

**MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA  
NO DIREITO TRIBUTÁRIO:**

*Proteção da confiança, boa-fé objetiva e  
irretroatividade como limitações constitucionais ao  
Poder Judicial de Tributar*



MISABEL ABREU MACHADO DERZI

Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG.  
Doutora em Direito Público pela UFMG. Professora Titular de  
Direito Tributário das Faculdades Milton Campos. Membro do  
Grupo de Pesquisa Europeu de Finanças Públicas – GERFIP.  
Presidente da ABRADT.

**MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA  
NO DIREITO TRIBUTÁRIO:**

*Proteção da confiança, boa-fé objetiva e  
irretroatividade como limitações constitucionais ao  
Poder Judicial de Tributar*

Copyright © 2009 By Editora Noeses  
Produção editorial: Denise Dearo  
Capa: Ney Faustini

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

---

**D483M** Derzi, Misabel Abreu Machado.

Modificações da jurisprudência : proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar / Misabel Abreu Machado Derzi.

São Paulo : Noeses, 2009.

Inclui bibliografia. 673 p.

ISBN 978-85-99349-25-0

1. Jurisprudência. 2. Direito. I. Título.

---

CDU 340.143

Primeira edição: Março de 2009

Todos os direitos reservados



Editora Noeses Ltda.

Tel/fax: 55 11 3666 6055

[www.editoranoeses.com.br](http://www.editoranoeses.com.br)

# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b> .....	XI
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	XVII

## **CAPÍTULO I**

### **O JUIZ EM RELAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

1. Introdução .....	1
2. O sistema jurídico no Estado Democrático de Direito das sociedades contemporâneas complexas .....	16
3. O buraco do real.....	25
4. O juiz do Estado de Direito no centro de um sistema auto-poiético .....	34
5. Os limites do “politicismo” das decisões judiciais .....	45
6. Em resumo: o Poder Judiciário é um Poder .....	49

## **CAPÍTULO II**

### **A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO DE APLICAÇÃO DA LEI E COMO CRIAÇÃO DO DIREITO**

1. Introdução .....	60
2. A criação do Direito em sentido técnico-restrito .....	61
3. A sentença como ato singular de aplicação das leis. A sub-sunção e a jurisprudência dos conceitos. Os conceitos como essência das coisas .....	68

4. A sentença como escolha entre alternativas possíveis de sentido. O conceito, transformado em significado, pela palavra.....	72
5. A sentença como ato de criação do Direito, por meio dos conceitos, impactados pela transição fluida das coisas. Os tipos abertos, como método de ordenação do pensamento...	77
5.1. Planos e funções distintas .....	89
5.2. Os pontos comuns .....	90
5.3. O tipo, em acepção não técnica, porém difusa, como recurso hermenêutico .....	91
6. O novo modelo contemporâneo do pós-modernismo .....	100
7. A sentença como ato de aplicação e de criação do Direito ....	106
7.1. Limites entre o conceito classificatório e o tipo na Ciência Jurídica .....	107
7.2. A aceitabilidade ampla do tipo, mas difusa, como pensamento de ordem. A posição de HASSEMER e de KAUFMANN. O tipo como recurso hermenêutico. Críticas .....	108
7.3. Aceitação parcial do pensamento de ordem .....	113
7.4. Nossa posição .....	118
7.5. Tipo no Direito, na Dogmática/Ciência e na Metodologia .....	127
7.6. Tipo, pressuposto, requisito, condição e relação jurídica..	138
7.7. Tipologia e conceitos classificatórios .....	142
7.8. Tipos e conceitos obscuros ou indeterminados .....	144
7.9. Tipos não são cláusulas gerais, nem tampouco conceitos indeterminados .....	153
8. O sistema “interno”, visto como interpretação é aberto. CANARIS e os sistemas móveis e imóveis .....	161
9. A sentença como operação voltada ao <i>input</i> do sistema jurídico. Os conceitos e o papel da Dogmática Jurídica .....	165
9.1. O papel da Dogmática do Direito .....	175
9.2. A essencialidade dos conceitos .....	180
10. Em resumo .....	182

