente jurisprudencial por votos de quase a unanimidade dos membros do STF– 9 x 1 (nove votos contra um)²⁸⁹.

Após julgado o mérito do recurso foi suscitada questão de ordem no plenário da corte, relativamente à aplicação da modulação dos efeitos da decisão, nos seguintes termos: “Tendo em conta a alteração na jurisprudência até agora assentada por esta corte – e por uma estreita maioria hoje -, indago a Vossa Excelência se seria oportuno suscitar, desde logo a eventual concessão de efeitos prospectivos a essa decisão hoje proferida”²⁹⁰. E na retomada do julgamento, acrescenta:

tendo em conta a alteração – pela maioria de um voto apenas – na jurisprudência até agora assentada por esta Corte sobre o direito ao crédito do IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta, não tributada ou sobre a qual incide a alíquota zero [...] ²⁹¹.

Importante a transcrição da questão de ordem levantada para que se destaque que a preocupação do Ministro fora exatamente a modificação da jurisprudência assentada por maioria de um voto apenas, de uma matéria que anteriormente havia sido firmada por decisão

²⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 350446/PR. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 18 dez. 2002. **DJ** 06 jun. 2003. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 353657/SC. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 07 mar. 2008.

²⁸⁸ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. Recurso não conhecido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 350446/PR. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 18 dez. 2002. **DJ** 06 jun. 2003.)

²⁸⁹ O Ministro Maurício Corrêa participou do julgamento, porém, não proferiu voto, porque impedido.

²⁹⁰ Pelo Ministro Ricardo Lewandowski (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 370682/SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 19 dez. 2007. p. 482.

²⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 370682/SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 19 dez. 2007. p. 494.

inversa de nove votos contra um. A questão de ordem foi rejeitada, vedando-se a possibilidade da aplicação dos efeitos prospectivos ao caso. Dentre os motivos apresentados está a necessidade do trânsito em julgado das decisões anteriores. O Ministro Eros Grau referiu que a mudança de posicionamento do STF não teria causado nenhuma ameaça à segurança jurídica uma vez que nenhum processo efetivamente teria transitado em julgado²⁹² em favor dos contribuintes. Acordaram com ele os Ministros Gilmar Mendes, Celso Mello e Sepúlveda Pertence, que, afirmando se tratar de virada jurisprudencial e não de aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, admitiram a possibilidade teórica de se conferir prospectividade a decisões plenárias desde que configurada revisão da jurisprudência, mediante decisão transitada em julgado, o que, todavia, reputaram não ter se dado na hipótese. Ocorre que, no caso em exame, a Fazenda Pública apresentou embargos declaratórios em todos os processos nos quais houve a aplicação do julgamento anterior (aplicação do precedente de 9x1 em favor dos contribuintes), não ocorrendo, assim, o seu trânsito em julgado.

Entende-se, contudo, que o trânsito em julgado do precedente não é pré-requisito para a base da geração da confiança.

A exigência do trânsito, é requisito que, inclusive, vai de encontro ao entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal explicitado em outros julgados. A legislação ordinária, especificamente o Código de Processo Civil, apresenta dispositivos que preveem a figura da *jurisprudência dominante*. Os artigos 544 e 557²⁹³, ambos do CPC, preveem a possibilidade de o relator do acórdão julgar monocraticamente o processo caso haja *jurisprudência dominante* do STF. *In verbis*:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (...)

§ 3º Poderá o relator, **se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante** do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior **aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário**, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência

²⁹² Posição acompanhada pelo Ministro César Peluso.

²⁹³ Frise-se, aqui não se quer entrar na verificação da constitucionalidade, ou não, destes dispositivos do Código de Processo Civil, ou mesmo da Súmula Vinculante, como sustentado por parte da doutrina (Ver CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 119-121) devidos aos limites do presente trabalho. Apenas se analisa o entendimento sobre a expressão *jurisprudência dominante* e *jurisprudência do plenário* do STF.

dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a **decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante** do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (grifou-se)

O próprio STF assentou, expressamente, que a existência de precedente firmado pelo seu Plenário autoriza o julgamento imediato das causas que versem sobre o mesmo tema, ainda que não haja efetivamente o seu trânsito em julgado. Veja-se:

A existência de precedente firmado pelo plenário do STF autoriza o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema (RISTF 101), ainda que o acórdão do *leading case*, proferido pelo Plenário, não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado.²⁹⁴

A desnecessidade do trânsito em julgado é, assim, a interpretação pacífica dada pela corte à redação do art. 101²⁹⁵ do seu Regimento Interno que versa sobre a aplicação a novos feitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada.

Por sua vez, o artigo 475 do CPC não apresenta a figura da *jurisprudência dominante*, mas se refere à *jurisprudência do plenário* do STF. Veja-se:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à

²⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 328.646-PR-AgRg. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 25 jun. 2002. **DJU** 23 ago. 2002, p. 112 negaram provimento). No mesmo sentido o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 310008 AgR. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 17 dez. 2003. **DJ** 21 fev. 2003: “As alegações do recurso extraordinário estão em consonância com a jurisprudência desta Corte, o que segundo o art. 557, § 1º-A, do CPC, autoriza o relator a julgar monocraticamente o recurso, mesmo antes de publicado o acórdão que julgou o caso líder”; e ainda, o seguinte julgado: “A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AUTORIZA O JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS QUE VERSEM O MESMO TEMA (RISTF, ART. 101). A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida por maioria qualificada, aplica-se aos novos processos submetidos à apreciação das Turmas ou à deliberação dos Juízes que integram a Corte, viabilizando, em consequência, o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema, ainda que o acórdão plenário – que firmou o precedente no “leading case” – não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado. Precedentes. É que a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, proferida nas condições estabelecidas pelo art. 101 do RISTF, vincula os julgamentos futuros a serem efetuados, colegialmente, pelas Turmas ou, monocraticamente, pelos Juízes desta Corte, ressalvada a possibilidade de qualquer dos Ministros do Tribunal – com apoio no que dispõe o art. 103 do RISTF – propor, ao Pleno, a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional. Precedente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 216259 AgR. Relatora: Min. Celso de Mello. Julgado em: 9 maio 2000. **DJ** 19 maio 2000).

²⁹⁵ Art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.

execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).(…) § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a **sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal** ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal superior competente. (grifou-se)

Entende-se, pois, que tal artigo, com mais razão ainda, se encaixa na tese aqui defendida (desnecessidade de trânsito em julgado), por duas razões, uma de ordem literal e outra sistemática: A *primeira*, de ordem literal, indica que o dispositivo é específico ao se referir à jurisprudência, sem qualificá-la como dominante ou definitiva. Simplesmente se refere às decisões do plenário, daí a desnecessidade de trânsito em julgado; e *segunda* razão, de ordem sistemática, indica que o dispositivo legal prevê os mesmos efeitos da *jurisprudência do plenário* às súmulas do STF e dos demais tribunais superiores competentes. Ou seja, atribui à jurisprudência do plenário o mesmo efeito da súmula, o qual pelo seu caráter de súmula demonstra que a decisão efetivamente representa o entendimento máximo e final do STJ/STF.

Quanto à necessidade de trânsito em julgado imperioso referir que nem mesmo a edição de súmula vinculante, com sua eficácia vinculante conferida pela Constituição Federal, precisa necessariamente da ocorrência do trânsito em julgado dos casos que deram origem a ela.

A exemplo disso, tem-se a Súmula Vinculante n.º 8²⁹⁶, publicada em 20 de junho de 2008, e que decorreu do julgamento conjunto dos recursos extraordinários REs 559.943-4, 559.882-9, 560.626-1 e 556.664-1, pelo pleno do tribunal. Não se discute neste momento o mérito do julgamento, tampouco a modulação dos efeitos, mas apenas o fato de a súmula ter sido redigida e publicada antes de qualquer recurso que deu origem a ela ter transitado em julgado²⁹⁷. É necessário, ainda, esclarecer que a Súmula Vinculante n.º 8 também informa como precedentes outros julgados, que teriam embasado a sua formação, porém, em consulta aos anais da formação da súmula, verifica-se que tais julgados não foram referidos pelos

²⁹⁶ Súmula Vinculante 8: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante 8. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 20 jun. 2008).

²⁹⁷ A análise pormenorizada dos julgados que deram origem a ela informa que dois processos transitaram em julgado no dia 11/12/2008 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 556664/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 14 nov. 2008. e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559882/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 14 nov. 2008), que um processo transitou em julgado no dia 11/02/2009 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 560626. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral-Mérito **DJe** 05 dez. 2008) e que um julgado ainda está pendente de embargos de declaração (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559943. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 26 out. 2008).

Ministros quando da aprovação da súmula²⁹⁸. Tais julgados foram referidos apenas durante o julgamento como fundamento para a sua decisão. Faz-se necessária uma brevíssima análise sobre eles para esgotar o tema.

O RE 106.217-7²⁹⁹ trata de alteração da prerrogativa de lei complementar para dispor sobre regras relativas à prescrição e decadência. Todavia, tal julgado refere-se à lei diversa e estava sob o pálio da Constituição Federal anterior. Isso significa, ao encontro do quanto se defende aqui, que foi a própria *ratio decidendi* desse julgado que fundamentou a edição na súmula. Assim, o eventual trânsito em julgado desse julgado somente pode ser considerado caso faça referência à *ratio decidendi*, e não ao dispositivo do julgado, que efetivamente teve sobre si o manto da coisa julgada.

O RE 138.284³⁰⁰, por sua vez, trata da definição de quais as espécies de contribuições que necessitam ou não de lei complementar para a sua instituição, não tratando sobre a prescrição ou a decadência. Novamente aqui resta claro que a referência a tal julgado apenas fundamentou a decisão do STF, mas, todavia, o dispositivo que transitou em julgado foi diverso daquele referente nos julgados que realmente originaram a emissão da Súmula Vinculante n.º 8 (REs 559.943-4, 559.882-9, 560.626-1 e 556.664-1).

Não se está, com isso, enfraquecendo a importância da coisa julgada decorrente do trânsito em julgado. Justamente a coisa julgada não representa influência para a formação da

²⁹⁸

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.

²⁹⁹ EXECUÇÃO FISCAL. A INTERPRETAÇÃO DADA, PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, AO ART. 40 DA LEI N. 6.830-80, RECUSANDO A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR TEMPO INDEFINIDO, E A ÚNICA SUSCEPTIVEL DE TORNA-LO COMPATIVEL COM A NARMA DO ART. 174, PARAGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, A CUJAS DISPOSIÇÕES GERAIS E RECONHECIDA A HIERARQUIA DE LEI COMPLEMENTAR. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 106217. Relator: Min. Octavio Galloti. Julgado em: 08 ago. 1986. **DJ** 12 set. 1986).

³⁰⁰ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. Lei n. 7.689, de 15.12.88. I. - Contribuições para-fiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. II. - A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, e uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do par. 4. do mesmo art. 195 e que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição devesse observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, par. 4.; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas a lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a"). III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada. IV. - Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa e que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1.). V. - Inconstitucionalidade do art. 8., da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art., 150, III, "a") qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da lei (C.F., art. 195, par. 6). Vigência e eficácia da lei: distinção. VI. - Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8. da Lei 7.689, de 1988 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 138284. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 1 jul. 1992. **DJ** 28 ago. 1992).

ratio decidendi, ou seja, não representa influência sobre a base e o âmago do que irá fundamentar uma jurisprudência. A coisa julgada específica tem efeitos processuais internos ao processo e com eficácia *inter partes*³⁰¹. O que transcende ao julgado é a resposta à questão jurídica posta. Esta resposta independe de trânsito em julgado do processo que a originou. Ela necessita unicamente de uma resposta final e com ampla análise sobre o mérito da questão jurídica. Por essa razão é que a corte suprema pode aplicar decisões do plenário como fundamento em decisões monocráticas.

Por derradeiro ainda que não houvesse as bases legal e jurisprudencial, acima referidas, outra não seria a conclusão. Não se está defendendo que qualquer decisão sem trânsito em julgado seria capaz de transformar-se em jurisprudência consolidada, mas que as decisões exaradas pelo plenário, em controle difuso, têm condições de gerar a regra decorrente do precedente, e, a partir dela, gerar a confiança nos jurisdicionados, caso implementadas as demais condições, notadamente a realização de atos pelo contribuinte que impliquem disposição de seus direitos de liberdade e propriedade. Nada de estranho há nesse argumento. Se a jurisprudência do plenário pôde gerar a confiança de outros magistrados da mesma corte para aplicá-la em outros casos, mesmo sem o trânsito em julgado, com muito mais razão essa decisão irá gerar a confiança ao jurisdicionado, que é o destinatário da norma e, mesmo que assessorado por advogados competentes, presumivelmente lhe cabe respeitar e confiar nas decisões tomadas pelos magistrados dos tribunais superiores.

Quanto ao caso exposto no RE 370.682-9/SC, Derzi³⁰² entende que embora necessária a coisa julgada para permitir a formação de uma expectativa normativa (o que não ocorreu no caso), a confiança do cidadão deve ser protegida em vista da plena responsabilidade pelas declarações feitas pelos Ministros. Assim, não se trataria de hipótese de vedação à retroatividade, mas de hipótese de proteção da confiança combinada com a boa-fé objetiva.

Entende-se, contudo, que não se trata de mera responsabilidade em decorrência de declarações dos representantes máximos do Poder Judiciário. A decisão judicial prolatada pelas cortes superiores não são meras declarações de funcionários públicos do Estado, tampouco se tratam de eventuais declarações “qualificadas” para diferenciá-las de simples declarações feitas em outras oportunidades, como em Congressos (que Ministros representam o Poder Judiciário), ou exaradas no próprio *site* (endereço eletrônico) do tribunal. A decisão

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 293 et seq.

³⁰² DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 571-572.

judicial prolatada pela Corte Suprema, insista-se, não é simples declaração, mas norma introduzida no ordenamento jurídico, com estrutura e eficácias próprias.

Três evidências confirmam a assertiva da desnecessidade da coisa julgada de decisão do pleno do STF a configurar a geração da confiança. São elas: (1) *evidência jurisprudencial* – verificada na possibilidade da utilização do julgado prolatado pelo pleno, para julgamento monocrático por parte dos próprios Ministros do tribunal, mesmo antes da publicação do acórdão, conforme farta jurisprudência apresentada acima. Nesse sentido a ausência de necessidade do trânsito em julgado até mesmo para a formação da súmula vinculante demonstra que o que transcende a uma decisão em *leading case* é a *ratio decidendi*, podendo desde logo ser aplicada e constituir a confiança do jurisdicionado; (2) a *evidência legal* – representada pelos dispositivos 557, § 1º-A, 554, §3º e 4º, do CPC, que representam a previsão normativa na legislação ordinária; e (3) a *evidência pragmática* – pela qual a inexistência de trânsito em julgado pode decorrer de propositura de embargos de declaração sequenciais somente com o intuito de procrastinar o julgado até que se modifique a composição do pleno, para daí tentar novamente reabrir a discussão em outro processo.

Verifica-se que o recurso de embargos de declaração tem, em regra, a impossibilidade de modificação da decisão recorrida. Suas estreitas hipóteses³⁰³ visam o saneamento de contradições e obscuridade na própria decisão e de omissões. Tal recurso, portanto, não se presta à modificação da decisão na eventual modificação de posicionamento relativamente à matéria jurídica de um determinado membro do tribunal. É possível a modificação do julgamento por meio de embargos de declaração com efeitos infringentes, todavia essa possibilidade torna-se rara quando se trata de decisão do pleno do tribunal. Na eventualidade de uma contradição ou obscuridade na decisão, os embargos irão simplesmente esclarecer os pontos e manter, contudo a *ratio decidendi* do julgado. Quanto à omissão, novamente os embargos de declaração podem, eventualmente, modificar a decisão da corte. Todavia, no caso do controle de constitucionalidade, ou da legalidade das cortes superiores, a questão se torna restrita. Em tais cortes não se faz análise de fatos, mas de direito. No STF fixada no controle de constitucionalidade, a eventual interposição de embargos de declaração, para possibilitar a modificação do julgamento, não pode simplesmente veicular novos argumentos, eventualmente não atacados pelos Ministros, mas somente cabe quando efetivamente a questão jurídica objeto do julgamento não foi atacada pelos Ministros.

³⁰³ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

Ainda que haja a possibilidade de modificação, sua hipótese de ocorrência será rara, notadamente no que tange à modificação da *ratio decidendi* formada. A questão recairá na clareza e certeza da obtenção de uma *ratio decidendi* que não seja confusa. Evitando uma análise subjetiva dessa certeza e clareza, no caso concreto tem-se que a clareza de uma *ratio decidendi* pode ser verificada na utilização do julgamento monocrático por ministros do mesmo tribunal. Não é obrigatório o julgamento dos Ministros de forma monocrática em outros julgados que versam sobre a mesma matéria. Os Ministros, no caso de ainda haver dúvidas em relação à clareza e aplicabilidade da *ratio decidendi*, podem, simplesmente, não julgar os processos monocraticamente e levá-los novamente ao pleno.

Com base nessas razões, entende-se não ser necessário o trânsito em julgado para a formação das expectativas do cidadão de que determinada jurisprudência está consolidada. Veja-se, que não se está afastando a importância da coisa julgada e do trânsito em julgado. Esses atos jurídicos trarão maior grau de certeza da consolidação da jurisprudência, todavia, pelo simples fato de sua inexistência, não se pode presumir que a decisão judicial emanada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal tenha eficácia comparada a uma decisão de Juízo de primeiro grau, ou seja, não ser capaz de gerar qualquer confiança nos demais jurisdicionados.

2.2.1.2 Impossibilidade de aplicação da regra do art. 27 da Lei 9.868/99 para casos em que é reconhecida a constitucionalidade

Um segundo argumento, levantado no julgado do IPI insumos alíquota zero e não tributados³⁰⁴, dá conta de que não se poderia aplicar a regra prevista no art. 27 da Lei 9.868/98, tendo em vista que tal regra somente é aplicável quando do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei em oposição ao anterior reconhecimento da constitucionalidade. Assim, tendo em vista que na matéria de fundo o tribunal teria apenas modificado seu entendimento para agora reconhecer a constitucionalidade da norma, não haveria hipótese normativa legal para aplicação da modulação dos efeitos.

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela possibilidade da aplicação da regra quando do posterior reconhecimento da constitucionalidade de uma norma. No julgamento da ADI 3.756, o STF deu pela improcedência do pedido, entretanto determinou que o cumprimento da decisão se desse somente após a publicação do acórdão da ADI. Historiando os fatos tem-se que por meio dessa ADI se pleiteava a declaração de

³⁰⁴ Acolhido pelos Ministros Eros Grau, Marco Aurélio, Carlos Brito e Sepúlveda Pertence.

inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 1º, § 3º, II, e art. 20, II e III da LC 101/2000) que versam sobre a aplicação dos limites globais das despesas com pessoal do Poder Legislativo em relação ao Distrito Federal (DF). O DF entendia que a limitação dos gastos prevista para os Estados não era aplicável a si, pois a organização dos Poderes em seu âmbito é semelhante à organização dos Poderes Públicos no Município e não semelhante à organização dos Poderes Públicos no Estado. Assim o Distrito Federal objetivava a aplicação da limitação de despesa com pessoal prevista para os Municípios (6%) e não a limitação prevista como Estado (3%)³⁰⁵. O Ministro relator embasou seu posicionamento em questões de fato dos autos para julgar a impossibilidade de adequação retroativa por parte do município³⁰⁶, que vinha aplicando faticamente o limite maior de despesas. Nesse sentido, a aplicação da regra da modulação *invertida* mostra-se aceita e acolhida pelo STF nos casos em que configuradas questões de impossibilidade de fato da retroação dos efeitos.

Entretanto, em outro julgado, na ADI 1040, a aplicação da prospectividade da declaração de constitucionalidade foi rejeitada sob o argumento de impossibilidade da inversão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. A ADI versava sobre a exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei Complementar n.º 75/93³⁰⁷.

³⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 3756 ED. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 21 jun. 2007. **DJe** 19 out. 2007.

³⁰⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ILEGITIMIDADE RECURSAL DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS MANEJADOS PELA MESA DA CÂMARA DO DISTRITO FEDERAL. 1. Não havendo participado do processo de fiscalização abstrata, na condição de autor ou requerido, o Governador do Distrito Federal carece de legitimidade para fazer uso dos embargos de declaração. Precedentes. 2. **No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido.** Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia ex tunc ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão nº 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos **para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC nº 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756,** e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal. (grifou-se)

³⁰⁷ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. EXIGÊNCIA DE UM BIÊNIO NA CONDIÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO COMO REQUISITO PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, XIII E 37, I da CF. 1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei complementar nº 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende. 2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A questão, todavia, não deve ser analisada sob o prisma da aplicação, ou não, do art.27 da Lei 9.868/99 à espécie. Tal artigo expressamente se refere, unicamente, às decisões que declaram a inconstitucionalidade³⁰⁸ de lei ou ato normativo. Não se pretende aqui, em face dos limites do presente trabalho, analisar a possibilidade de ampliação do efeito do art. 27 da lei citada. O que é certo, contudo, é que a premissa da aplicação da prospectividade dos efeitos quando da modificação de jurisprudência decorrente diretamente do princípio constitucional da confiança, e não em decorrência do artigo citado da legislação ordinária.

Reprisando nossas considerações dos capítulos anteriores relativamente ao fundamento normativo do princípio da confiança, em breve síntese, tem-se que o princípio da confiança representa-se na eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, o qual visa afastar a inviolabilidade dos direitos fundamentais de propriedade e liberdade.

Verifica-se, nessa linha, que o fundamento normativo do princípio da confiança localiza-se em norma constitucional, não dependendo, portanto, de autorização de qualquer dispositivo infraconstitucional para que efetivamente seja invocado e aplicado quando da ocorrência de modificação na jurisprudência.

2.2.1.2.3 Mecanismos de estabilização de expectativas

No julgado do IPI insumos alíquota zero e não tributados o Ministro Joaquim Barbosa especificamente apontou como requisito para eventual concessão de efeitos prospectivos da decisão a necessidade de existirem mecanismos de estabilização de expectativas. O Ministro entendeu que para a estabilização de expectativas, são necessários: (1) o trânsito em julgado; (2) a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em controle concentrado; (3) a adoção de resolução pelo Senado; (4) a súmula de entendimento, com eficácia vinculante; a (5) prescrição; e a (6) decadência. Nessa linha, tendo em vista que o caso concreto não apresentava nenhum desses mecanismos, entendeu-se pela ausência de expectativa legítima do contribuinte. Ocorre que tais requisitos não dizem respeito

Tribunal Pleno. ADI 1040. Relator: Min. Néri da Silveira. Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 11 nov. 2004. **DJ** 01 abr. 2005). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Embargos que traduzem, na verdade, pretensão de declaração de constitucionalidade da norma com efeitos ‘*ex nunc*’. Impossibilidade. Inversão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. 2. Embargos rejeitados” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1040 ED. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 31 maio 2006. **DJ** 01 set. 2006).

³⁰⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifou-se)

especificamente ao campo de alcance do princípio da confiança. Tais mecanismos representam, sim, mecanismos de estabilização de expectativas, todavia a sua inexistência não afasta a aplicação do princípio da confiança. Todos esses requisitos demonstram exigências objetivas que não dizem respeito às condições subjetivas especificamente do sujeito e a amplitude da violação da confiança em seu âmbito.

A prescrição e a decadência uma vez operadas em favor do contribuinte não exigem o “socorro” de outro princípio para que seja efetivada a proteção do contribuinte. Isso porque para a perquirição da ocorrência da decadência e da prescrição basta o cotejo de datas específicas. Nesses casos nem de expectativa se fala, mas de direito consolidado, de intangibilidade de situações individuais por razões objetivas³⁰⁹.

Por sua vez, a exigência de (1) declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em controle concentrado; (2) resolução pelo Senado; (3) e súmula com eficácia vinculante, da mesma forma não necessitam de socorro do princípio da confiança. Seu traço comum é a eficácia vinculante e, por isso, existe a presunção de confiança protegida. Todavia, mesmo nesses casos, a nova jurisprudência acaba retroagindo com base precipuamente em dois argumentos: *na supremacia da Constituição e na igualdade* que serão analisados no ponto 2.2.1.3.

2.2.1.2.4 Questão processual – derrota em primeira instância

Outro argumento levantado no julgado do IPI insumos alíquota zero e não tributados aponta que não haveria segurança jurídica a ser protegida, visto que no caso concreto o contribuinte havia “perdido” o seu pleito em primeira instância.

Ocorre que a manifestação ou não do princípio da confiança não diz respeito ao trâmite processual específico do caso em exame. A configuração da confiança do cidadão não se dá na decisão favorável dessa ou daquela instância de jurisdição, mas sua confiança decorre de uma situação confirmada pela Corte Suprema. A parte não pode ter tolhido o exercício do direito de ter sua confiança protegida tendo em vista que, exemplificativamente, um único Juízo julga diferentemente das orientações dos tribunais superiores, até mesmo pelo fato de este Juízo estar exercendo seu direito constitucional de independência de suas decisões. A *regra do precedente* exarada por meio de uma *jurisprudência dominante* ou de um precedente

³⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 346-349.

específico dos tribunais superiores são base da geração de confiança, passíveis de proteção pelo princípio da confiança, como se defende neste trabalho.

Em raciocínio a *contrariu sensu*, e levado ao extremo, tem-se que em um caso isolado em que o contribuinte tivesse todas as decisões favoráveis ao longo do processo ele deveria, necessariamente, ter a sua confiança protegida pelas cortes superiores. Entretanto, não é essa a lógica mais adequada.

A confiança nasce em uma base que não seja do próprio caso específico. Assim, o essencial é compreender que as decisões do caso concreto não são capazes de balizar a existência da confiança do destinatário.

2.2.1.2.5 Matéria pacificada em sentido contrário

Para a aplicação do princípio da confiança é necessário verificar a amplitude do precedente, ou seja, a sua aptidão para gerar uma regra com pretensão de generalização e de universalização. Essa base pode ser decorrente de um único julgado ou do somatório de várias decisões da corte, as quais demonstram que a matéria está pacificada. Ou seja, não apresentam aptidão para servir de base de confiança decisões esparsas e em sentido diametralmente opostos.

O STF, ao analisar o RE 377.457³¹⁰, firmou posicionamento quanto à necessidade da configuração de uma jurisprudência pacífica para a possibilidade de eventual aplicação da nova decisão com efeitos futuros. É objeto de tal julgado, em resumo, a incidência da COFINS sobre as sociedades de profissionais autônomos. Especificamente versou o julgado sobre a constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96 em face da existência do artigo 6º, II, da Lei Complementar n.º 70/91. O tribunal julgou, por maioria, pela possibilidade da revogação do art. 6º, II, da LC n.º 70/91, que previa a isenção da COFINS concedida às sociedades civis de profissão regulamentada, pela superveniência do artigo 56 da lei ordinária citada, entendendo que não há hierarquia entre as espécies legais “lei ordinária” e “lei complementar”. Existem, isto sim, diferenças de materialidade entre essas duas espécies

³¹⁰ “EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008, Repercussão Geral - Mérito DJe 241, 19 dez. 2008. Restaram vencidos, no mérito, os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio Mello).

normativas. Firmada a decisão de mérito o Ministro Marco Aurélio apresentou pedido de modulação de efeitos da decisão, expressamente em face da “pacificação da matéria no Superior Tribunal de Justiça, inclusive com edição de verbete de súmula”³¹¹. O pedido foi afastado, ficando vencidos os Ministros Celso Mello, Eros Grau, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Carlos Brito.

A questão resume-se, portanto, na possibilidade de preservação das situações individuais dos particulares que confiaram na permanência da súmula do STJ (anterior), em face da superveniente decisão do STF. O tribunal decidiu que a matéria já estava pacificada no STF em sentido contrário ao quanto julgado pelo STJ há bastante tempo desde o julgamento da ADC 1.

O Ministro Marco Aurélio, entretanto, levantou a questão de que o julgamento anterior da ADC 1 não teria, efetivamente, alcançado a amplitude atribuída pela maioria dos ministros. Ou seja, em tal julgamento a corte não teria dirimido controvérsia acerca da hierarquia ou não da lei complementar em relação à lei ordinária, colocando, em xeque, portanto, a suposta pacificação da matéria pelo STF na ADC n.º 1. Com efeito, no julgamento da ADC n.º 1, restou assentado, unicamente, a constitucionalidade da LC 70/91. A referência quanto à hierarquia apenas formal entre as espécies normativas deu-se apenas nas razões do voto do então Ministro Relator, não tendo sido efetivamente objeto de discussão da corte. Veja-se excerto do voto do Relator:

A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n.º 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz exigência, e, se por ventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.³¹²

Inclusive, no julgamento da Reclamação 2475 foi assentado pelo STF explicitamente que naquela oportunidade (Julgamento da ADC1) a corte não se manifestara sobre a hierarquia das espécies legislativas. Veja-se:

COFINS – LEI COMPLEMENTAR n.º 70/91 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE n.º 1-1/DF – JULGAMENTO – ALCANCE. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1-1/DF, o **Colegiado**

³¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008, Repercussão Geral - Mérito **DJe** 241, 19 dez. 2008. p. 1889.

³¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 1 dez. 1993. **DJ** 16 jun. 1995. p. 124.

não dirimiu controvérsia sobre a natureza da Lei Complementar n.º 70/91, consubstanciando a abordagem, no voto do relator, simples entendimento pessoal³¹³.
(grifou-se)

Todavia, o Ministro Relator do RE 377.457 (voto que liderou a maioria no julgamento) entendeu que a questão relativa à hierarquia já fora fixada pela corte desde o julgamento da precitada Ação Direta de Constitucionalidade, e, por essa razão, o atual julgamento *não* caracterizaria modificação jurisprudencial, tendo em vista a “antiga” jurisprudência do STF, capaz de determinar a incidência do princípio da confiança, para aqueles contribuintes que se pautaram pelo posicionamento sumulado do STJ.

Interessante frisar que nos votos, para demonstrar que o entendimento estava supostamente sedimentado na jurisprudência do STF, foram apresentadas lições de doutrinadores sobre a matéria de fundo (tais como Geraldo Ataliba, Souto Maior Borges, dentre outros), todavia não foi apresentado um julgamento sequer, além da ADC1, que supostamente embasasse a existência da jurisprudência dominante. Ora, em tal momento o objeto do julgamento era a verificação de *formação de jurisprudência ou de modificação de jurisprudência* no tempo. A fundamentação para aplicação ou não aplicação da regra de modulação deveria, unicamente, dizer respeito ao posicionamento da jurisprudência do STF sobre o ponto, e não de doutrinadores sobre o mérito de fundo. Para se verificar se uma *jurisprudência* modificou-se, tem-se que verificar, *primeiro*, se houve efetiva formação da jurisprudência dominante, e, *segundo*, se houve nova fixação de jurisprudência em sentido contrário à anterior. Não se quer, contudo, desprestigiar a doutrina. Não é isso. Ocorre que *doutrina antiga e dominante não é sinônimo de jurisprudência do STF dominante*, sujeita à prospecção de efeitos para o futuro. Esse exemplo bem ilustra a falha nos métodos argumentativos e na fundamentação de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tal julgado tem a importância de determinar que, para eventual manutenção de posições individuais, é necessário que a nova jurisprudência esteja em desacordo com a jurisprudência anteriormente pacificada. Ou seja, quando a nova orientação do tribunal não está em desacordo com a sua própria jurisprudência pacificada não há que se pleitear a proteção de eventual confiança, pela simples razão de que não ocorre frustração de confiança.

Veja-se que este requisito guarda relação intrínseca com os atos que frustram a confiança. Suas relações não são estáticas e conceitualmente classificatórias. Assim a frustração da confiança não ocorreu, pois a nova decisão não representou uma ruptura ao

³¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Rcl 2475 AgR, Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio (ART. 38, IV, B, DO RISTF.). Julgado em: 2 ago. 2007. DJe 018, 1 fev. 2008.

entendimento anteriormente vigente no tribunal. Ocorre que a consideração da ruptura ou não do entendimento passa pela análise da amplitude do entendimento anterior como base da confiança. Ou seja, passa pela verificação da existência de uma jurisprudência anterior uniforme e pacificada.

Ainda, conclui-se do presente julgado que o estudo do que seja ou não *ratio decidendi* e *obter dictum* é fundamental para a interpretação dos precedentes judiciais. Grande parte da discussão no presente caso versou sobre se a inexistência de hierarquia formal entre lei complementar e ordinária fora objeto de julgamento na ADC1, ou se tal entendimento fora somente apresentado na forma de *obter dictum*. Sem entrar no mérito da questão, a conclusão que fica é que esta concepção foi fundamental para a solução do julgado. Ou seja, caso tivesse sido considerado que naquele julgado a matéria fora apenas um *obter dictum* (como entendemos que foi) o julgamento ora referido teria solução completamente diversa.

A necessidade de configuração da jurisprudência *pacífica* para a manutenção das expectativas também é levantada em outro julgado paradigmático para nosso estudo, o qual, em que pese não tenha resguardado os direitos de particulares (como ambos já estudados até aqui) tem o mérito de ter levantado critérios para a sua verificação.

Trata-se do EREsp 738.689/PR³¹⁴, que versa sobre a validade ou não do crédito-prêmio do IPI³¹⁵. Em breve resumo da questão jurídica, a polêmica quanto ao crédito-prêmio do IPI concedido a empresas industriais exportadoras, reside no fato de que primeiramente a jurisprudência do STJ estava incerta havendo três posicionamentos sobre o tema: (i) o crédito-prêmio havia sido extinto em 1983, anteriormente à Constituição Federal de 1988; (ii) o crédito-prêmio, por não ter havido expressa extinção, foi extinto dois anos após a publicação da Constituição Federal, o que se deu em 1990, e (iii) o crédito-prêmio não foi extinto, estando ainda em vigor.

A jurisprudência do STJ, primeiramente, fixou-se no sentido de que o crédito prêmio estaria ainda em vigor, com julgados pacíficos desde o ano de 2000. Ocorre que no ano de 2004 revisto o posicionamento da corte, a mesma concluiu que o benefício teria findado em 1990. O Ministro Herman Benjamin, no julgado de 2007 levanta a questão da necessidade de respeitar-se a confiança do contribuinte que programou a sua vida e a sua atuação empresarial com base na jurisprudência sedimentada no STJ.

³¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. EREsp 738689/PR. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 27 jun. 2007. **DJ** 22 out. 2007. p. 187.

³¹⁵ Curiosamente o voto que impossibilitou a modulação dos efeitos firma-se no voto do Ministro Marco Aurélio no julgado acima referido, que, a nosso juízo não apresentam as mesmas premissas jurídicas aqui postas.

O impulso da análise do Ministro se deu em face da pacífica jurisprudência da corte por longos anos e o planejamento de vários contribuintes que pautaram a sua vida com base na jurisprudência do tribunal³¹⁶. Pontuou o magistrado ser dever do “STJ buscar mecanismos de mitigação dos prejuízos que a alteração abrupta de entendimento venha a causar”.

Em que pesem tais considerações, a pleiteada modulação de efeitos no caso concreto não foi vencedora, pois o tribunal entendeu ser vedado ao juiz atuar como legislador positivo, bem como entendeu que a modulação dos efeitos em um caso poderia abrir um precedente em que o tribunal passaria a modular sempre³¹⁷. A maioria da corte entendeu ser impossível a aplicação da própria regra da modulação e, assim, nem mesmo adentrou-se na análise dos requisitos necessários aos contribuintes para ter seus direitos inviolados. Não obstante, foi levantada no julgado como critério para a eventual proteção da confiança a necessidade de se tratar de jurisprudência já pacificada no tribunal.

Por fim, verifica-se do julgado anteriormente citado (Incidência da COFINS sobre as sociedades de profissionais autônomos) que ele firmou a necessidade de primeiro a verificação da existência de uma jurisprudência pacífica ou não. E depois, em face da peculiaridade do caso concreto, foi abordada a influência na formação da confiança da existência de uma base de confiança contrária em outro tribunal, no caso o Superior Tribunal de Justiça. E assim surgiu outro critério que será analisado aparte a seguir.

2.2.1.2.6 Jurisprudência pacificada e sumulada em outro tribunal

Outro argumento exarado para afastar a modulação de efeitos é o fato de a existência de jurisprudência pacificada no âmbito do STJ não ser elemento hábil a basear a proteção das expectativas do contribuinte pelo fato de o STJ e o STF terem competências diversas. Enquanto o STJ tem competência para afastar violações à lei federal, o STF tem a última palavra relativa à interpretação da Constituição. Sendo assim, o STF não poderia modular os efeitos toda a vez que suas decisões contrariassem decisões de outras cortes.

³¹⁶ Conforme se depreende do Voto vista do Ministro Herman Benjamin no EREsp 738689/PR: “Não obstante todos esses argumentos, é inconteste que o jurisdicionado, ao se deparar com uma jurisprudência pacificada em um determinado sentido, emanada de um Tribunal que tem a competência constitucional de dar a última palavra sobre o assunto, tende a confiar que aquela é a melhor interpretação da lei, orientando sua vida, seu trabalho e seus negócios a partir daí, segundo tal entendimento do sistema jurídico. Essa confiança é gerada, afinal, pela expectativa, legítima ou não, mas sempre real, de que, em havendo discussão judicial com relação ao seu caso concreto, a decisão final a ser emitida pelo Judiciário ser-lhe-á favorável. Como bem lembra Alf Ross, é inafastável, na visão das pessoas, “a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 111).

³¹⁷ Esses foram os principais argumentos expressos de Luiz Fux, Teori Zavaski e Eliana Calmon.