**CAPÍTULO III**

**O TEMPO DA DECISÃO JUDICIAL E A FORMAÇÃO DAS  
EXPECTATIVAS NORMATIVAS**

1. Introdução aos tempos compostos. Relatividade .....	194
2. Questões judiciais que suscitam passados e futuros em relação à sentença .....	202
3. O tempo sistêmico como dimensão e o tempo dos fatos reais. A autonomização do sistema do ponto de vista temporal .....	207
4. A dimensão da sentença que SE-dá no tempo .....	220
5. O passado apropriado pela sentença e aquilo que a sentença desapropria .....	225
6. A pluridimensão de toda sentença. Os tempos da eficácia das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias ..	229
7. Os tempos de eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal.....	236
8. A pluridimensão das sentenças do Supremo Tribunal Federal .....	244
9. Se a sentença cria Direito, ela é constitutiva. De quê? .....	246
10. A formação das expectativas normativas, por meio das decisões judiciais .....	251
10.1. O conceito de jurisprudência e de modificação da jurisprudência. O conceito de expectativa normativa-judicial consolidada, ou legítima (antiga ou nova) .	256
10.2. As espécies de modificação da jurisprudência e o <i>status</i> do órgão que a proclama. A jurisprudência que se forma e que se modifica implicitamente.....	262
10.3. A obrigatoriedade dos precedentes como Direito vigente e sua diferente graduação .....	266
10.4. O tempo e a resolução senatorial que suspende a execução da norma legal (inconstitucional), as súmulas vinculantes e a repercussão geral. Os demais precedentes e súmulas impeditivas de recurso .....	274

10.5. As expectativas normativas judiciais e as expectativas normativas legislativas: os precedentes, as súmulas e as súmulas vinculantes não são leis .....	285
11. O tempo e a mutação jurisprudencial, no caso dos créditos presumidos do IPI, nas operações sujeitas à alíquota zero .....	295
12. Em resumo .....	308

#### **CAPÍTULO IV**

### **A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, A BOA-FÉ OBJETIVA E A IRRETROATIVIDADE COMO LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER JUDICIAL DE TRIBUTAR**

#### **A – PARTE GERAL**

1. Introdução .....	316
2. A formação da CONFIANÇA e o TEMPO em Niklas Luhmann.....	325
2.1. Da confiança familiar à confiança sistêmica .....	329
2.2. A confiança e a desconfiança como redutores de complexidade .....	334
3. A responsabilidade pela confiança à luz do direito privado, em especial no modelo de CANARIS .....	338
3.1. As espécies de proteção da confiança ou de responsabilidade .....	342
3.2. Características gerais da responsabilidade pela confiança e as hipóteses de aplicação.....	343
4. PONTES DE MIRANDA <i>versus</i> CANARIS .....	353
5. A boa-fé objetiva no direito privado .....	359
6. Em resumo, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva no Direito Privado.....	369
7. A proteção da confiança e a boa-fé objetiva no Direito Público.....	377
7.1. Uma síntese introdutória à complexidade do tema .....	383



## MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

7.2. A proteção da confiança como princípio constitucional e suas relações com a irretroatividade e outros direitos fundamentais, na Dogmática alemã e suíça .....	388
7.3. A irretroatividade das leis .....	415
7.4. O tempo e a irretroatividade dos atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva .....	451

### **B – PARTE ESPECIAL**

8. A modificação da jurisprudência e os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva .....	498
8.1. Brevíssimas considerações históricas .....	505
8.2. As decisões judiciais únicas, primeiras ou <i>first impressions</i> .....	522
8.3. Modificações jurisprudenciais. A comparação analógica com as leis e o princípio da irretroatividade .....	531
8.4. Quando o princípio da irretroatividade se casa com a proteção da confiança e da boa-fé objetiva .....	555
8.5. Em resumo .....	562

### **CAPÍTULO V**

#### **MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DANOSAS AO CONTRIBUINTE. FUNDAMENTOS DAS MODULAÇÕES DE EFEITOS**

1. A formação das primeiras decisões, dos precedentes <i>first impressions</i> .....	574
2. Modificações de jurisprudência em detrimento do contribuinte.....	585
3. Os princípios da segurança, da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé, como fundamento da modulação dos efeitos das modificações jurisprudenciais danosas ao contribuinte .....	589

4. Sobre os princípios, sua aplicação e relações .....	600
5. Sobre os princípios e sua aplicação unilateral, em favor do contribuinte .....	604
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	611

## PREFÁCIO

A intensidade da comunicação jurídica, simples parcela do fenômeno maior da comunicação social, acelerou significativamente os aspectos positivos e negativos que acompanham a produção dos atos de fala nos domínios do direito, de tal modo que suas virtudes e seus defeitos ficaram expostos à visitação pública, com a transparência e a nitidez das manifestações evidentes. Aquele *quantum* de mistério que envolvia a prescristividade própria do jurídico pode, agora, ser explorado por ciências como a Semiótica ou devassado pelas especializações cada vez mais numerosas das ciências da linguagem, projetadas pela difusão do “giro lingüístico”. Penso que a filosofia da linguagem, tanto na versão do estruturalismo, mais conectado com a linguística, quanto na proposta da filosofia analítica, em ligação mais estreita com a lógica e com a matemática, navega a velas pandas no que há de mais fino e elaborado do pensamento ocidental. As duas vertentes avançam, na forma da terminologia tradicional, aparecendo como pós-estruturalismo e pós-analítica, para convergir na perspectiva hermenêutica, interpretativa, deitando raízes na fenomenologia e no existencialismo. A noção de horizonte hermenêutico, concebida na amplitude de uma tradição e, sobretudo, a de fusão de horizontes mediante o diálogo, desemboca inapelavelmente no reconhecimento da linguagem, constitutiva do saber, do mundo em que vivemos e de nós mesmos, entes humanos jogados na existência como seres finitos, carentes, prisioneiros de nossas incontáveis limitações.

Tais palavras, proferidas no jeito de introdução, muito têm que ver com dois pontos que desejo salientar: primeiro, a Autora desta obra; e, segundo, o conteúdo de seu trabalho. Misabel Derzi, festejadíssima titular da tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais representa a fina flor da intelectualidade jurídico-tributária brasileira. Os padrões elevados com que conduz seus pensamentos, assim neste livro como em escritos anteriores, são motivos de orgulho para os que comparam nossas construções dogmáticas aos mais expressivos textos da doutrina estrangeira. Dá gosto acompanhar seu raciocínio. A singela naturalidade das articulações e a delicadeza da força argumentativa envolvem o leitor, a ponto de fazê-lo pensar, em alguns momentos, que as construções extraídas tenham sido produzidas por ele mesmo leitor. Retórica apurada de quem aparenta permanecer distante, sem forçar o convencimento ou pretender conferir se a mensagem está surtindo os desejados efeitos de persuasão. Aquilo que lhe interessa é manter, com determinação, a seqüência discursiva, preservando o rigor semântico e a sintonia entre as premissas propostas e as ilações obtidas. Creio que assim seja.

Há muitos anos conheço Misabel. Quem nos aproximou foi o grande Geraldo Ataliba. Eu, jovem, seu assistente, e ela mais jovem ainda, brilhando ao lado de Sacha Calmon nas Minas Gerais. Apesar da distância, sempre mantivemos excelente relacionamento e passei a ser admirador constante de seus textos escritos e das insuperáveis palestras e conferências que proferia. É bem por isso que fiquei sensibilizado ao receber convite para integrar a banca examinadora de seu concurso, ao lado de José Souto Maior Borges, Ricardo Lobo Torres, Humberto Theodoro Junior e Joaquim Salgado, professores cuja presença, por si só, já enaltecia a candidata. Durante as memoráveis sessões, entre paredes que trescalavam categoria e tradição, o saber de Misabel se misturou com a alta qualidade das perguntas que lhe foram dirigidas, de tal forma que o resultado foi decorrência natural do que aconteceu naquele evento acadêmico cuja realização marca tanto o particularíssimo modo de ser e de existir da própria vida universitária.