Entendemos de forma diversa, contudo. O princípio da confiança do jurisdicionado deve ser analisado a partir do ponto de vista daquele que exerce a confiança. O cidadão é quem confia no Estado. O contribuinte pauta sua vida de acordo com as normas exaradas pelo Estado. O Judiciário, uno que é, faz parte do Estado e, como tal, tem a *faculdade* (sempre quando preenchidos os critérios) de gerar confiança. No momento em que um dos tribunais superiores (veja-se que não se está falando de tribunais de segunda instância) publica uma súmula com seu entendimento, evidentemente que esta súmula gera confiança para o cidadão contribuinte. No caso concreto, a clareza do verbete da Súmula 276 do STJ, publicada em 2003, é flagrante: Súmula 276: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”.

Nesse mesmo sentido está posto o voto condutor da divergência, Ministro Celso Mello, o qual analisa a importância e o objetivo das súmulas jurisprudenciais, com base na doutrina de Vitor Nunes Leal, para quem as súmulas têm as seguintes funções: (i) função de segurança jurídica; (ii) função de orientação jurisprudencial; (iii) função da simplificação da atividade processual, e (iv) função de previsibilidade decisória. O que determina a proteção das expectativas do cidadão é a ruptura da jurisprudência como um todo, e não a jurisprudência específica de um tribunal. Veja-se:

Esse dado assume, a meu juízo, Senhor Presidente, extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem que as justas expectativas desde não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, e que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária³¹⁸.

A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, como sucede no caso, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da segurança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.³¹⁹

Nesse sentido, evidentemente que o cidadão que confiou e se pautou, planejando-se e programando seus investimentos futuros, profissionais e pessoais, pela orientação sumulada do STJ tem, sim, uma legítima expectativa de respeito e proteção a essa confiança pelo mesmo Estado que a gerou. Não há vários Estados, mas um único Estado, de forma federada e com a separação de poderes e competências. Não cabe a todo e qualquer cidadão, ou, em outras palavras, *ao cidadão médio*, ter conhecimento de que uma súmula editada pelo

³¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 19 dez. 2008. p. 1906.

³¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 19 dez. 2008. p. 1911.

Superior Tribunal de Justiça era equivocada por invasão da competência do Supremo Tribunal Federal. Ora, se nem mesmo os próprios ministros do STJ, que por norma constitucional são pessoas com “*notável saber jurídico e reputação ilibada*”³²⁰, perceberam o equívoco que estavam cometendo, essa obrigação não pode recair sobre os ombros do cidadão médio.

Ainda, relativamente a esse caso concreto, em face da Súmula 276 do STJ, o próprio Supremo Tribunal Federal julgara a princípio sistematicamente a matéria de fundo como sendo de competência infraconstitucional, declinando do julgamento dos recursos extraordinários que subiam à corte³²¹. Esse fato somente reafirma a força da confiança gerada pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que foram mantidos em reiteradas análises pelos ministros também de “*notável saber jurídico e reputação ilibada*”³²², do STF, ao vedarem o trânsito do recurso extraordinário por entenderem que a controvérsia era infraconstitucional.

Forçoso, entretanto, acrescentar que, na linha de entendimento do presente trabalho, a confiança não se opera de maneira objetiva em decorrência unicamente da eficácia das decisões, mas opera-se pela manifestação expressa de disposições relativas aos seus direitos fundamentais.

Disso decorre que a solução do problema não passa pela geral e abstrata fixação de efeitos prospectivos da novel decisão. Mas por uma análise detalhada do caso concreto dos particulares para a efetiva verificação da individual disposição de tais direitos fundamentais. Esse entendimento corrobora com a mudança do eixo de verificação da confiança, que sai unicamente da base da confiança, e passa a recair sobre os atos efetivamente praticados pelo destinatário.

³²⁰ Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (...).

³²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 19 dez. 2008. p. 1915.

³²² Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. [...].

2.2.1.3 Critérios subjetivos da base da confiança – aptidão para gerar a confiança com base em direitos fundamentais

2.2.1.3.1 Capacidade subjetiva de geração de confiança – Precedente com eficácia persuasiva

Acima se tratou especificamente da questão da eficácia persuasiva e vinculante dos precedentes sob a perspectiva de sua diferenciação no âmbito dos sistemas do *Common* e do *Civil Law*, bem como sob a perspectiva objetiva de poder gerar outras decisões com base em tais precedentes. Neste momento, é necessário destacar a força do precedente, mesmo persuasiva, de gerar a confiança nos destinatários. A base da confiança, além de critérios objetivos conforme acima apresentado, tem critérios subjetivos que dizem respeito mais a situações atinentes os destinatários das normas e não especificamente à teoria das normas no tempo. Ou seja, afasta-se a análise estritamente de aspectos formais das decisões no tempo, e aporta-se em critérios materiais.

A confiança irá operar em relação à base dessa confiança de forma dinâmica em relação com o grau de vinculação da base. Ou seja, a relação entre uma base vinculante e uma base não vinculante³²³. Haverá tanto maior confiança quanto maior for o poder de vinculatividade da base, e isso quer dizer justamente que a ausência de vinculatividade não afasta a ocorrência da confiança. Pelo contrário, pressupõe-na. Diante de uma base vinculante, por definição, não há margem para desobediência. “A confiança pressupõe a capacidade de disposição e a liberdade de ação.”³²⁴

Mas não é só o grau de confiabilidade em uma base que irá determinar sua aptidão para a proteção da confiança. Haverá intrínseca relação com o grau de violação dos direitos fundamentais do particular. É a conjugação dessas duas variáveis que irá determinar se é possível ou não a aplicação do princípio da confiança.

Todavia, mesmo em casos em que há a vinculatividade muitas vezes a posição do particular não é respeitada em face de alegações quanto à igualdade e quanto à supremacia da Constituição, requisitos que serão analisados adiante.

³²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 374.

³²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 375.

2.2.1.3.2 Igualdade particular no tempo

Conforme referido no início do presente trabalho³²⁵, o princípio da igualdade é tido por parte da doutrina como objeção a própria manifestação do princípio da confiança em relação a atos jurisdicionais. Essa preocupação foi levantada no julgado do IPI insumos alíquota zero como razão para o afastamento da modulação dos efeitos no sentido de que aqueles contribuintes que não questionaram a matéria e pagaram o tributo se veriam prejudicados em face da quebra do princípio da igualdade.

Entende-se, contudo, que o princípio da igualdade não pode ser aplicado para contribuintes que gozam de posições jurídicas diversas. E esse é o ponto central para não se confundir a aplicabilidade da igualdade com a confiança. Caso levássemos esse entendimento, da suposta quebra do princípio da igualdade, ao seu limite, exemplificativamente, deveríamos admitir a conclusão de que as regras da decadência ou da prescrição seriam inócuas. Com efeito, toda pessoa, a qual se operou a decadência de algum direito seu, poderia continuar interminavelmente buscando o seu direito em igualdade àqueles que não deixaram escorrer o prazo decadencial em virtude de suposta violação ao princípio da igualdade. Raciocínio esse que não se admite por afronta ao princípio da segurança jurídica entendido como estabilidade das posições jurídicas, ou ainda, como *confiabilidade* na permanência do Direito.

O princípio da igualdade pressupõe a relação entre quatro elementos: dois sujeitos, uma medida de comparação entre eles e uma finalidade. A igualdade não pode ser afastada integralmente da aplicação. Ela deve sempre servir de critério de aplicação normativa ou servir de contraponto permanente³²⁶. Nesse sentido que se entende que a igualdade estática pode ser afastada em determinados momentos tendo em vista que se aplica a igualdade no tempo.

Em outras palavras, o princípio da igualdade, previsto na Constituição, não é por si só absoluto e intocável. Primeiramente deve se verificar qual *igualdade* está em jogo no caso concreto. Se a igualdade particular (posições jurídicas do particular) ou a igualdade geral (de todos – p.ex.: igualdade geral da tributação). Assim, a igualdade particular poderá ser ponderada com outros princípios, seja quando em contraposição a outro direito fundamental previsto na Constituição no seu artigo 5º, o qual veicula *os direitos e garantias fundamentais* do cidadão, seja quando em contraposição com outros princípios de caráter geral, como a

³²⁵ Conforme item 1.1.3 *supra*.

³²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 150.

segurança jurídica verificada em sua completude (a segurança jurídica de todos e do próprio sistema) e do Estado de Direito.

Valem aqui as considerações de Ávila quanto ao respeito à coisa julgada em face da posterior superveniência de uma decisão geral em sentido contrário, e com eficácia vinculante. Há mais razões para manter a coisa julgada do que para afastá-la, mesmo que se possa alegar que a manutenção da coisa julgada particular (posição jurídica favorável) criaria situação de desigualdade na livre concorrência relativamente a tributos anteriores, pois o contribuinte teria pagado menos tributos que outros contribuintes³²⁷. Isso porque por um lado “os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica contrapõem-se mais fortemente ao princípio da igualdade, em seu sentido particular. O efeito negativo da desigualdade de um contribuinte seria menor que o resultado restrito da insegurança de todos os contribuintes.” Por outro lado, “a regra da proteção da coisa julgada bloqueia, pela especificidade, a atuação do princípio da igualdade”. Não por outro motivo a Constituição estabelece que “a lei não prejudicará a coisa julgada: a regra geral não pode afastar a decisão individual”³²⁸.

Tais considerações não valem somente para a coisa julgada, mas se estendem, sob os mesmos fundamentos, para as situações em que ocorrida, por exemplo, a prescrição ou a decadência, e, assim, demonstram que o argumento da igualdade geral da tributação para atos passados à decisão modificadora da tributação não são sempre aplicados. A diferença existente entre a configuração da coisa julgada, da prescrição e da decadência com o princípio da confiança reside no seu caráter de objetividade. Enquanto para tais situações basta a operação de um decurso do tempo com termo final para o seu implemento, para as situações protegidas pela confiança, é necessária a comprovação da violação de determinados direitos fundamentais.

Nesse sentido pode-se entender a lição de Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais³²⁹, para quem a relação de tensão entre dois princípios não pode ser solucionada com base em uma prevalência absoluta de um desses princípios sobre o outro de antemão. Reconhece, assim, que o conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. Notadamente quando se trata de dois princípios constitucionais cujos valores abstratos estejam em mesmo nível hierárquico, não se há de falar em prevalência absoluta de antemão.

³²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

³²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124.

³²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95 et seq.

Esse é o caso posto na presente situação: o direito fundamental da igualdade quando em conflito com o direito fundamental da proteção à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), por si só não é prevalente. A solução no presente caso deve passar por uma ponderação dos princípios Constitucionais. Nesse sentido, deve-se questionar qual princípio deve ser promovido com maior intensidade a despeito do outro.

Mas essa ponderação não ocorre de forma abstrata, senão sempre e unicamente no caso concreto. Isso porque a ponderação não significa a aplicação de ambos os princípios com eficácias diferentes, mas a não aplicação de um princípio em face da aplicação de outro a ele sobrejacente no caso concreto. Por sua vez a solução encontrada entre esse conflito de princípios não é única e válida para sempre. Outros casos concretos com situações diversas poderão ter soluções de prevalência de princípio diversas³³⁰.

É justamente o caso da aplicação da igualdade particular em relação aos atos passados em relação a uma decisão geral superveniente que modifica substancialmente a situação favorável anteriormente obtida. Para frente, essa decisão poderá fundamentar-se na incidência do princípio da igualdade geral. Porém para trás, a aplicação da igualdade geral não ocorre justamente em face da proteção de situações jurídicas específicas (eficácia reflexiva da segurança jurídica) para a promoção do sobre-princípio da segurança jurídica em relação ao todo ordenamento, bem como em relação ao sobre-princípio do Estado de Direito.

2.2.1.3.3 Nulidade *ab initio* da norma inconstitucional

Mais uma vez é imperioso lembrar que o presente trabalho não trata da regra da modulação dos efeitos em qualquer caso. Uma norma sobre a qual nunca se tenha tido um julgamento pelas cortes superiores, poderá ter a modulação de efeitos ou não de acordo com o entendimento do STF em face de critérios que promovam a segurança jurídica. Todavia, não é sobre estes casos que versa o presente trabalho. O motivo da lembrança deste esclarecimento é que se concorda com a teoria da nulidade *ab initio* das normas inconstitucionais como regra de nosso sistema Constitucional, e somente por razões extremas é que se poderá superar o afastamento da norma inconstitucional com efeitos *ex tunc*.

Todavia, haverá casos em que ocorrerá o conflito entre o princípio da confiança do cidadão na interpretação do STF, e a regra da nulidade *ab initio* da norma julgada por inconstitucional, notadamente na existência de uma virada jurisprudencial do STF.

³³⁰ GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**: estudios de teoria y metateoría del derecho. Traducción Jordi Ferrer I Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 171.

O argumento mais corrente é que a supremacia da Constituição determina que a norma deve ser anulada *ab initio* e assim a eventual decisão anterior do STF deve ser afastada, não gerando qualquer efeito no mundo dos fatos. Discorda-se de tal premissa absoluta, contudo. A supremacia da Constituição diante deste conflito se “anula”, pois ela é tanto princípio sobrejacente à regra da nulidade dos atos inconstitucionais, quanto também é princípio sobrejacente à prerrogativa de o STF guardar a Constituição Federal. Vale dizer, no momento em que o STF dizia que tal lei era constitucional e posteriormente passa a dizer que tal lei é inconstitucional, tem-se um problema de caráter temporal. Isso porque anteriormente, em respeito à supremacia da Constituição, o STF atestava que tal lei estava de acordo com o ordenamento, e, portanto, era constitucional. Posteriormente, quando o mesmo STF julga inconstitucional a mesma lei, ele está atestando, sim, que a lei é inconstitucional *e sempre foi*. Atinge-se nesse último caso o plano da validade.

Todavia, durante o período em que o próprio STF dizia que a lei era constitucional, tal entendimento deve ser mantido, pois o STF modificou sua concepção quanto à lei, e declarou ela como inexistente. Mas isso partiu de um julgamento que modificou/revogou entendimento anterior, e não de julgamento novo, primeiro do STF a firmar seu entendimento. Vale dizer, os julgamentos anteriores não deixam simplesmente de ter existido como que em um passe de mágica. É assim quando ocorre com a coisa julgada e também quando se tem um entendimento firme anterior do STF.

É frontalmente contraditório o argumento pelo qual o STF pode dizer o que a Constituição é hoje e ao mesmo tempo dizer que o que o próprio STF dizia ontem está e sempre esteve errado. Tal raciocínio permite ao contribuinte não nutrir qualquer confiança no que o STF diz tanto ontem quanto hoje, não implicando qualquer respeito a suas decisões. Mesmo àquelas transitadas em julgado, porquanto as decisões passam a ter nítido caráter provisório e precário, à espera de modificações quaisquer.

Nesse sentido há mais razões em nosso sistema para proteger a permanência da lei inconstitucional para o passado do que razões para afastá-la. *Primeiro*, porque incide a segurança jurídica como um todo, fundada no Estado de Direito que determina a segurança do próprio sistema. Mantém-se uma lei somente pelo tempo em que o órgão responsável pelo controle constitucional de tal lei entendia que ela estava de acordo com a Constituição. Mas, para frente, a lei é afastada do ordenamento. Nesse sentido promove-se a regra que determina o afastamento da lei inconstitucional do ordenamento, bem como o princípio pelo qual as pessoas podem confiar e seguir as decisões prolatadas pelo STF. E, *segundo*, e mais importante, pois incide a segurança jurídica com base nos direitos fundamentais, representada

pelo princípio da confiança (dentre outros) que terão garantida a proteção de posições jurídicas particulares. Essa razão vem somente a reforçar e a garantir ainda mais o respeito à segurança do particular como confiabilidade no sistema. Se sua confiabilidade não for garantida minimamente por um princípio constitucional não há razão de existir de um princípio de supremacia da Constituição absoluto.

Seguindo o raciocínio inverso, pela absoluta supremacia da Constituição com a nulidade sempre *ab initio* de suas normas, o preceito constitucional que determina ser o STF guarda da Constituição deveria ser relativizado para no máximo significar que o STF é guarda provisório da Constituição. Ou seja, um sistema que perde suas características essenciais de sistema que são a coesão e unidade. A jurisprudência consolidada do STF não pode gerar apostas em sua permanência ou não. É da característica do Direito e do Poder Judiciário sua segurança. Portanto, repudia-se a insegurança gerada em não se ter decisão válida com o mínimo de objetividade temporal.

Por fim, se o STF é guarda da Constituição, a ele cabe a preservação da força normativa da Constituição, que somente será efetiva caso analisada no tempo e em face de suas próprias decisões, mas respeitados os direitos fundamentais dos destinatários. Isso quer dizer que, quando a nulidade *ab initio* da lei não violar o exercício dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, a norma deve ser anulada integralmente, mesmo diante de uma decisão anterior. E, com mais razão ainda, uma norma deve ser anulada *ab initio* caso a sua manutenção cause, por si só, a violação aos direitos fundamentais. É o caso de uma norma impositiva tributária que na superveniência de uma decisão de inconstitucionalidade deve ser afastada do sistema com a garantia da devolução e repetição de todo o tributo que foi recolhido a maior. Sobre esse tema houve aprofundamento no item 1.2.5 *supra* que mostra a vocação do princípio da confiança unicamente em favor do contribuinte.

2.2.1.3.4 O tempo despendido

Em estudo sobre o tema da possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos nas decisões do STJ, Ferraz Jr. aborda a aplicação da irretroatividade das decisões judiciais, e especificando alguns requisitos mais favoráveis para a sua ocorrência, quais sejam a necessidade de se tratar de jurisprudência dos tribunais superiores e de ter ocorrido largo

período de tempo, conforme já citamos³³¹. Ainda, como visto no item 1.3.2.2.2 supra, é corrente tanto na doutrina quanto na jurisprudência a necessidade do decurso de tempo como requisito para a verificação da tutela da confiança.

Discorda-se, contudo, da necessidade de decurso de largo período temporal no que se refere à confiança em atos jurisdicionais, pois nesta seara o *tempo* não tem papel de relevo, sendo inclusive desprezível para a caracterização da confiança. Nesse sentido, acertado é o posicionamento de Larenz sobre o ponto:

Uma jurisprudência Dissertação Mauricio Luís Maiolitante pode, certamente, adquirir vinculatidade se se converte em base de um direito consuetudinário. Mas, para isso, de modo algum é já suficiente um período considerável de tempo em que se manifesta constante; **o fator tempo não deve sequer considerar-se decisivo.** O fundamento de validade do Direito consuetudinário é a convicção jurídica geral que se manifesta num uso constante. Para isso não basta que uma determinada orientação jurisprudencial seja aceita sem contradição ou quase sem contradição; antes é necessária a formação de uma convicção jurídica nos círculos participantes, isto é, não somente os juristas.³³²(grifou-se)

Inegável que o largo período de tempo traduz uma ideia de decisão (precedente) arraigada e aceita pelo costume, mas esse fato não afasta a possibilidade de geração de confiança, mesmo quando haja uma única decisão prolatada há poucos dias, notadamente nos casos atuais com a ocorrência de julgados “representativos de controvérsia”, ou mesmo da publicação de súmula vinculante. Vale dizer, a partir do momento em que publicado o julgamento em sede de recurso representativo de controvérsia este é capaz de gerar a confiança do jurisdicionado.