Com as loas dos examinadores, a nota máxima veio em tom unânime. E o desfecho não podia ser outro: a Faculdade de Direito proclamava sua nova titular, ato que ressoou como singelo reconhecimento, pois as virtudes pessoais e docentes da candidata já eram de domínio público no Brasil e fora dele.

Quanto ao conteúdo, a escolha do eixo temático não podia ter sido melhor. A oscilação das manifestações jurisprudenciais e o caminho estratégico da modulação dos efeitos são assuntos debatidos em todos os níveis da comunidade jurídica. Os tribunais superiores se encontram premidos diante de opção difícil, qual seja a de realizar os valores que a Constituição prevê, expressa ou implicitamente, ao mesmo tempo em que não podem permanecer alheios às evidentes mudanças de uma sociedade que se transforma a cada passo, com imensa riqueza de configurações que desconcertam o mais atento e bem informado observador.

O sistema jurídico que aí está foi forjado na prática das nossas instituições; nasceu e cresceu entre as alternâncias de uma história política agitada, irrequieta, no meio de incertezas econômicas internas e externas. Sua fisionomia é a do Brasil dos nossos tempos, com as dificuldades, limitações, mas também com suas grandezas e, para que não dizer, com a surpreendente vitalidade de um país jovem, que marca, incisivamente, sua presença no concerto das nações. É preciso temperar os mandamentos constitucionais ao palpitante desempenho dessa sociedade que muda sob o influxo de novos valores. O desafio é significativo e não há espaço para meditações demoradas sob pena de aumentar o descompasso entre a regulação jurídico-normativa e o plano das condutas interpessoais.

Ao mesmo tempo, nada há contra alterações no modo de interpretar e compreender o direito posto. Pelo contrário, as mudanças de opinião são plenamente justificadas num mundo em que as informações crescem vertiginosamente, entrando em regime de complexas intersecções. Aliás, no turbulento meio social em que vivemos, difícil é manter inalteradas as posições tomadas, como se tudo permanecesse estável. Aliás,

já assinalava Rui Barbosa, ao tempo da Réplica e lembrando a personagem de Braz Cubas, que *cada estação da vida é uma edição que corrige a anterior*. O que se postula, como algo inaceitável, é que as variações de entendimento porventura ocorrentes venham em detrimento daqueles que travaram contacto com o emissor da mensagem, acatando-a como legítima, em qualquer situação comunicacional que possamos tomar como exemplo. Impõe-se, como regra ética, que a opinião seja mantida pelo menos até o momento de sua alteração. Acolhe-se, portanto, a franca liberdade de mudar os pontos de vista, no contexto da comunicação, salvaguardado o direito do destinatário de ver respeitada a orientação de sua conduta durante o intervalo entre as duas mensagens de conteúdos contraditórios ou contrários. É o mínimo que se espera das interações sociais de qualquer nível, em especial daquelas que vêm com o timbre da autoridade do Poder Judiciário.

De ver está que os Tribunais Superiores foram investidos pela Constituição da República da competência para uniformizar a interpretação da Constituição Federal (STF) e da lei federal (STJ) em toda a extensão do território brasileiro. As manifestações que profere em tom de súmula tornam-se diretrizes decisórias para os tribunais hierarquicamente inferiores, ao mesmo tempo em que a sociedade as acolhe como expressão eloqüente do direito que há de ser cumprido no plano das relações interhumanas. Além disso, a construção dos conteúdos sumulares se faz gradativamente, pela reiteração de julgamentos acumulados nos horizontes da mais legítima experiência jurídica. É a consolidação do trabalho judicante, produzindo o direito vivo, testado e compassadamente aplicado na composição de litígios sobre certos e determinados objetos do comportamento social.

Ao exercer a prerrogativa, esses tribunais põem em prática as funções de: (i) *estabilizar o sistema*, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) *realizar a segurança jurídica*, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) *promover a orientação jurisprudencial*, para

indicar a referida compreensão aos tribunais judiciários de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidaram; (iv) operar no sentido da *simplificação da atividade processual*, pois ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim a (v) *previsibilidade decisória*, porquanto em decorrência da uniformização dos julgados, alimenta-se a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados.