É questão delicada, pois se tem a concepção de que quanto mais tempo decorrido, mais a decisão se consolida. Mas a necessidade, invariável, de vários julgados cria problemas insuperáveis, como, por exemplo, o de saber efetivamente a partir de qual julgado, ou a partir de qual período de tempo é concebível o início da confiança por parte do jurisdicionado. A única solução possível é atribuir-se ao primeiro julgado, desde que realizado por órgão representativo, ou seja, pelo pleno do tribunal, pela corte especial, ou pela seção, mas nunca de uma turma singular. Ou seja, a decisão deve representar a posição final do tribunal em questão.

³³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e Jurisprudência Judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 3-4, e p. 31.

³³² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2009. p. 616.

Por outro lado, o *tempo*, puro e isolado, pode demonstrar a caducidade de um posicionamento e não a sua consolidação. Ou seja, pode demonstrar que a decisão esteja obsoleta e que seja necessária e bem vinda a mudança. Essa questão é de difícil verificação prática e envolveria reiterada a profunda análise de como a jurisprudência e a doutrina periodicamente posicionam-se sobre determinado assunto.

Um precedente com uma *ratio decidendi* confusa, ou mesmo um julgado que embora tenha um mesmo dispositivo tenha diversas *ratio decidendi*, não é passível de ser considerado como precedente, e, portanto, não gera confiança. Neste caso, o mero decurso do tempo não terá o condão de transformar o que não era precedente em precedente e muito menos de atribuir confiança naquilo que desde o início não tinha aptidão para gerá-la.

O tempo, considerado no corte metodológico de nossa abordagem, sem a análise e o cotejo com outras características de nada serve para a configuração da existência ou não da confiança.

2.2.1.3.5 Grau de indução do comportamento

O grau de indução de uma norma age como critério subjetivo da base da confiança. Quanto maior indutiva de comportamento for a norma, maior será a confiança gerada por tal norma. Nesse momento, a norma não está apenas balizando o comportamento dos destinatários, mas, pelo contrário, a norma está incentivando esse comportamento.

Assim é que a Corte da Comunidade Europeia tem aplicado o princípio da confiança quando uma nova decisão, mesmo com caráter interpretativo, modificaria o entendimento anterior em relação a uma norma que induzia os comportamentos dos cidadãos³³³. Segundo Ávila, “Quanto maior a indução decorrente da base, maior deve ser a proteção merecida pela confiança com base nela exercida”³³⁴. E completa: “O importante é que as normas indutoras, quer pela finalidade, quer pelos efeitos, por produzirem resultados comportamentais, criam uma expectativa maior de manutenção da sua eficácia” (...) ³³⁵.

Schoueri, por sua vez, parte de uma lição retirada do Direito alemão, pela qual a análise da irretroatividade passa pela segurança jurídica, no sentido de que se busca proteger a confiança do contribuinte na situação jurídica existente, para verificar os efeitos da

³³³ ANTONIAZZI, Sandra. **La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione**. Torino: Giappichelli, 2005. p. 265.

³³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 387.

³³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 388.

irretroatividade sobre as normas indutoras. Assim, a par da segurança jurídica, deve ser analisada a existência da eficácia indutora da norma. É que, “Tendo elas a função de modificar comportamentos do contribuinte, não podem elas atingir situações sobre as quais o contribuinte já não tem mais qualquer controle ou influência”³³⁶. É, inclusive, uma questão de coerência. Se a norma indutora é a norma que pretende induzir um comportamento, ela jamais poderá ser aplicada para o passado, pois não se consegue modificar ações para o passado.

Assim, a confiança do cidadão sofre a influência direta do grau de indução do comportamento da norma, na medida em que haverá tanto maior confiança em uma norma quanto maior for sua eficácia indutiva.

Nesse sentido, quando a primeira decisão judicial tenha como objeto normas indutoras, e tal decisão ateste a sua eficácia, implicando efetiva indução de comportamento dos particulares, haverá maior grau de proteção da confiança do particular. Destaque-se que o precedente judicial base da confiança não é, em si, norma indutora. A norma com tal eficácia é a norma objeto de análise do precedente. Portanto a afirmação de uma norma indutora por meio de um precedente judicial afirmará a sua própria eficácia, exigindo, portanto, maior grau de preservação dos atos do particular realizados com base em tal precedente.

Verificados os critérios componentes da base da confiança, passa-se, ato contínuo, para o seguinte elemento estruturante do princípio: a realização de atos do particular capazes de demonstrar a confiança.

2.2.2 Atos do particular que demonstram a confiança

De vital importância para a estrutura do princípio da confiança são os atos do particular que demonstram a confiança. Conforme já se adiantou, são esses atos que presumem a própria existência da confiança subjetiva, a qual não pode ser aferida senão a partir da verificação de sua exteriorização. Todavia, é claro que essa presunção de existência da confiança subjetiva será afastada quando comprovada a má-fé, dolo e fraude.

Mas não é só. Os atos de demonstração da confiança são necessários para a própria configuração da necessidade de proteção do exercício do direito de propriedade e de liberdade. É necessária a demonstração do seu exercício para que posteriormente haja fundamento para a solicitação de sua inviolabilidade. Vale dizer, só cabe a proteção de uma liberdade caso essa liberdade tenha sido exercida, comissivamente ou tacitamente.

³³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 272.

Foi destacado no julgado relativo ao COFINS para as sociedades de profissionais, acima referido, pela parte do tribunal que entendia pela manutenção do respeito às posições passadas, a necessidade de ações dos particulares em acordo com o entendimento jurídico exarado pela alegada base da confiança. Atitudes de “ajustamento” dos particulares a sua boa-fé subjetiva. Veja-se:

A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na Súmula 276 do STJ -, não pode, nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso da isenção da COFINS.³³⁷

Sobre a questão de mérito desse precedente é imperioso referir ainda, que, durante o julgamento do STF, a matéria foi afetada à primeira seção do STJ com proposta para revisar a Súmula 276 no EREsp 382.736³³⁸, o STJ manteve a súmula por razões de mérito. Mas um voto, do Ministro Humberto Gomes de Barros, foi bastante incisivo em criticar³³⁹ a postura do tribunal de modificação constante de jurisprudência, o que foi, inclusive, notado pela doutrina

³³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 19 dez. 2008. p. 1907.

³³⁸ AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. ISENÇÃO. LC 70/91. 1. A isenção tributária concedida por Lei Complementar só pode ser revogada por lei de igual natureza e não por lei ordinária. 2. Agravo regimental improvido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. AgRg no REsp 382736/SC. Relator: Min. Castro Meira. Relator p/ Acórdão: Min. Francisco Peçanha Martins. Julgado em: 8 out. 2003. **DJ** 25 fev. 2004, p. 91).

³³⁹ “Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás. Nós somos os condutores, **e eu – Ministro de um Tribunal, cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste.** Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. **Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.**” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. AgRg no REsp 382736/SC. Relator: Min. Castro Meira. Relator p/ Acórdão: Min. Francisco Peçanha Martins. Julgado em: 08 out. 2003. **DJ** 25 fev. 2004. p. 91. (grifou-se)

abalizada³⁴⁰. Todavia, ainda que incisiva a crítica, e que a mesma referiu-se aos cidadãos que planejaram sua vida com base na súmula e assim “Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão”, o Ministro não optou por modular os efeitos, mas em manter a súmula, intacta, sem qualquer análise da eventual modificação dos efeitos.

O que se destaca de tal manifestação é a referência expressa às ações realizadas pelos contribuintes com base na confiança. Não só os efetivos gastos pelo não recolhimento do tributo ou o planejamento financeiro em face desse não desembolso, mas, inclusive, o destaque dado aos particulares que “fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão”. Importante tal referência, pois demonstra que nem sempre os atos de disponibilidade dos particulares dizem respeito a atos que envolvem disponibilidade financeira, mas, antes disso, são atos que balizam planos futuros considerando uma realidade financeira existente. Vale dizer, os atos do particular que devem ser protegidos não dizem respeito somente ao montante financeiro despendido, mas aos planos futuros realizados com base em determinado quadro financeiro. O plano de viabilidade financeira de um negócio em si não representa dispêndio de dinheiro, mas representa o exercício do direito de liberdade do particular balizado pelas condições jurídicas vislumbradas para o futuro.

No outro julgado tratado acima, relativamente ao crédito prêmio do IPI, o Ministro Humberto Martins³⁴¹, entendeu que há uma “sombra de juridicidade” a amparar o contribuinte que seguiu a orientação anterior e firme do STJ, assim não se trata de aplicar em analogia as leis 9.868/99 e 9.882/99, mas trata-se de “adotar como válidas e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. STF quanto pelo STJ”. Assim entende ser possível a modulação dos efeitos quando necessário para “segurança jurídica e o excepcional interesse social”. Esse foi o primeiro voto em que efetivamente se analisou, no âmbito de ambas as cortes, os atos exercidos pelos contribuintes passíveis de gerar a confiança. Conforme o Ministro a proteção dos contribuintes somente haveria de aproveitar: (i) a quem ajuizou ação judicial, (ii) a quem efetivamente apropriou e aproveitou o crédito prêmio do IPI, e (iii) a quem não cedeu o direito a terceiros, pois o conjunto de tais

³⁴⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi. O princípio da proteção à confiança legítima no direito tributário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 849-868, p. 865; RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lumen Júrís, 2008. p. 259.

³⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. EREsp 738689/PR. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 27 jun. 2007. **DJ** 22 out. 2007. p. 187.

atos representaria a violação à segurança jurídica. Diferentemente, não incidiria, segundo ele, a proteção à confiança para os contribuintes que

não tiveram reduzidos seus custos, nem deixaram, por conseqüência, de repassar o ônus tributário integral (sem a dedução do crédito-prêmio) aos seus clientes. (pois) Com relação a esses contribuintes, não há ofensa relevante à segurança jurídica que justifique a modulação temporal dos efeitos da decisão.

Assim, fixou-se a data da publicação do julgamento do REsp 591.708³⁴² (09/08/04) como marco para a proteção dos efeitos, por ter sido essa a data, segundo o seu entendimento, a partir da qual o STJ modificou a pacífica jurisprudência anterior³⁴³.

Repita-se o quanto já exaustivamente demonstrado. É justamente para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade que o princípio da confiança é aplicado como expressão da segurança jurídica (de sua eficácia reflexiva).

³⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. REsp 591708/RS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em: 08 jun. 2004. DJ 9 ago. 2004. p. 184.

³⁴³ Conforme o Voto do Ministro Delgado no julgado, a jurisprudência do STJ tem definido: a) "[...] Assim sendo, por disposição expressa do DL n° 1.894/81, impõe-se a aplicação do DL n° 491/69, que restaurou o benefício do crédito-prêmio do IPI, sem qualquer definição acerca do prazo" (1ª Turma, REsp 440.306/RS, Min. Luiz Fux, DJ de 24.02.2003, p. 196). b) "Consoante entendimento iterativo desta Corte, com o qual o acórdão recorrido se harmoniza, declarada a inconstitucionalidade do DL 1.724/79, ficaram sem efeito os DLs 1.722/79 e 1.658/79, tornando-se aplicável o DL n° 491, expressamente referido no DL 1.894/81, que restaurou o benefício do crédito-prêmio do IPI, sem definição de prazo" (Min. Peçanha Martins, REsp 239.716, 2ª T., DJ de 25.09.2000, p. 95). c) "Esta Corte já pacificou o entendimento de que, com a declaração de inconstitucionalidade do DL n° 1.724/79, restaram inaplicáveis os Decretos-Leis n.º 1.722 e 1.658/79, pois a eles se reportava. Os julgados citados pela recorrente fazem menção ao Decreto-Lei n° 461/69, pois justamente é ele que deve ser aplicado em lugar do DL n° 1.658/79, que não mais vigora" (Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, AGA 292.642/DF, DJ de 02.10.2000, p. 160). d) "... É aplicável o DL n° 491/69, expressamente mencionado no DL n° 1.894/81, que restaurou o benefício do crédito-prêmio do IPI, sem definição de prazo" (Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, AGA 472.816/DF, DJ de 16.12.2002, p. 282). e) "O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que, declarada a inconstitucionalidade do DL n° 1.724/79, perderam a eficácia os Decretos-Leis n.º 1.722/79 e 1.658/79" (Min. João Otávio Noronha, 2ª T., AGA 471.467/DF, DJU de 6.10.2003, p. 256). f) "sem reparo a decisão impugnada, que se encontra em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, declarada a inconstitucionalidade do DL 1.724/79 ficaram sem efeitos os Decretos-Leis 1.722/79 e 1.658/79, tornando-se aplicável o Decreto-Lei 491, expressamente referido no Decreto-Lei 1.894/81, que restaurou o benefício do crédito-prêmio do IPI, sem definição de prazo" (Min. Eliana Calmon, 2ª T., AgREsp 400.432/DF, DJU de 18.11.2002, p. 189). g) No mesmo sentido: g.1 - AGA 398.267/DF, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ de 21.10.2002, p. 283. g.2 - EDAGA 250.914/DF, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 15.05.2000, p. 145. g.3 - Ag EDcl/REsp 380.575/RS, Minª Eliana Camon, 2ª T., julg. 4.12.2003. g.4 - REsp 576.873/AL, Min. José Delgado, 1ª T., julg. em 18.12.2003. g.5 - AgA 422.627/DF, Min. Franciulli Netto, 2ª T., DJ de 23.09.2002, p. 342. g.6 - AgREsp 329.254/RS, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 18.02.2002, p. 264. g.7 - REsp 329.271/RS, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 08.10.2001, p. 182. g.8 - AgRg REsp 295.054/SC, Min. Franciulli Netto, 2ª T., DJ 29.03.2004. g.9 - REsp 380.575/RS, Minª Eliana Calmon, 2ª T., DJ de 21.05.2002. g.10 - REsp 416.954/RS, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ de 08.05.2002. g.11 - REsp. 331.141/SC, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ de 06.03.2002. g.12 - EDclAgRgREsp 433.661/CE, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ de 02.12.2002. g.13 - REsp 449.471/RS, Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., DJ 16.02.2004. g.14. AgRgREsp 529.323/RS, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 17.11.2003. g.15 - AgRgResp 329.127, Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T., DJ de 16.12.2002. g.16 - REsp 315.813/RS, Minª Eliana Calmon, 2ª T., DJ 09.09.2002.

Esses atos não necessariamente devem ser explicitados na forma de gastos financeiros, mas devem, isto sim, explicitar de alguma forma a influência da confiança na vida concreta no mundo concreto. O fato, entretanto, é que esses atos são essenciais para a própria aplicação do princípio da confiança. É que “tudo se resume a verificar se, de veras, veio ou não a se propor *in concreto* hipótese na qual seja reconhecível a irrupção de um abalo sério [...]”³⁴⁴.

É de se atentar para o critério da igualdade dos contribuintes afetados em relação aos atos que demonstram o exercício da confiança. Nesse sentido, não cabe só à eleição de uma espécie de ato (ajuizamento de medida judicial), mas a efetiva violação dos direitos fundamentais subjacentes. Baseando-se nesse critério de igualdade é que na eventualidade de promoção do princípio da confiança podem ser considerados não só as pessoas que efetivamente ajuizaram ações e obtiveram liminares para não recolhimento de tributo, mas aquelas que realizaram depósitos, bem como aquelas pessoas que foram beneficiadas com a impetração de ações coletivas³⁴⁵. Martins Costa, ainda que seguindo uma linha de fundamentação diversa para o princípio da confiança (aquela linha de derivação Estado de Direito, segurança jurídica e princípio da confiança), refere ser necessária a manifestação concreta de atos do particular para a configuração do princípio³⁴⁶.

A exigência de demonstração de atos dos particulares está diretamente conectada com a fundamentação do princípio da confiança que se adota. Caso o princípio da confiança seja baseado nos direitos fundamentais, será, portanto, necessária a demonstração dos atos do particular que expressam tal confiança. Nesse sentido, estará sendo demonstrada a estabilidade das situações do particular que confiou na atuação estatal.

Por outro lado, a demonstração dos atos do particular de disponibilidade de liberdade não é necessária, caso se pretende verificar e comprovar a estabilidade do ordenamento jurídico objetivamente considerado, com base na face objetiva do princípio da segurança, a qual exige durabilidade normativa (confiabilidade por meio da permanência) e desenvolvimento normativo estável, moderado e consistente (calculabilidade por meio da continuidade)³⁴⁷.

³⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun. 2007. p. 335.

³⁴⁵ CUNHA, Sérgio Pimentel Borges da; FARO, Maurício Pereira. Princípio da Confiança legítima e a modulação da COFINS. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, Porto Alegre, n. 10, p. 62-73, set.-out./2008. p. 67-68.

³⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. p. 115.

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 400.

Nos julgados paradigmáticos analisados acima, porém não foi analisada substancialmente pelas cortes a exigência de demonstração de atos particulares. No entanto, pode-se dizer que a jurisprudência entende como requisito que demonstra a confiança do jurisdicionado o ajuizamento de ação judicial, ou a discussão administrativa da matéria, visando à discussão daquela matéria. No julgado que originou a Súmula Vinculante n.º 8, o STF determinou a prospectividade dos efeitos aproveitando, somente, àqueles que haviam ajuizado ação judicial, ou estavam discutindo administrativamente o objeto do julgado. Não foi utilizada a denominação “requisito da confiança” pelos Ministros, todavia, o que se depreende do julgado é que a posição jurídica do jurisdicionado somente foi protegida e mantida, para aqueles que estivessem discutindo a questão nos âmbitos judicial ou administrativos. Sendo assim, resta claro que, para a manutenção da posição jurídica, que também é o fim último da aplicação do princípio da confiança, necessitou-se daquele procedimento.

Em resumo, os atos do contribuinte que demonstram a confiança não necessariamente envolvem o dispêndio de recursos financeiros como no caso da aplicação do princípio da confiança no âmbito administrativo, estudada no item 1.3.2.2.1 *supra*. O que é necessário é que a confiança esteja de alguma forma exteriorizada.

2.2.3 Ato estatal que frustra a confiança – virada jurisprudencial retroativa

A frustração da confiança é o fechamento da estrutura de aplicação do princípio da confiança. O presente subitem objetiva explicitar quais tipos de atos que evidenciam a frustração, mas também atentar para o fato de que uma confiança somente é frustrada caso ela tenha sido gerada por uma base de confiança, bem como que tenha havido a demonstração do exercício da confiança.

2.2.3.1 No mesmo tribunal

A confiança será frustrada quando ocorrer a virada na jurisprudência consolidada em um determinado tribunal superior, em decorrência da impossibilidade de retroatividade da nova concepção da legislação, tendo em vista que essa nova concepção equivale à Direito novo, conforme já enfrentado acima.

O requisito essencial para a frustração da confiança, além da existência da base da confiança, é que a nova decisão seja diametralmente oposta à anterior e também tenha a

propensão de generalidade e universalidade de precedente. Isso quer dizer que uma decisão nova prolatada apenas por uma determinada turma, ou por um julgamento singular, não tem a prerrogativa de por si só afastar a confiança no posicionamento firmado anterior.

Há que se ter ocorrido uma mudança de paradigma normativo no sistema.

2.2.3.2 Referente a tribunais diferentes

A necessidade de análise da confiança decorrente de decisões de tribunais diferentes surgiu em face do ocorrido com a Súmula 276 do STJ, relativamente à COFINS de profissionais autônomos, caso analisado acima. Mas verifica-se que esse mesmo fato pode ocorrer em outras matérias nas quais é firmado um posicionamento em um dos tribunais e depois outro tribunal manifesta-se sobre a questão, mas sob outro ponto de vista³⁴⁸.

Importa pontuar que a confiança decorre da unicidade do Poder Judiciário na perspectiva do destinatário da norma (regra do precedente), mas somente ocorrerá em casos de exceção, em que estiverem presentes ao menos duas características. *Primeiro*, é necessário que haja a formação da regra do precedente, clara, pública e *pacífica*³⁴⁹, no âmbito de um determinado tribunal. *Segundo*, que o outro tribunal conheça a resposta deste primeiro tribunal à questão jurídica e tenha se manifestado sobre ela, afastando sua eventual prerrogativa de julgamento.

Conforme a análise do julgado da COFINS os votos que afastaram a modulação basearam-se em fundamentos diversos, mas muitos deles não chegaram a atacar a impossibilidade da aplicação da confiança em face da virada de jurisprudência de outro tribunal, mas, efetivamente em tal caso concreto, o que foi objeto de discórdia foi exatamente o fato de o STF entender que já teria julgado a matéria anteriormente da mesma forma que estava julgando naquele momento. Ou seja, não restou claro que o segundo tribunal (no caso o STF) conhecesse a resposta do primeiro tribunal (STJ) à questão jurídica e tenha se manifestado sobre ela, afastando sua eventual prerrogativa de julgamento.

³⁴⁸ Caso, por exemplo, se revertam os entendimentos exarados nas seguintes súmulas do STJ: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. Súmula 391. Julgado em: 23 set. 2009. **DJe** 07 out. 2009); As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. Súmula 432. Julgado em: 24 mar. 2010. **DJe** 13 maio 2010).

³⁴⁹ *Pacífica* no sentido de que todos concordem que a solução dada pelo Tribunal a uma determinada decisão. E não que todos tenham o mesmo posicionamento (ou posicionamento pacífico) quando da formação do precedente. É no sentido de que todos os magistrados *aceitem e apliquem* o entendimento com o resguardo de eventuais posições particulares.

Esse caso evidencia a falha na própria criação dos precedentes, que não são claros quanto à formação da regra subjacente a eles.

2.2.3.3 Tribunais de segunda instância

Interessante questão existe na possibilidade de ocorrer a virada de jurisprudência em tribunais de segunda instância, todavia não nos aprofundaremos neste item, porquanto foge da análise do presente trabalho. Ocorre que com o mecanismo da repercussão geral diversas matérias ficarão sob a análise exclusiva dos tribunais de segunda instância.

Com efeito, a técnica da repercussão geral possibilita que quando uma questão jurídica é reconhecida como sem repercussão geral tal questão é afastada da análise do STF. O caso mais eloquente, neste sentido, é a decisão relativa ao não reconhecimento da repercussão geral da exigibilidade da contribuição ao INCRA em face das empresas urbanas, verificada no RE 578.635³⁵⁰. Posteriormente tal decisão foi revista pelo próprio STF que acabou por reconhecer a repercussão geral sobre o tema no bojo dos autos do RE 630.898³⁵¹.

Se o STF tivesse mantido o primeiro julgamento, os casos que tratam desta matéria não mais seriam julgados pelo STF por conta da eficácia vinculante da negativa de existência da repercussão geral da matéria, então, efetivamente, ter-se-ia a possibilidade de haver cinco interpretações totalmente distintas (nos cinco Tribunais Regionais Federais) sobre a mesma questão constitucional. Sem adentrar ao grave problema de ter-se a função do STF de guarda da Constituição estremecida, visto que haverá norma constitucional sendo aplicada de uma maneira em uma região do país, e norma constitucional sendo aplicada de outra maneira em outra região do país, a questão factual é que um tribunal de segunda instância poderá criar *precedente jurisprudencial* e ser fática e efetivamente última instância sobre a interpretação de determinada matéria constitucional.

³⁵⁰ EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO INCRA. EXIGIBILIDADE DAS EMPRESAS URBANAS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário Virtual. RE 578635/RS. Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 25 set. 2008. **DJe** 197, 17 out. 2008).

³⁵¹ Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 149, § 2º, III, “a” e 195, I, da Constituição Federal, se a contribuição de 0,2%, calculada sobre o total do salário dos empregados de determinadas indústrias rurais e agroindústrias — inclusive cooperativas —, destinada ao INCRA, fora, ou não, recebida pela Carta Magna, e qual a sua natureza jurídica, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Min. Gilmar Mendes, Min. Ricardo Lewandowski e Min. Cármen Lúcia. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário Virtual. RE 630.898/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 04 nov. 2011. Somente disponibilizado no *site*.)

Nesse caso, é que poderá ocorrer a base da confiança, caso um tribunal decida a matéria conforme determinado entendimento e venha a modificar o seu posicionamento no futuro. Como todo e qualquer tribunal, os tribunais de segunda instância têm a prerrogativa de modificar a sua jurisprudência, e, portanto, acabam podendo frustrar a confiança eventualmente depositada em um julgado anterior. Obviamente que a decisão posterior deste tribunal deverá representar a vontade da corte, e isso implica dizer que não valem para esta finalidade apenas decisões de turmas ou, muito menos, decisões singulares. Cabem decisões do pleno ou do órgão especial para a fixação da orientação.

Por fim, vale pontuar que alguns tribunais de segunda instância têm normas que determinam a obrigação de seus membros a seguirem suas súmulas³⁵², o que traz um componente de maior força na criação da base da confiança pelos jurisdicionados. De qualquer forma, tendo em vista os limites deste estudo não será aprofundada a análise da confiança em relação aos tribunais de segunda instância, pois além de rica e extensa a matéria, envolveria a análise da legislação específica de cada um dos tribunais.

2.3 OPERACIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Neste último item com base nas premissas adotadas, analisar-se-á em que situações pode se considerar existente a regra do precedente na experiência brasileira, bem como se estas situações são passíveis de gerar confiança. Será feita uma análise detalhada de cada base da confiança.

2.3.1 Das formas de manifestações da base da confiança

2.3.1.1 Bases geradoras da confiança no âmbito do STF

2.3.1.1.1 Controle concentrado

No âmbito do STF têm-se dois controles de constitucionalidade, abstrato e difuso. No *controle abstrato* de constitucionalidade, é limitada a problemática para verificação do

³⁵² Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Art. 247. Enquanto não modificadas, as Súmulas *deverão* ser observadas pelos órgãos julgadores. (grifou-se)

momento em que há confiança gerada, tendo em vista que por determinação constitucional a decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

2.3.1.1.1.1 Decisão em ADIN e ADC

Nas decisões transitadas em julgado, tanto em ADIN, quanto em ADC, atribuídos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado é evidente que há confiança gerada, em face da expressa atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* prevista na Constituição. Vale dizer, a confiança aqui é até mesmo pressuposta tendo em vista que o particular deve agir conforme a eficácia vinculante.

2.3.1.1.1.2 Decisão em medida cautelar

A efetiva dúvida quanto à existência da base da confiança se dá diante de medida cautelar que suspende a eficácia *ex nunc* de uma lei, com a aplicação do art. 11 da Lei 9.868/99³⁵³, em face do julgamento final pela improcedência da ADIN, e, portanto, julgamento pela constitucionalidade da norma.

Ainda que haja posicionamento da doutrina³⁵⁴ pela incidência do princípio da confiança nesse caso, pois se entende que há aqui a incidência do art. 146³⁵⁵ do CTN, entendemos que não há confiança a ser protegida ao contribuinte no sentido de não recolhimento do tributo, tendo em vista a característica precária do pronunciamento, em sede de medida cautelar do STF. O que pode ocorrer é a manifestação do princípio da confiança de outra forma, que não significa manter a posição jurídica perpetuamente.

No caso do julgamento pela constitucionalidade da norma ao final do processo (ADIN), o contribuinte terá que recolher o tributo devido (no caso de lei impositiva, por exemplo), afastadas eventuais multas ou juros de mora, somente com o pagamento do tributo

³⁵³ Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

³⁵⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O princípio da segurança jurídica em face da mudança da jurisprudência tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10, p. 359-372, p. 369.

³⁵⁵ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

corrigido. Não está caracterizada a mora do contribuinte, a qual não pode ser conferida retroativamente. Estando sob o pálio de uma decisão favorável em sede de medida cautelar, somente caberá ao Fisco, ao final do processo, receber o valor do tributo, sem multa ou juros moratórios. O princípio da confiança se manifestará nessa situação em duas hipóteses.

Primeira, no caso de ser de grande volume o montante de tributo a ser recolhido pelo contribuinte, no final do processo, ao mesmo não se pode exigir a quitação de uma só vez do tributo decorrente dos fatos geradores existentes sob a vigência da medida cautelar. É que, não há de se supor que a medida cautelar é dada simplesmente para o contribuinte *recolher* o tributo de forma diversa, i.e., em vez de recolher diretamente para o Estado, recolher mensalmente o montante, guardando devidamente em numerário próprio, ou, mesmo depositando nos autos da ação abstrata. Se a medida cautelar é deferida para o não recolhimento do tributo, o tributo simplesmente não necessita ser recolhido naquele momento. Raciocínio inverso implica dizer que a medida cautelar é medida sem finalidade prática alguma. Nesse caso, o princípio da confiança exige que o Supremo Tribunal Federal conceda prazo dilatado e com condicionais de pagamento (parcelamento, por exemplo) para que o contribuinte não sofra consequências piores após a discussão judicial da matéria com provimento favorável do tribunal, do que as consequências que ele viria a sofrer se tivesse pagado o tributo periodicamente.

Segunda, caso transcorra período temporal dilatado entre a concessão da cautelar e o julgamento final da norma, que em face do prolongado tempo combinado com a demonstração de que a decisão de liminar tinha firme possibilidade de perpetuar-se que acabou tendo seus efeitos incorporados no patrimônio jurídico do contribuinte. Por exemplo, no caso de a medida liminar ter sido emitida em unanimidade, após extenso juízo aprofundado de mérito pela maioria absoluta dos membros, ela, sem dúvida, gera presunção de permanência no patrimônio jurídico do contribuinte. Note-se que há medidas liminares que demoram até 10 anos para serem julgadas³⁵⁶, apenas para citar um exemplo. Não é objetivo do presente estudo aprofundar a análise das questões pragmáticas entre julgamento de liminares versus julgamentos finais, ou as motivações desta demora. O que se pontua aqui é a incidência da formação da confiança do contribuinte, em face do longo tempo em que uma decisão liminar esteja em vigor no ordenamento, com eficácia imediata decorrente de lei.

³⁵⁶ ADI 2356 a qual teve iniciado o julgamento da liminar em 18/02/2002 e o julgamento somente foi concluído em 25/11/2010. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 2356 MC. Relator: Min. Néri da Silveira. Relator p/Acórdão: Min. Ayres Britto. Julgado em: 25 nov. 2010. **DJe** 19 mai. 2011.

Mesmo que o “longo tempo” seja uma medida inexata, é possível atribuímos algum parâmetro para objetivação desse parâmetro. Assim, um período razoável em que a medida esteja em vigor, sem ao menos iniciado o julgamento do mérito, é o prazo de 5 (cinco) anos. Esse prazo decorre de analogias na legislação e servem apenas para formar um possível parâmetro. Cinco anos é o prazo da decadência e da prescrição do crédito tributário. Cinco anos é o prazo para a guarda de documentos fiscais, notadamente quando se tem decisão favorável que nega vigência à legislação. Ou seja, há fortes indícios de que cinco anos é o prazo que o ordenamento entende como razoável para a estabilização das relações jurídicas. Considerações maiores nesse sentido teriam apenas caráter especulativo³⁵⁷, não sendo o objeto do presente estudo.

2.3.1.1.2 Controle difuso

2.3.1.1.2.1 Súmula vinculante

A súmula vinculante, em princípio, não gera problemática quanto ao fato de ser ou não base da confiança, visto que seu efeito vinculante e sua eficácia *erga omnes* decorrem de regra da própria Constituição. Todavia, quanto às súmulas, sejam elas ordinárias ou vinculantes é imperioso fazer as considerações abaixo.

Uma das diferenças fundamentais entre nosso sistema e o sistema do *Common Law* é o fato de que aqui a atividade de “descoberta” da *ratio decidendi* do precedente, em princípio, não caberia ao julgador do caso futuro, tendo em vista que a súmula vinculante é um enunciado pronto e acabado. O próprio STF se encarrega de externá-la na forma de regra para que a mesma possa ser aplicada como se fosse um preceito legal, ou seja, pelo método interpretativo de subsunção. Ocorre que, nem sempre a *ratio decidendi* pode ser externada em uma ou duas linhas, tendo em vista a amplitude da matéria decidida, ou, por outro lado, o enunciado da súmula pode acabar extrapolando os limites dos julgados que a deram origem,

³⁵⁷ Note-se que nossa legislação processual prevê prazos, de poucos dias para a tomada de decisões, sendo o prazo maior é para o julgamento de recursos no procedimento sumário é de 40 dias. 50 vezes esse prazo equivale a quase 5 anos. Art. 189. O juiz proferirá: I – os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias; II – as decisões, no prazo de 10 (dez) dias. Art. 281 – Findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez dias. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995) Art. 528. Em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995) Art. 537. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos Tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) Art. 550. Os recursos interpostos nas causas de procedimento sumário deverão ser julgados no Tribunal, dentro de 40 (quarenta) dias.

se configurando em um legítimo meio criador de normas, o que em nosso ordenamento é defeso ao Poder Judiciário. Obviamente que uma margem de criação de normas pelo Poder Judiciário sempre existirá, o problema é quando esta margem extrapola o campo em que não há normas prévias (vácuo legislativo) e passa a ser exercido no campo em que já existam normas existentes e vigentes. O perigo reside na utilização da técnica da súmula vinculante para acabar criando preceitos que violam os direitos fundamentais.

Resta latente, portanto, a necessidade de haver uma sistematização mais precisa do que sejam os requisitos que tornam idênticas as questões de direito. Neste sentido questiona-se o que torna uma causa idêntica à outra? Tomemos como hipotética a situação que poderia ocorrer antes do julgamento final que deu origem à súmula vinculante n.º 8, caso houvesse sido aplicado a sistemática dos recursos repetitivos. O enunciado da súmula está assim definido: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”³⁵⁸ Por meio dessa súmula foi declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que determinavam a prescrição e a decadência de débitos previdenciários em 10 (dez) anos. Pergunta-se: no caso de o primeiro recurso extraordinário que houvesse chegado ao STF ter tratado somente da inconstitucionalidade relativa ao dispositivo legal da decadência, como deveria ser fixada a “*idêntica questão jurídica*” para o sobrestamento dos demais recursos?

A resposta que optamos vem na forma de outras perguntas: Recursos tratando sobre a mesma lei e a mesmíssima tese, mas cujo objeto fosse o dispositivo legal relativo à prescrição, poderiam ser classificados como portadores de questões jurídicas idênticas? Por outro lado, recursos tratando sobre a decadência e a prescrição (porque relativas a mais de um débito)

³⁵⁸ Segue excerto da ementa do RE 560626, um dos julgados que deu origem à Súmula citada: EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E as normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69 [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 560626. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral-Mérito DJe 05 dez. 2008. p. 35-47).

deveriam ser sobrestados? Ou ainda, recursos versando sobre a mesma “*questão jurídica*”, porém relativamente à outra lei (instrumento introdutor de normas diverso), deveriam ser sobrestados? Por fim, recursos versando sobre a natureza de normas gerais de Direito Tributário das normas relativas à prescrição ou à decadência, e sua eventual reserva ou não à lei complementar, seriam sobrestados?

Quanto mais aberto a juízos diferenciados para realizar a análise da determinação dos recursos a serem sobrestados, há mais risco à segurança jurídica em face do potencial de existirem decisões conflitantes. Sendo assim, entendemos que o tribunal ao eleger um recurso como representativo da controvérsia deveria publicar nesse despacho quais são os fatos determinantes da identidade das causas a serem sobrestadas. No caso de dúvida se um fato é ou não é determinante para a decisão a ser tomada, tendo em vista que o juízo de sobrestamento, por lógica, se faz *a priori* ao julgamento definitivo, ele deve ser afastado e o recurso deve prosseguir. Ademais, “a idêntica questão de direito” ou “idêntica controvérsia”, necessárias para o sobrestamento de outros recursos, deve ser determinada como sendo uma controvérsia exatamente igual aquela objeto do recurso eleito como representativo da controvérsia. Caso haja outra questão no julgamento este deve prosseguir sendo levado o seu julgamento até o final, a menos que esta questão seja prejudicial.

Outra questão relativa às sumulas vinculantes é a análise da amplitude que seu enunciado deve atingir. As primeiras súmulas vinculantes (hoje se tem 32) mostram que realmente não há consenso em relação à formatação de seus enunciados.

A súmula vinculante, espécie fundamental de precedente que é, deve reproduzir a *ratio decidendi* da decisão judicial. O fato de a súmula ser dissociada dos casos que deram origem a ela faz com que se perca, no meio do caminho, a fundamentação das demandas e a própria relação de fatos determinantes que embasaram o entendimento do STF.

Se por um lado as súmulas não devem ser lacônicas a ponto de resumirem-se a declarar o dispositivo, por outro entendemos que as súmulas não podem ser extremamente abrangentes, sob pena de abrir espaço para aplicações a casos para os quais elas em tese não deveriam ser aplicadas, ou mesmo, para não possibilitarem uma criação desmedida de preceitos jurídicos, sobre matérias que não foram objeto dos casos levados a julgamento. Em estudo sobre o tema, Timm³⁵⁹, analisando a problemática da redação das súmulas, propõe que

³⁵⁹ TIMM, Luciano Benetti. **A súmula vinculante à luz do direito inglês: quebrando mitos e lançando luzes sobre um novo paradigma na redação e na estruturação das súmulas do STF.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/207-artigos-abr-2007/5412-a-sumula-vinculante-a-luz-do-direito-ingles-quebrando-mitos-e-lancando-luzes-sobre-um-novo-paradigma-na-redacao-e-na-estruturacao-das-sumulas-do-stf>>. Acesso em: 3 fev. 2012.

elas “sejam mais descritivas, mais detalhadas, mais analíticas”, permitindo assim que os advogados e juízes possam argumentar “seus casos em cima destes precedentes para casos realmente semelhantes, mas tratando diferentemente situações diversas, evitando que se caia numa absoluta padronização de decisões por computador em julgamentos em série”.

Entende-se, entretanto, que as súmulas devem ser, sim, mais *detalhadas* e *descritivas*, porém se restringindo somente ao que realmente foi julgado, bem como se utilizando linguagem o mais objetiva possível. Pela análise de algumas súmulas, vê-se que a excessiva prolixidade acaba por prejudicar a sua própria aplicação. Sem realizar um juízo quanto ao acerto ou não do entendimento externado na súmula abaixo, analise-se, brevemente a redação do enunciado número 11³⁶⁰:

Súmula Vinculante n.º 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Na mesma súmula foi definida a (i) ilicitude do uso de algemas, (ii) a excepcionalidade de sua licitude, (iii) o procedimento administrativo que deve ocorrer para a consideração de sua licitude, (iv) a pena do infrator, (v) a definição do infrator – agente ou autoridade, (vi) a consequência processual e (vii) a responsabilização do Estado. Ocorre que nem todas essas questões constitucionais constaram do julgamento dos únicos quatro julgados que deram origem à súmula. E nem poderia, até porque se tratou de *habeas corpus*, os quais são concedidos sempre que alguém “sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Não são, portanto, a sede própria para definir as penas e a amplitude da responsabilidade pela realização do suposta ato de abuso de poder. Ainda, a utilização de conceitos indeterminados é própria da linguagem do Direito, porém, quando utilizados em demasia determinam a própria inaplicabilidade do preceito. Ao definir os fatos subjacentes ao precedente como “casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”, o tribunal acabou por amplificar de tal maneira o enunciado que permite, com alguma mínima argumentação, fugir a sua aplicação. Por fim, a súmula acabou criando regra jurídica sem previsão legal ao determinar que a justificativa de excepcionalidade para o uso de algemas seja feita por *escrito*. Aqui há um controle prévio do

³⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante 11. Julgado em: 13 ago. 2008. DJe 22 ago. 2008.

próprio ato administrativo discricionário que é prerrogativa constitucional da Administração representada pela polícia. Veja-se que a súmula não afasta a necessidade da “justificação escrita” nem em casos de urgência.

De outro lado, conforme adiantado acima, súmulas lacônicas ou evasivas, não permitem a verdadeira formação da autoridade do precedente, ou pelo menos dificultam a análise de sua superação ou distinção. Veja-se da “Súmula Vinculante n.º 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”³⁶¹

Ao referir a expressão “ofende à Constituição”, o enunciado acaba por ser extremamente evasivo. Obviamente que o STF está fazendo um controle de constitucionalidade das discussões que chegam a ele, e bem por esse motivo, é necessário, na redação da súmula determinar-se qual dispositivo da Constituição restou violado, para respeitar os próprios limites dos julgamentos que o decidiram, bem como para permitir o aprofundamento de outras questões com a possibilidade de discussão em futuros processos. Consigne-se que essa técnica de simplesmente dizer que viola a Constituição sem mencionar, no mínimo, qual dispositivo que está sendo violado, é utilizada recorrentemente em outras súmulas vinculantes. Entende-se, pelas razões acima expostas, que, para efetivamente promover a segurança jurídica, a redação da súmula vinculante deve ser *detalhada e descritiva*, mas de forma *precisa*. Sem se socorrer em expressões excessivamente generalizantes ou que deem margem a analogias indevidas.

Com isso, quer-se chamar a atenção de que o que realmente tem o poder de tornar a súmula vinculante geradora de confiança é a clareza da *ratio decidendi* que a subjaz. Uma súmula confusa, que não expressa o conteúdo dos seus julgados, ou que claramente extrapola o conteúdo do seu julgamento pode e deve ser contestada, e perante o jurisdicionado não gera a confiança.

2.3.1.1.2.2 Decisão do plenário do STF com Resolução do Senado Federal

Por determinação constitucional do art. 52, X, da CF³⁶², uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei federal, cabe ao STF submeter a questão ao Senado Federal para que ele suspenda a execução da lei no todo ou em parte.

³⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante 5. Julgado em: 07 maio. 2008. **DJe** 16 mai. 2008.

³⁶² Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Para Zavascki, a Resolução do Senado tem natureza normativa “já que universaliza um determinado status jurídico: o de reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo”³⁶³, e a suspensão da norma tem eficácia *ex tunc*³⁶⁴, pois retira do ordenamento uma norma inconstitucional, e isso implica dizer, sob o manto da teoria da nulidade *ab initio* das normas inconstitucionais, que ela nunca existiu. Pimenta³⁶⁵, fundado em parecer de Accioly Filho, também entende pela eficácia *ex tunc* da Resolução do Senado. Por sua vez, para parte da doutrina (Morais³⁶⁶, Almeida³⁶⁷, e Tavares³⁶⁸), a eficácia é *ex nunc*, pois a Resolução alcança a eficácia da norma e não sua validade.

De qualquer forma, tanto com eficácia *ex nunc* quanto com eficácia *ex tunc*, a partir do momento em que o Senado Federal efetivamente suspende a execução de determinada lei, não há dúvidas de que nasce a confiança do jurisdicionado de que aquela norma está afastada, portanto, é base para a confiança. A problemática surge quando o Senado não exerce sua função. É o que se analisará a seguir.

2.3.1.1.2.3 Decisão do plenário do STF sem a Resolução do Senado Federal

Atualmente a “necessidade” da Resolução do Senado é posta em xeque, tendo em vista a já fática concessão de efeitos modulados no controle difuso³⁶⁹, o que faz a Resolução do Senado parecer perder qualquer sentido normativo. Reforça essa conclusão a existência da figura da súmula vinculante, a qual atingiria os efeitos antigamente só obtidos por meio da Resolução do Senado Federal.

³⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 32.

³⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33;

³⁶⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 103 e 104.

³⁶⁶ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p 593.

³⁶⁷ ALMEIDA, Vânia Hack. **Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p 63

³⁶⁸ TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva: 2001. p. 299-300.

³⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 197917. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 06 jun. 2002. DJ 07 mai. 2004; e os julgados que deram origem à Súmula Vinculante n.º 8 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 556664/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 14 nov. 2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559882/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 14 nov. 2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 560626. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral-Mérito **DJe** 05 dez. 2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559943. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 26 out. 2008). É importante referir ainda que em nosso entender somente é possível a modulação dos efeitos em prol do contribuinte, e não em prol do Estado.

Ainda que parte da doutrina³⁷⁰ professe que o art. 52, X, da CF, teria sofrido mutação constitucional, entende-se que não se trata desta figura interpretativa. Ocorre que o dispositivo precitado foi *ab-rogado* em decorrência da promulgação da EC 03/93. Atualmente somente tem validade no caso da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, ao passo que anteriormente era utilizado inclusive nos casos de declaração em controle abstrato como forma de suspensão da execução da norma.

A Resolução do Senado é ato político e, desse modo, não obrigatória, podendo o Senado suspender, ou não, determinada eficácia³⁷¹. Como regra o Senado suspende a norma, mas em determinadas ocasiões não o suspendeu³⁷², como é o caso do art. 9º da Lei 7.689/88, julgado inconstitucional pelo RE 150.764³⁷³, bem como em relação ao fim do prazo do Decreto 491/69 (Crédito prêmio do IPI), no qual a Resolução do Senado n.º 71/2005 foi realizada em desacordo com a integralidade da decisão do STF. A decisão do Senado é, pois, decisão política a qual, a rigor, expressa um procedimento técnico mais simples para a revogação de uma norma. Caso o Parlamento resolvesse afastar por revogação uma determinada norma deveria ele realizar o procedimento bicameral usual. A Constituição, em face de um julgamento do plenário do STF, contudo, previu um procedimento legislativo reduzido, no caso do Senado entender *oportuno e conveniente*. O principal efeito da atuação do Senado é o afastamento da norma do ordenamento, o que implica o não ajuizamento de novos processos judiciais que poderiam levar novamente a questão à Suprema Corte para uma revisão de posicionamento.

Pode-se argumentar, pragmaticamente, que há certo *grau de eficácia vinculante* nas decisões em controle difuso, como parte da doutrina³⁷⁴, ou ainda um “efeito vinculante virtual”, como referido pelo Ministro Gilmar Mendes³⁷⁵, nos julgamentos proferidos em sede de controle difuso. Todavia, entende-se que não se pode atribuir eficácia vinculante para

³⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática Rcl 4335. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 21 ago. 2006. **DJ** 25 ago. 2006.

³⁷¹ Nesse sentido Silva (SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88).

³⁷² BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 110

³⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 150764. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Relator p/Acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 16 dez. 1992. **DJ**. 02 abr. 1993.

³⁷⁴ Ferraz Jr. acompanhando entendimento de M Kriele (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Irretroatividade e Jurisprudência Judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 32.).

³⁷⁵ Voto sobre a modulação dos efeitos no bojo do RE 363.852, fl. 757 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 363852. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 3 fev. 2010. **DJe**-071, 23 abr. 2010). Apenas para nota, e confirmação do quanto será atacado mais adiante, o STF não aprovou a modulação dos efeitos, mas reconheceu em tese a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos em sede de Recurso Extraordinário. A modulação não foi concedida, acertadamente, concedida, tendo em vista que não se tratava de violação à segurança jurídica, nem mesmo de virada jurisprudencial.

aquelas normas que expressamente não possuem tal eficácia positivada. Isso não quer dizer, contudo, que o princípio da confiança ficará desprotegido. Muito pelo contrário. É justamente neste espaço que o princípio encontra a sua aplicação mais requisitada e evidente. Isso por conta de duas razões.

Primeiro, a ausência de vinculatividade dá espaço para a incidência do princípio da confiança, em decorrência da função de generalização e universalidade da *ratio decidendi* proferida pelo plenário do STF, ou ainda pela jurisprudência consolidada (ambas as turmas sempre no mesmo sentido, sem nunca ter havido entendimento diverso). É essa função da *ratio decidendi* dos julgados da corte que cria a base da confiança no contribuinte. *Segundo*, e mais importante, é a presença de efetiva violação aos direitos fundamentais de propriedade e liberdade do destinatário da norma. Necessários serão os atos do contribuinte para demonstrar efetivamente essa confiança, quais sejam, exemplificativamente, o dispêndio de recursos, a realização de planos, o ajuizamento de ação judicial (critério hoje utilizado pelo STF), ou o creditamento nos próprios livros da empresa, ou seja, os atos necessários de demonstração do contribuinte que se confirma a confiança.

Enfim, *ratio decidendi* nasce, diretamente com o julgamento do plenário do STF, não necessitando de um ato meramente político de outro Poder da República para confirmar que o posicionamento do STF segue determinado caminho. Nesse sentido, a regra do precedente, proferida por quem tem a competência para fixar e apontar o norte a ser seguido com relação à determinada conduta, não está sujeita a uma decisão política de outro Poder da República, o qual deve respeitar unicamente os preceitos de conveniência e oportunidade. A atividade jurisdicional não é uma atividade que segue os juízos de conveniência e oportunidade, e, desse modo, não pode ficar a mercê de um órgão que deve respeito (quanto ao ponto) só a estes juízos.

A ausência de regra expressa atribuindo vinculatividade a esses julgados implica a necessidade de demonstração do exercício da confiança pelo contribuinte. Isso porque os seus atos demonstrarão que ele realmente tinha conhecimento e pretendia “gozar” da confiança. Em regra não é necessária a demonstração da confiança nos casos em que há efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, pois essa eficácia, com o perdão da repetição, justamente é prevista em regra expressa. Tais atos foram estudados no ponto 2.2.2 *supra*.

2.3.1.1.2.4 Súmula ordinária

A súmula ordinária diferencia-se da decisão do plenário do STF, porquanto, pode ser emitida em decorrência de um conjunto de julgados que não necessariamente foram prolatados por este pleno do tribunal. A partir da sua publicação, entretanto, pode nascer a confiança do contribuinte na manutenção de sua posição jurídica. Súmulas, ainda que não vinculantes, não são meras proposições de eventuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. Além de sua função orientadora de condutas, as súmulas ordinárias, de acordo com a legislação processual, são bases impeditivas de recursos de várias espécies³⁷⁶, indicando que sua normatividade é transcendente ao julgado que a vincula e tem a propensão de orientação de condutas.

Novamente aqui é a função da *ratio decidendi* que tem a prerrogativa de gerar a confiança no cidadão, visto que o contribuinte tem na súmula não somente a orientação do que é Direito para o tribunal em determinada época, mas tem claro que essa *ratio decidendi* é a expressão do término da dissensão de entendimentos. A diferença para a “vinculatividade” da súmula vinculante é justamente a forma de demonstração da confiança por parte do destinatário da norma verificada no item acima, a tais razões que se reporta o leitor.

³⁷⁶ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006); Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010) [...] § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010) [...] II - conhecer do agravo para: (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010); b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010) c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal. (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010); Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) § 1º Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998); Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

2.3.1.1.2.5 Recurso repetitivo previsto no art. 543-B

A figura do recurso repetitivo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como também perante o Superior Tribunal de Justiça merece uma breve atenção, não só porque demonstra a amplificação da força atribuída ao precedente judicial, mas porque ilustra que para o correto funcionamento do procedimento é necessária redobrada atenção pelos operadores.

No âmbito do STF essa sistemática foi introduzida quando da regulamentação do instituto da repercussão geral. O art. 543-B do CPC prevê a sistemática de julgamento “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. Uma vez eleito o recurso ou os recursos representativos da controvérsia, os demais recursos extraordinários poderão ser suspensos nos tribunais de segunda instância até o pronunciamento definitivo do STF. Os parágrafos 2º e 3º do precitado artigo preveem que, caso “negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”; e que “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

O maior risco deste procedimento reside na definição do que vem a significar a “idêntica controvérsia”, principalmente pelo fato de não haver previsão de recurso da decisão de sobrestamento dos recursos. Com efeito, determinado pelo STF ou pelo presidente do tribunal de origem o sobrestamento dos demais recursos, quem efetivamente realiza o juízo de definir se se trata da idêntica controvérsia é o presidente do tribunal de origem ou o órgão fracionário por meio de um simples despacho. Despacho, este, que na legislação não apresenta recurso cabível. No âmbito do STF, a jurisprudência está aceitando o agravo regimental no âmbito do tribunal de origem³⁷⁷. De qualquer forma, o que vale destacar é que a definição de se a matéria é ou não é a mesma do recurso eleito como representativo da controvérsia pode ser realizada pelo presidente do tribunal de origem, sem qualquer contraditório sobre o ponto. O tribunal de origem, até então, tinha somente a prerrogativa de exercer o juízo primário de admissibilidade formal, sendo vedada a si a análise do mérito do recurso. Atualmente, este juízo de admissibilidade tem o excessivo poder centralizador de *definir* quais são ou quais não são os fatos determinantes dos recursos analisados que o igualam ao recurso representativo da controvérsia. Destaca-se que tal análise, pelo fato de ser

³⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. AI 760358 QO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 19 nov. 2009. **DJe** 027, 12 fev. 2010. Republicação: **DJe** 030, 18 fev. 2010.

feita por presidentes de tribunais diversos, pode acabar trazendo iniquidades entre as definições de quais sejam esses fatos determinantes da identidade das causas para cada tribunal, acarretando o inevitável problema de decisões contraditórias para os mesmos casos.

Todavia, quanto à confiança gerada por esta espécie de precedente é mais evidenciada que a confiança decorrente de decisões prolatadas pelo plenário do STF sem tal sistemática. A própria gênese deste instituto informa que a solução por ele buscada visa resolver recursos com a citada “idêntica controvérsia”. Se o contribuinte entende que a questão o atinge tal decisão tem aptidão para ser base da confiança, desde que, insista-se, o contribuinte realize atos que demonstrem a sua confiança. Exemplificativamente, tal contribuinte pode fazer uso diretamente em sua escrituração fiscal e adotar o julgado para demonstração de sua confiança.

2.3.1.2 Bases geradoras da confiança no âmbito do STJ

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça não há efeito vinculante previsto em regra expressa para nenhuma espécie de decisão. Todavia, entende-se que sob os fundamentos acima discorridos é possível concluir pela base da confiança das decisões do STJ, quando da eventual futura ocorrência de virada jurisprudencial. Deixamos, contudo, para este momento, a análise da jurisprudência *dominante* tendo em vista que o tribunal compõe-se de maior número de órgãos fracionários – as turmas.

Geraldo Ataliba referido por Tarek³⁷⁸ aduz que “a soma de uma porção de decisões individuais não faz uma decisão normativa”. Assim, jurisprudência dominante deve ser entendida, como a jurisprudência fixada pelo órgão especial ou pela sessão do tribunal que unifica o entendimento das turmas. O conceito de “várias decisões no mesmo sentido” permite a conclusão de que várias decisões prolatadas por uma mesma turma do tribunal, por uma mesma composição, realizada por um período determinado de tempo, poderiam caracterizar a figura da *jurisprudência dominante*. Ocorre que o conceito de jurisprudência *dominante* não pode ser concebido meramente por uma específica quantidade numérica de julgados (50, 100, 400 julgados). Mas a jurisprudência *dominante* é de posicionamento dos órgãos encarregados da interpretação da lei. Dominante é o entendimento, não a quantidade de vezes em que o entendimento singular de um órgão foi prolatado.

³⁷⁸ MOUSSALLEM, Tárak Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 153.

Nesse sentido, entende-se que jurisprudência dominante pode, sim, firmar-se com um único julgado, desde que esse julgado seja proferido pelo órgão fracionário do tribunal que englobe os demais órgãos fracionários subjacentes a si, em procedimento específico, e que represente a vontade do tribunal como um todo.

2.3.2 Aplicação da confiança

Esse não é o objeto do presente trabalho, contudo algumas considerações se fazem necessárias. Uma vez verificada a possibilidade de aplicação do princípio da confiança com o intuito de proteger a posição jurídica do destinatário da norma, surge a questão de se saber como se dará a aplicação do princípio. Como, enfim, é que se efetivará a tutela da confiança.

Trata-se, neste item, da proteção substancial do princípio da confiança, entendida na efetiva proteção da confiança já reconhecida como sujeita à proteção pelo tribunal. Nesse sentido a proteção pode ser de três espécies³⁷⁹: (i) por meio da preservação do ato, (ii) por meio de regras de transição e (iii) por meio de proteção compensatória. Não cabe mais a verificação neste momento de qualquer análise da efetiva manifestação do princípio da confiança. Não cabe a verificação da base da confiança, dos atos do particular ou da existência de ato que frustra a confiança. Toma-se apenas a forma de efetivação da tutela.

2.3.2.1 Por meio da preservação do ato

A primeira forma de efetivação da tutela da confiança é a preservação do ato. A preservação do ato pode ser apenas pelo período que vigorou até o implemento do novo precedente judicial ou pode ser *perene no tempo*, por meio da modulação de efeitos da nova decisão³⁸⁰.

No caso do Direito Tributário a manutenção da posição jurídica anterior para o futuro poderá colidir com o princípio da igualdade no sentido que os outros contribuintes gozarão de uma posição jurídica desfavorável. Todavia não se pode afastar a permanência da posição

³⁷⁹ Schomberg entende que a proteção compensatória não estaria incluída dentro da proteção substancial. Todavia para tanto não aduz razão alguma a razão fática de que a proteção substantiva faria com que o destinatário tem a prerrogativa de seguir a primeira orientação, enquanto a proteção compensatória trata-se de compensação em face da impossibilidade de manutenção do ato. Tendo em vista que nossa análise neste momento é apenas da aplicação do princípio da confiança essa diferenciação se mostra como duas espécies do mesmo gênero. (SCHOMBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. New York: Oxford, 2000. p. 167 et seq.).

³⁸⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 222-223.

jurídica do particular unicamente com base na igualdade sem se analisar especificamente as condições novamente que fizeram nascer a confiança.

Nesse sentido, retorna-se a análise pormenorizada dos elementos do princípio da confiança, todavia, não para perquirir quanto à aplicação do princípio, mas para perquirir a *extensão* da sua aplicação. Assim, é que se deve cotejar a efetiva violação do princípio de igualdade. Por exemplo, investigar em que medida que a posição jurídica do particular irá efetivamente criar uma situação imprópria de desigualdade com violação à livre concorrência de seus concorrentes. Ainda, é necessário perquirir os critérios objetivos da norma que frustra a confiança, os quais influenciarão na própria aplicação do princípio da igualdade. Tanto maior o grau de vinculatividade da norma que frustra a confiança, maior será o grau da aplicação do princípio da igualdade. Nesse momento muda-se o foco da análise da norma, projetando-a para os demais destinatários da norma.

De qualquer forma, será a análise de cada caso concreto que determinará se a aplicação da proteção da confiança ficará restrita ao passado ou se ela poderá se projetar para o futuro. Isso porque tendo em vista que o princípio da confiança leva em consideração as específicas violações aos direitos fundamentais de propriedade e liberdade, a solução invariavelmente deverá recair na análise do caso concreto. Conforme pontifica Ávila:

O que não se conforma ao princípio da confiança, pela desconsideração do liame causal necessário entre a decisão modificada e os atos individuais de disposição dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, é a solução de atribuir efeitos *pro futuro* de maneira draconiana, padronizada e em bloco.³⁸¹

Todavia, não se descarta a possibilidade de fixação de requisitos mínimos na decisão que modifica a jurisprudência para a aplicação do princípio da proteção da confiança, que obviamente necessitará da demonstração por alguma forma, do contribuinte de que teve sua liberdade e propriedade afetadas.

2.3.2.2 Por meio de regras de transição

Outra forma de aplicação da tutela da confiança é a aplicação de regras de transição que visem um regime justo de transição³⁸². Essa forma é mais pertinente à esfera de aplicação

³⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 496.

³⁸² BAPTISTA, Patrícia A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública: a proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Direto do Estado**, n. 3, p. 155-181, jul./set. 2006. p. 171.

do princípio da confiança em relação aos atos do Poder Executivo³⁸³ ou do Poder Legislativo, quando se institui nova norma com regras transitórias.

Todavia, também pode se aplicar em relação à modificação de entendimentos jurisprudenciais, cumulativamente com a manutenção dos atos para o passado. Assim, podem ser previstas regras de adaptação à nova configuração sem necessariamente coincidir com a data de publicação com o ato que frustra a confiança. Nesse sentido é concedido ao particular gozar por certo período de tempo da norma anterior, para assim evitar as consequências prejudiciais da aplicação da norma posterior sobre as relações jurídicas anteriores³⁸⁴.

Como exemplos de regras de transição pode-se citar (i) regras formais gerais de transição fixadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo para permitir que os contribuintes se adaptem ao novo entendimento, (ii) regras materiais gerais de transição fixadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo afastando os efeitos retroativos para os contribuintes que possam comprovar a prática de atos de disposição vinculados à decisão modificada; e (iii) decisões individuais específicas do Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo em processos destinados especificamente a comprovar, com instrução probatória, a existência dos atos de disposição de direitos fundamentais³⁸⁵.

Enfim, regras de transição destinadas a afastar ou minimizar o caráter de surpresa da nova decisão normativa.

2.3.2.3 Por meio de proteção compensatória

A última forma de aplicação da proteção da confiança é a compensação dos prejuízos efetivamente ocorridos anteriormente. Trata-se da recomposição do patrimônio em razão do prejuízo sofrido³⁸⁶.

Notadamente essa espécie de tutela se dá em face da impossibilidade da preservação do ato. Em alguns casos a “outorga da indenização poderá vir a ser o único efeito possível

³⁸³ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2009. p. 8.

³⁸⁴ ANTONIAZZI, Sandra. La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Torino: Giappichelli, 2005. p. 263.

³⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 494.

³⁸⁶ ANTONIAZZI, Sandra. La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Torino: Giappichelli, 2005. p. 230.

para a tutela da confiança diante de um interesse público concreto que determine a vigência imediata da nova regulamentação”³⁸⁷.

³⁸⁷ BAPTISTA, Patrícia A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública: a proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Direto do Estado**, n. 3, p. 155-181, jul./set. 2006. p. 174.

CONCLUSÃO

O principal objetivo do presente estudo é a contribuição para a correta demonstração da estrutura do princípio da confiança em nosso ordenamento. Acredita-se, firmemente, que somente com a análise detalhada de cada norma do ordenamento se pode atingir a máxima efetividade do Direito. Encarou-se o caminho pela escolha da construção racional, a todo o momento, e não pelo acolhimento de posições conformistas de aceitação de afirmações fortes apenas em eloquência.

Enfrentadas analiticamente as questões jurídicas postas, é momento de sistematizar as conclusões alcançadas, as quais serão dispostas na ordem em que enfrentadas no estudo.

1. Utiliza-se a denominação *princípio da confiança* em vez de *princípio da proteção da confiança* ou de *princípio da proteção da legítima confiança*, com o intuito de tornar clara sua estruturação. A proteção ou não da confiança somente será verificado posteriormente à incidência do princípio - não há proteção a priori. Por sua vez, a adjetivação “legítima” nada acrescenta à confiança, pois ou existe confiança ou não existe confiança.

2. O princípio da confiança, no âmbito do Direito Público, originou-se na esfera das relações do Poder Executivo, sendo este o objeto principal da análise da doutrina. As conclusões dos estudos neste âmbito proporcionaram as bases dogmáticas para a análise do corte epistemológico aqui realizado, de análise da confiança no âmbito da atividade jurisdicional.

3. O efeito das decisões prolatadas no exercício da atividade jurisdicional não se resolve unicamente com regras processuais, pois (i) implicaria preterir a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico, (ii) as regras processuais também são aplicadas respeitando os princípios constitucionais, e (iii) por decorrência do Estado de Direito e da segurança jurídica o cidadão embasa sua existência em um mínimo ideal de previsibilidade, continuidade e igualdade, fins esses que impõem ao Estado uma atuação voltada para a sua promoção.

4. É falsa a objeção pela qual à atividade jurisdicional aplica-se o princípio da igualdade e não o princípio da confiança por três razões:

(i) Por força argumentativa: pelo qual a utilização do princípio da confiança pressupõe justamente a existência e demonstração da confiança pelo particular, e é esta que deve ser tutelada, ao passo que o princípio da igualdade não necessita de demonstração da confiança para a sua configuração, o que, a nosso ver, enfraquece a posição jurídica pleiteada por aquele que realmente tem a confiança.

(ii) Por conflito de princípios: a confiança soluciona justamente o problema da igualdade aplicada no *tempo*.

(iii) Por estrutura interna dos princípios: a igualdade e a confiança diferem completamente, pois, enquanto a igualdade *é a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em uma medida de comparação, aferida por meio de um elemento indicativo, que serve de instrumento para a realização de uma determinada finalidade*, a confiança caracteriza-se pela verificação de quatro elementos básicos (além do sujeito particular e do Estado): (i) base da confiança por parte do Estado; (ii) a confiança (iii) ato(s) que demonstram a confiança e (iv) ato que frustra a confiança.

5. É falsa a objeção pela qual o princípio da confiança não se aplicaria ao caso que provocou a mudança na jurisprudência. No âmbito tributário a maioria das questões trata de relações continuativas, e o princípio manteria a solução para os fatos passados. E, para todas as relações, inclusive as não continuativas, a confiança pode ser mantida para o caso vetor da mudança bastando utilizar-se a técnica de aplicação de efeitos das decisões para o futuro.

6. A confiança tem sua dimensão normativa preponderante de princípio, tendo em vista que impõe ao Estado a busca dos ideais de *continuidade, previsibilidade e calculabilidade*. Ideais que podem modificar de nomenclatura entre um autor e outro, todavia guardam sempre a linha de inter-relação da segurança do particular no tempo. A confiança não apresenta as características de regras, ou seja, uma característica imediatamente descritiva, primeiramente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência.

7. O princípio da confiança é implícito ao texto constitucional. Quanto ao seu fundamento normativo supera-se a concepção de que ele seja a manifestação subjetiva do princípio da segurança jurídica, o qual, por sua vez, decorre do princípio expresso do Estado de Direito. Supera-se também a concepção de que sua base normativa no âmbito da atividade jurisdicional reside no princípio da moralidade caso seu conteúdo seja entendido como o *respeito à palavra dada pelo Estado*, bem como em decorrência da *presunção de legitimidade* dos atos do Poder Público. Ao se fundamentar a segurança jurídica unicamente no Estado de Direito, o conteúdo e aplicação dessa segurança jurídica ficam limitados tendo em vista que o Estado de Direito é presumivelmente contrário à manutenção de atos inconstitucionais e ilegais, pois a sua manutenção viola os ideais de cognoscibilidade e de calculabilidade.

8. A segurança jurídica quanto ao conteúdo do vocábulo “segurança” constante da Constituição Federal vigente revela um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Por sua vez, a segurança jurídica em sua dimensão subjetiva manifesta-se em determinados casos por meio de sua *eficácia reflexiva* por meio, exatamente, do princípio da

confiança. Por eficácia reflexiva da segurança jurídica quer-se destacar o objetivo do cidadão de manter suas posições jurídicas já conquistadas em determinado tempo e em decorrência de determinada norma. Relativamente ao ponto que diz respeito especificamente ao nosso estudo – princípio da confiança – verifica-se que a segurança jurídica não diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, mas em relação a uma norma específica (no caso, aqui estudada, a norma decorrente da jurisprudência, do precedente judicial). A segurança jurídica manifesta-se, pois, pela exigência de confiabilidade, de necessidade de um direito durável e estável com respeito à intangibilidade de situações subjetivas tutelado pelo princípio da confiança quando o particular realiza atos de disposição em decorrência de norma, posteriormente modificada.

9. O princípio da confiança fundamenta-se na exigência de inviolabilidade de atos realizados sob o influxo dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade. Tais direitos somente são integralmente promovidos, caso sejam respeitados no tempo pelo Estado. Tal concepção não muda apenas o eixo do fundamento do princípio da confiança, mas gera consequências determinantes na operacionalidade do princípio e na sua manifestação, mormente quando da sua aplicação no âmbito da atividade jurisdicional.

10. Especificamente no âmbito do Direito Tributário a proteção da confiança deve ser maximizada, pois é nesse âmbito que a Constituição previu normas mais específicas, abrangentes e garantidoras com relação aos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade.

11. O princípio da confiança somente pode ser utilizado em favor do jurisdicionado/contribuinte, pois (i) evita-se que o Estado possa se beneficiar com sua própria torpeza, no caso de atos deliberadamente ilegítimos (inconstitucionalidade útil), e (ii) por imperativo lógico, pois não se pode atribuir a possibilidade de confiar em um ato à própria pessoa competente para gerar tal ato, considerando que, como efeito dessa “confiança”, haverá a legitimação temporal do ato realizado.

12. Quanto à diferenciação entre boa-fé objetiva e princípio da confiança. A boa-fé objetiva em relação ao Estado manifesta-se pelo seu dever de, enquanto um dos polos da relação jurídica e relativamente a seus atos, procedimentos e condutas, se pautar com respeito à lisura, à lealdade e à correção de comportamento. Por sua vez, a boa-fé objetiva em relação ao destinatário da atuação do Estado manifesta-se pelo seu dever de se pautar por uma atuação com respeito à ética, à correção de comportamento e à probidade.

13. O princípio da confiança no âmbito do Direito Público conforma uma estrutura minimamente determinável composta de pelo menos quatro elementos além do particular e do

Estado – um ato jurídico base da confiança, a existência da confiança subjetiva, um ato demonstrativo da confiança e um ato jurídico frustrante da confiança.

14. Decompondo a estrutura do princípio da confiança, têm-se como traços da base da confiança no âmbito do Poder Executivo as características de (i) presunção de legitimidade: Se a Administração tem o direito legal de emitir unilateralmente atos cogentes e instituidores de obrigações, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, o destinatário que a eles concordar ou deles se beneficiar, goza da confiança de que tais atos são legais, e efetivamente cogentes e instituidores de obrigações; e (ii) *não manifesta* ilegalidade ou inconstitucionalidade: a despeito de ser requisito aceito por larga doutrina, nos parece que é impossível afastar a aplicação do princípio da confiança em face da suposta *manifesta* inconstitucionalidade ou ilegalidade. Além da dificuldade de definição do conceito indeterminado *manifesta*, por ausência de um núcleo de significação, o termo *manifesta* pressupõe a existência de alguma espécie de inconstitucionalidade *menos manifesta*, ou uma *meia-inconstitucionalidade*, figuras que definitivamente não existem. E ademais, até mesmo leis manifestamente inconstitucionais geram efeitos, conforme já decidido pela jurisprudência.

15. Como características dos atos do particular que demonstram a confiança, têm-se: (i) *dispêndio de recursos financeiros próprios*: a doutrina majoritária entende que é um requisito que demonstra a confiança, porém, sua ausência não necessariamente afasta a tutela da confiança; (ii) *decorso de tempo e grau de intensidade da confiança*: o decurso do tempo é tido como determinante do princípio da confiança. Todavia, o critério *tempo* deve ser analisado caso a caso, por meio de sopesamento, principalmente com o grau de intensidade de confiança. Determinados atos, porque intensos e inequívocos criam expectativas sólidas que, por si só não necessitam um decorrer temporal expressivo de anos; (iii) *realização de planos concretos pessoais e empresariais*, como planejamento e programações do particular, diferentes do puro dispêndio de recursos; (iv) *inocorrência de fraude dolo e má-fé*; e (v) quando a revogação do ato prejudica mais o interesse público do que a sua manutenção.

16. O terceiro requisito essencial da verificação da confiança é o ato que frustra a confiança. Só se busca a incidência do princípio da confiança quando presentes duas situações em conjunto, (i) quando há confiança frustrada e (ii) quando não há outro princípio ou regra com maior força *a priori* capaz de tutelar essa confiança.

17. Quando da análise do ato que frustra a confiança, se verifica a “força do interesse público” subjacente a tal ato, para a aplicação do princípio da confiança. Todavia, deve se levar em conta (i) que o interesse público não é supremo, e (ii) não obstante isso, o interesse público tem sempre um determinado peso que deverá ser analisado quando da aplicação do

princípio da confiança. Se de um lado se tem que considerar os direitos fundamentais do cidadão, de outro, além das características formais do ato realizado pelo Estado, há que se analisar o peso do interesse público subjacente.

18. A fundamentação do princípio da confiança tem manifestações específicas no âmbito dos atos jurisdicionais. Há fundamentos de ordem objetiva (jurisprudência como fonte do Direito, Poder Judiciário como Poder uno, e não aplicabilidade do *Nemo potest venire contra factum proprium*) e de ordem subjetiva (irretroatividade da decisão judicial baseada na intangibilidade de situações subjetivas e a manifestação dos direitos fundamentais).

19. No sentido dos vocábulos aqui representados, para nós jurisprudência é fonte de Direito. Vale dizer, decisão judicial exarada pelas cortes superiores que representa a pacificação de determinado tema controvertido (*jurisprudência*) é fonte do sistema de princípios (*normas*) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto (*direito*). Ao juiz não cabe apenas a análise cognoscitiva dos textos normativos das leis e da Constituição. Toda norma é o produto da interpretação dos enunciados normativos. A jurisprudência jamais será oposta à Constituição e às leis, mas, pelo contrário, ela irá sempre representar qual é a concepção da lei ou da Constituição que é correta e aceita em determinada época.

20. A partir do ponto de vista do jurisdicionado, o Poder Judiciário é uno, e a manifestação do órgão máximo representa, para si, a palavra final sobre determinada matéria. A garantia de liberdade de independência do magistrado em nosso ordenamento jurídico não representa a possibilidade de ocorrência de completa e irrestrita desobediência ao sistema posto. A confiança nos atos do Poder Judiciário, prolatados por quem tem competência para dizer por último o que é a lei e a Constituição, decorre da própria noção de sistema jurídico orgânico, e da força normativa da Constituição. Denegar a existência de confiança na jurisprudência que decorre de atos que não têm expressa disposição legal atribuindo sua eficácia *erga omnes* e vinculante, é atribuir maior “peso” à independência do juiz singular para modificar o sistema jurídico, e menor “peso” à própria ideia de sistema jurídico, que no ordenamento brasileiro, possui o Poder Judiciário com Poder uno, e as cortes superiores como responsáveis pela última interpretação das normas jurídicas.

21. O *nemo potest venire contra factum proprium* não é base para a promoção do princípio da confiança em relação aos atos jurisdicionais, pois não apresenta o requisito do *factum proprium*, pois o ato transcende o seu prolator e vira ato constante do próprio ordenamento com efeitos normativos, bem como pelo fato de não haver proibição *a priori* de comportamento contrário.

22. A irretroatividade, no seu conteúdo de princípio, também é aplicável diante de atos do Poder Judiciário. A partir do ponto de vista das posições jurídicas do contribuinte não há diferença prática entre a instituição de uma nova lei mais gravosa, e a “virada de jurisprudência” de um entendimento anteriormente mais favorável pelo tribunal atribuindo interpretação de um texto normativo de forma mais gravosa. Portanto, a irretroatividade não é atributo apenas da lei, mas refere-se ao Direito, devendo ser aplicada também em relação às decisões normativas decorrentes da atividade jurisdicional. A carga normativa se dá por meio da regra do precedente judicial explicitada na *ratio decidendi*.

23. O que deve estar presente para a aplicação do princípio no âmbito dos atos jurisdicionais é o fato de que não basta para geração de confiança a consideração dos efeitos objetivos normativos da decisão. É necessária a investigação sobre a existência de atos do particular que efetivamente indicam a disponibilidade de sua liberdade ou propriedade.

24. A estrutura do princípio da confiança especificamente em relação aos atos jurisdicionais tem a seguinte forma: (i) a base da confiança – jurisprudência (precedente), (ii) os atos do particular que demonstram a confiança, e (iii) o ato estatal que frustra a confiança – virada jurisprudencial retroativa. Todavia a base da confiança é apresentada em três etapas. A primeira relativamente a regra do precedente, a segunda apresentando os critérios objetivos da base da confiança e a terceira apresentando os critérios subjetivos.

25. Os precedentes podem ser vinculantes ou persuasivos. Os persuasivos são os precedentes utilizados pelo juiz para subsidiar o seu julgamento, sem que ocorra necessariamente a obrigação de sua utilização. Os vinculantes são os precedentes cuja observância é obrigatória. O que vincula os futuros julgamentos não é o precedente em si, mas a sua *ratio decidendi*.

26. A *ratio decidendi* do precedente judicial, ou da jurisprudência, entendida, como a decisão judicial exarada pelas cortes superiores que pacifica determinado tema controvertido, é representada por uma regra que pretende ser universal e alcançar todos os cidadãos. É a mesma função generalizadora das regras. Toda decisão dada em última instância pelo tribunal competente pela última palavra sobre determinado tema jurídico de um país tem, no mínimo, a pretensão de ser uma decisão válida para outros casos iguais e semelhantes. Não só função *a posteriori*, no sentido da aplicação do princípio da igualdade para casos iguais já ocorridos, mas, preponderantemente, função orientadora de condutas futuras.

27. Como critérios objetivos da base da confiança, têm-se (i) a *desnecessidade* do transito em julgado da decisão, desde que seja uma decisão tomada por determinado órgão responsável pela última interpretação da lei ou da Constituição, que o julgamento seja de

mérito e final (cabendo apenas embargos de declaração) e que de tal julgamento depreenda-se uma *ratio decidendi* clara. Três evidências confirmam essa conclusão: *jurisprudencial, legal e pragmática*; (ii) a desnecessidade de aplicação da regra do art. 27 da Lei 9.868/99; (iii) a desnecessidade de presença de mecanismos de estabilização de expectativas tais como (a) o trânsito em julgado, (b) a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em controle concentrado; (c) a adoção de resolução pelo Senado Federal; (d) a súmula de entendimento, com eficácia geral e vinculante; a (e) prescrição; e a (f) decadência; (iv) a falta de pertinência do trâmite processual do caso concreto; (v) a necessidade de existência de uma jurisprudência pacífica; (vi) a possibilidade de confiança na jurisprudência pacificada e sumulada em outro tribunal, pois o princípio da confiança do jurisdicionado deve ser analisado a partir do ponto de vista daquele que exerce a confiança. O cidadão é quem confia no Estado. O contribuinte pauta sua vida de acordo com as normas exaradas pelo Estado. O Judiciário, uno que é, faz parte do Estado e, como tal, tem a *faculdade* (sempre quando preenchidos os critérios) de gerar confiança.

28. Como critérios subjetivos da base da confiança têm-se: (i) a capacidade subjetiva de geração de confiança relacionada ao grau de vinculatividade da base da confiança; (ii) a consideração da aplicação da igualdade no tempo, relativamente ao particular, e não a igualdade como princípio geral atemporal; (iii) a nem sempre aplicação do princípio da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional, pois a supremacia da Constituição é sobrejacente à regra da nulidade dos atos inconstitucionais como também é sobrejacente à prerrogativa de o STF guardar a Constituição Federal. É frontalmente contraditório o argumento pelo qual o STF pode dizer o que a Constituição Federal é hoje, e ao mesmo tempo dizer que o que ele próprio STF dizia ontem *está e sempre esteve* errado; (iv) a irrelevância do papel do tempo despendido para a criação da confiança nos atos jurisdicionais. Isso porque mesmo uma só decisão é capaz de gerar confiança, e, por outro lado, um precedente com uma *ratio decidendi* confusa, ou mesmo um julgado que embora tenha um mesmo dispositivo tenha diversas *ratio decidendi*, não é passível de ser considerado como precedente, e, portanto, não gera confiança, mesmo que tenha transcorrido muito tempo de sua publicação; (v) o grau de indução da norma objeto da análise jurisdicional, pois quanto mais indutiva de comportamento for a norma, maior será a confiança gerada por ela. Nesse momento, a norma não está apenas balizando o comportamento dos destinatários, mas, pelo contrário, a norma está incentivando esse comportamento.

29. Os atos de demonstração da confiança são necessários para a própria configuração da necessidade de tutela do direito de propriedade e de liberdade. É necessária a

demonstração do seu exercício para que posteriormente haja fundamento para a solicitação de sua inviolabilidade. Só cabe a proteção de uma liberdade caso essa liberdade tenha sido exercida, comissivamente ou tacitamente.

30. A frustração da confiança se dá com a virada jurisprudencial, em decorrência da impossibilidade de retroatividade da nova concepção da legislação, e pode ocorrer no mesmo tribunal, ou em relação a tribunais diferentes, em face da unidade do Poder Judiciário.

31. Quanto à base da confiança em controle concentrado:

(i) Decisões em ADIN e ADC, com trânsito em julgado têm eficácia vinculante expressa no ordenamento e por conta disso geram confiança.

(ii) Decisão em medida cautelar não gera incidência do princípio da confiança para o fim de não recolhimento do tributo, em face da característica de precariedade do provimento.

32. Quanto à base da confiança em controle difuso:

(i) As súmulas vinculantes são base da confiança, porquanto além de terem efeito vinculante serem produzidas em enunciados normativos. Todavia, a sua redação deve atentar para, por um lado, não serem lacônicas a ponto de resumirem-se a declarar o dispositivo, e por outro, não serem extremamente abrangentes, sob pena de abrir espaço para aplicações a casos para os quais elas em tese não devessem ser aplicadas, ou mesmo, para não possibilitarem uma criação desmedida de preceitos jurídicos, sobre matérias que não foram objeto dos casos levados a julgamento.

(ii) Decisão de plenário com a Resolução do Senado é base da confiança, pois afasta a norma do ordenamento.

(iii) Decisão de plenário sem a Resolução do Senado: Há incidência do princípio da confiança em decorrência da função de generalização e universalidade da *ratio decidendi* proferida pelo plenário do STF, ou ainda pela jurisprudência consolidada (ambas as turmas sempre no mesmo sentido, sem nunca ter havido entendimento diverso). É essa função da *ratio decidendi* dos julgados da corte que cria a base da confiança no contribuinte, pois a *ratio decidendi* nasce diretamente com o julgamento do STF, não necessitando de um ato meramente político de outro Poder da República para confirmar que o posicionamento do STF segue determinado caminho. A ausência de regra expressa atribuindo vinculatidade a esses julgados implica a necessidade de demonstração do exercício da confiança pelo contribuinte. Isso porque os seus atos demonstrarão que ele realmente tinha conhecimento e pretendia “gozar” da confiança.

(iv) A súmula ordinária também tem na função da *ratio decidendi* a base da confiança.

(v) Recurso repetitivo na sistemática do art. 543-B também tem na função da *ratio decidendi* a base da confiança.

33. No âmbito do STJ não há efeito vinculante previsto em regra expressa para nenhuma espécie de decisão, porém a *ratio decidendi* de seus julgados tem a mesma prerrogativa de ser generalizante e universalizante quanto às decisões sem efeito vinculante proferidas no STF.

34. A aplicação do princípio da confiança pode se dar de três formas: (i) por meio da preservação do ato, (ii) por meio de regras de transição e (iii) por meio de proteção compensatória.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. Modulação dos efeitos em caso de alteração da jurisprudência tributária Dominante. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 193, p. 80-92, out. 2011.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The rule of rules**. London: Duke University, 2001.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Vânia Hack. **Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Scientifica, 2006.
- AMARAL, Paulo Adyr Dias do. A proteção da confiança legítima, o princípio constitucional da boa-fé e a resistência à tributação. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 22, n. 4, p. 49-67, abr. 2010.
- ANTONIAZZI, Sandra. **La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione**. Torino: Giappichelli, 2005.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009.
- ASOREY, Rubén O. Seguridad jurídica y derecho tributario. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, v. 14, n. 52, abr./jun. 1990.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 jun. 2010.
- _____. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010.
- _____. Direitos Fundamentais dos Contribuintes e os Obstáculos à sua Efetivação. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 87-99, 2008.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2012.

_____. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BABORO, Roberto et al. **L'applicabilità della L.241/1990 al procedimento tributário**. Roma: Giuffrè, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Mizabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 327-338, abr./jun. 2007.

BAPTISTA, Patrícia A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública: a proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Direto do Estado**, n. 3, p. 155-181, jul./set. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECHO, Renato Lopes. As alterações jurisprudenciais diante das fontes do direito tributário. **Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 188, p. 98-119, maio 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2001.

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre, 1993.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-las – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito tributário: linguagem e método**: São Paulo: Noeses, 2008.

CASTILLO BLANCO, Frederico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 113-119, jul./set. 2009.

CAVINO, Massimo. Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente. **Diritto e Società**, Padova, n. 1, p. 159-174, jan. 2001.

CHIARLONI, Sergio. Un mito rivisitato: Note comparative sull'autorità Del precedente giurisprudenziale. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 56, n. 3 (Seconda Serie) p. 614-632, luglio/sett. 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2009.

CROSS, Ruper; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4. ed. New York: Oxford University, 1991.

CUNHA, Sérgio Pimentel Borges da; FARO, Maurício Pereira. Princípio da Confiança legítima e a modulação da COFINS. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, Porto Alegre, n. 10, p. 62-73, set.-out./2008.

DELLA VALLE, Eugenio. **Affidamento e certezza del diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. Mutações Jurisprudenciais em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do estado. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 1. n. 3, p. 91-111, jul./ago. 2008.

DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Irretroatividade e Jurisprudência Judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

_____. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 5, n. 17/18, p. 51-56, jul. 1981.

_____. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005.

FONSECA, Tiago da Silva, Breve estudo da proteção do princípio da confiança, à luz do direito civil, do direito administrativo e do direito tributário. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 8, n. 45, p. 77-93, maio/jun. 2010.

_____. Proteção do contribuinte e Fazenda contra atos contraditórios e modificação de jurisprudência em direito tributário. **Revista da PGFN**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/tiago.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2012. p. 195-211.

FRÍAS, Pedro J. Estado de derecho y seguridad jurídica. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 247-250, jan./jun. 2003.

GARCÍA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.

_____. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

GIGANTE, Marina. **Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento: tra diritto comunitario e diritto interno**. Milano: Giuffrè, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às Normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Distinguendo**: estudios de teoria y metateoría del derecho. Traducción Jordi Ferrer I Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.

HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent on the US Supreme Court**, New Jersey: Princeton University, 2006.

HART, Herbert. **The concept of law**. New York: Oxford University, 1961.

HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Versão 1.0. 1 [CD-ROM].

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2009.

LIPARI, Nicoló. Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 60, n. 4, p. 1047-1054, dic. 2006.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1953.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Traducción Amada Flores Barcelona: Anthropos, 1996.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. As decisões do Supremo Tribunal Federal e os reflexos na conduta dos contribuintes: desqualificação do ilícito tributário. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 537-556.

MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da segurança jurídica e a identidade da lei complementar. In: FOLMANN, Melissa (Coord.). **Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade**. Curitiba: Juruá, 2007.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança do direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAIOLI, Mauricio Luís. **O conceito de Insumo para o PIS e para o COFINS não cumulativo**. Porto Alegre: 2009. Disponível em:
<<http://www.ibet.com.br/monografia/132.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e os Cidadãos. In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva: fundamentos do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MAURER, Hartmut. **Contributo para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2011.

MERUSI, Fabio. **Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: degli anni “tenta” all’ “alternanza”**. Milano: Giuffrè, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOUSSALLEM, Tarek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón**. México: Fontamara, 2000.

PEGORARO, Lucio. **Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della corte costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1988.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controles concentrado e difuso no direito constitucional: a eficácia temporal das decisões. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 267, set./dez. 2007.

PICCARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização e Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Mudança na Jurisprudência Constitucional-tributária: Limites à aplicação de novos critérios de interpretação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11, p. 345-358.

_____. O princípio da segurança jurídica em face da mudança da jurisprudência tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10, p. 359-372.

PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p. 127-142, jun. 2006.

RAZ, Joseph. **The rule of law and its virtue in the authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Oxford: University, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Elcio Fonseca. **O princípio da boa-fé e o planejamento tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. O princípio da proteção à confiança legítima no direito tributário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. p. 85 a 131. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SCHAUER, Frederick, **Profiles, probabilities and stereotypes**. London: The Belknap, 2003.

_____. **Thinking like a lawyer**. London: Harvard University, 2009.

SCHOMBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative Law**. New York: Oxford, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SELLERS, Mortimer N.S. The doctrine of precedent in the United States of America. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, p. 67-88, Fall. 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva: 2001.

THOMAS, Robert. **Legitimate expectations and proportionality in administrative law**. Oxford: Hart, 2000.

TIMM, Luciano Benetti. **A súmula vinculante à luz do direito inglês**: quebrando mitos e lançando luzes sobre um novo paradigma na redação e na estruturação das súmulas do STF. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/207-artigos-abr-2007/5412-a-sumula-vinculante-a-luz-do-direito-ingles-quebrando-mitos-e-lancando-luzes-sobre-um-novo-paradigma-na-redacao-e-na-estruturacao-das-sumulas-do-stf>>. Acesso em: 03 fev. 2012.

TIPKE, Klaus. La retroactividad en derecho tributario. In: AMATUCCI, Andrea (Org.). **Tratado de Derecho Tributario**. Bogotá: Editorial Temis, 2001. v. 1: El Derecho Tributario y sus fuentes. p. 340-354.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachin. **Direito tributário**. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Fabris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Limitação ao poder impositivo e segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62-77.

_____. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

WALD, Arnaldo. A contribuição do Superior Tribunal de Justiça na consolidação do princípio da confiança. In: Gabinete do Ministro-Diretor da Revista (Org.) Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos. Brasília, STJ, 2005. p. 31-48

WEDY, Gabriel de J. Tedesco. O princípio da boa-fé objetiva no direito tributário. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 43, p. 319-350, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema cnstitucional tibutário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

CANARIS, Claus-Wilhem Canaris. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 4. ed. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Bahia: JusPodium, 2009. v. 2.
Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm>

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs) **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes**. Traducción Pedro M. Herrera Molina. Madri: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao Poder de Tributar. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e limitações da tributação**. São Paulo: Quarier Latin, 2005c.

UNITED KINGDOM. Ministry of Justice. [Site].
http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm

VIGILAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2003.

JURISPRUDÊNCIA REFERIDA

As decisões judiciais utilizadas no desenvolvimento do presente trabalho apresentam a seguinte ordem de referência: *Tribunal, Órgão julgador, espécie processual, relator, data do julgamento e data de publicação na imprensa oficial.*

Supremo Tribunal Federal

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática. MS 27506/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 7 abr. 2010. **DJe** 12 abr. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática Rcl 4335. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 21 ago. 2006. **DJ** 25 ago. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário Virtual. RE 578635/RS. Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 25 set. 2008. **DJe** 197, 17 out. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário Virtual. RE 630898/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 04 nov. 2011. **Somente disponibilizado no site.**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 106217. Relator: Min. Octavio Galloti. Julgado em: 08 ago. 1986. **DJ** 12 set. 1986.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 153662/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 14 mar. 2000. **DJ** 7 abr. 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 310008. AgR. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 17 dez. 2003. **DJ** 21 fev. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. Pet 2900 QO/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 27 mai. 2003. **DJ** 01 ago. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 216259 AgRg. Relatora: Min. Celso de Mello. Julgado em: 9 maio 2000. **DJ** 19 maio 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 328.646/PR AgRg. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 25 jun. 2002. **DJ** 23 ago. 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 442683. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 13 dez. 2005. **DJ** 24 mar. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 592148 ED/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 25 ago. 2009. **DJe** 11 set. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em: 1 dez. 1993. **DJ** 16 jun. 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1040 ED. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 31 maio 2006. **DJ** 1 set. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1040. Relator: Min. Néri da Silveira. Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 11 nov. 2004. **DJ** 01 abr. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 2356 MC. Relator: Min. Néri da Silveira. Relator p/Acórdão: Min. Ayres Britto. Julgado em: 25 nov. 2010. **DJe** 19 mai. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 3756 ED. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 21 jun. 2007. **DJe** 19 out. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. AI 760358 QO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 19 nov. 2009. **DJe** 12 fev. 2010. Republicação: **DJe** 030, 18 fev. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 82959. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 fev. 2006. **DJ** 01 set. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 22357/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 27 mai. 2004. **DJ** 05 nov. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24268/MG. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 05 fev. 2004. **DJ** 17 set. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24448/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 27 set. 2007. **DJe** 14 nov. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 25963/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 23 out. 2008. **DJe** 21 nov. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26117/DF. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 20 mai. 2009. **DJe** 06 nov. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26363/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 17 dez. 2007. **DJe** 11 abr. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26602. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 4 out. 2007. **DJe** 17 out. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26603. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 out. 2007. **DJe** 19 dez. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Rcl 2475 AgR, Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio (ART. 38, IV, B, DO RISTF.). Julgado em: 02 ago. 2007. **DJe** 1 fev. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 138284. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em: 1 jul. 1992. **DJ** 28 ago. 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 150764. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Relator p/Acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 16 dez. 1992. **DJ**. 02 abr. 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 197917. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 06 jun. 2002. **DJ** 07 mai. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 350446/PR. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgado em: 18 dez. 2002. **DJ** 06 jun. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 353657/SC. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 07 mar. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 370682/SC. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 25 jun. 2007. **DJe** 19 dez. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 377457. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 set. 2008. Repercussão Geral–Mérito. **DJe** 19 dez. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 556664/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 14 nov. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559882/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral – Mérito. **DJe** 14 nov. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 559943. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 26 out. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RE 560626. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 12 jun. 2008. Repercussão Geral-Mérito **DJe** 05 dez. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. SL 127. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17 mar. 2010. **DJ** 21 maio 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante 5. Julgado em: 07 maio. 2008. **DJe** 16 mai. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante 8. Julgado em: 12 jun. 2008. **DJe** 20 jun. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante 11. Julgado em: 13 ago. 2008. **DJe** 22 ago. 2008.

Superior Tribunal de Justiça

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. AgRg no REsp 382736/SC. Relator: Min. Castro Meira. Relator p/ Acórdão: Min. Francisco Peçanha Martins. Julgado em: 8 out. 2003. **DJ** 25 fev. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. EREsp 738689/PR. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em: 27 jun. 2007. **DJ** 22 out. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. REsp 1143216/RS Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 24 mar. 2010. **DJe** 9 abr. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. Súmula 391. Julgado em: 23 set. 2009. **DJe** 7 out. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Seção. Súmula 432. Julgado em: 24 mar. 2010. **DJe** 13 maio 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. AgRg no AgRg no REsp 1215897/RJ. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em: 1 mar. 2011. **DJe** 24 mar. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. REsp 1073/SP. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Relator p/ Acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 18 dez. 1991. **DJ** 22 jun. 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. REsp 591708/RS. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 8 jun. 2004. **DJ** 9 ago. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. REsp 1047524/SC. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em: 16 jun. 2009. **DJe** 3 ago. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. REsp 421.104/RS. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 1 mar. 2005. **DJ** 26 set. 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 1255618/RS. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 1 set. 2011. **DJe** 08 set. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 944325/RS. Relator: Min. Humberto Martins., Julgado em: 04 nov. 2008. **DJe** 21 nov. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção. MS 13.407/DF. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 5 dez. 2008, **DJe** 2 fev. 2009.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Primeira Turma. AC 5006556-81.2010.404.7000. Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, **DE** 20 out. 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Segunda Turma. AC 5010427-13.2010.404.7100. Relator p/ Acórdão Otávio Roberto Pamplona. **DE** 9 dez. 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Sexta Turma. AG 2009.04.00.010312-6. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. **DE** 15 maio 2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4. Sexta Turma. AG 2009.04.00.016050-0. Relator:
João Batista Pinto Silveira. **DE** 12 jun. 2009.