Agora, não se pode deixar de perceber que a modificação no posicionamento jurisprudencial tem tudo para causar conseqüências gravosas para toda a extensão dos setores abrangidos. É precisamente neste ponto que se acomoda o anseio pela *modulação dos efeitos* da decisão a ser proferida pelo Judiciário, *imprimindo caráter prospectivo à sua eficácia*. É bem verdade que esse *modus* de julgar tem sido cogitado preponderantemente para situações jurídicas que envolvam o controle concentrado de constitucionalidade. Todavia a concepção diacrônica da atividade de produção de normas pelo Poder Judiciante, naquele cenário de nomodinâmica a que Kelsen tão bem referiu, autoriza plenamente a iniciativa exegética, pois encontra respaldo em valores fundamentais e efetivos do sistema jurídico nacional.

Com efeito, não é mero jogo de palavras ou emprego oportuno de expedientes retóricos convenientes ao interesse da parte que postula a prestação jurisdicional do Estado. Trata-se de algo sobre o que fala insistentemente o direito positivo, de maneira expressa ou na implicitude de seus enunciados, e acerca do qual a doutrina se manifesta com vigor e entusiasmo, suscitando até alguns excessos considerados abusivos por outorgar ao discurso jurídico assomos de politização. Claro está, porém, que a insistência no invocar valores, a estratégia de utilizar, acima do nível recomendável, estimativas que a ordem

jurídica prevê, não pode ir ao ponto de anular esses postulados que anunciam as preferências básicas da sociedade brasileira.

Não sei a quem cumprimentar mais: se a Misabel, pelo talento, erudição e categoria de seu trabalho, que é espelho de sua vida pessoal e profissional; se a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo excelente nível de sua nova titular; se o meio jurídico tributário brasileiro, pelo papel sobremaneira importante que a jurista mineira desempenha no cenário nacional e internacional; a seus alunos de graduação e de pós-graduação espalhados por todo o país; ou a Editora Noeses, por ter sido escolhida para difundir essa obra densa, profunda, de *assento e sobremão* como diria Rui, mas que se presta, admiravelmente bem para fins didáticos. De qualquer maneira, minhas saudações efusivas à amiga de tantos anos, que me outorgou a honra de prefaciar esse trabalho de tomo.

São Paulo, 1<sup>o</sup> de março de 2009

**Paulo de Barros Carvalho**

Titular de Direito Tributário da PUC/SP e da USP



# INTRODUÇÃO

*“Porque Deus nos escolheu NELE antes da criação do mundo, para sermos salvos e irreprensíveis na sua presença.”*

(Paulo Apóstolo, aos Efésios, 1.4)

A investigação proposta neste trabalho não envolve nenhuma reflexão filosófica, nem mesmo está inserida no domínio da Teoria Geral do Direito ou da Lógica. Ao contrário, trilha o caminho da Dogmática jurídica, partindo do Direito positivo brasileiro e, dentro dele, tecendo considerações e conclusões.

A insistente remissão feita a NIKLAS LUHMANN e a CLAUS-WILHELM CANARIS não significa, de modo algum, uma proposta de discussão filosófica ou teórica, no seio das diferentes teorias sobre sistemas e valores. São apenas escolhas, marcos teóricos e, ao mesmo tempo, *pressupostos*, que não se discutem nesta tese. Os argumentos justificativos das escolhas radicam no fato de que ambos propuseram um modelo de sistema, que aceitamos e, ainda, ambos teorizaram em profundidade a confiança e a responsabilidade pela confiança.

Embora restrita à Dogmática nacional, a investigação, além dos marcos teóricos invocados, está mais centrada na literatura germânica (marginalmente, na suíça), mesmo sabendo que ela é classificada pelos juristas especializados, no que tange aos temas da proteção da confiança e da boa-fé, como *“incontrolável”*. Exatamente porque este trabalho não tem

nenhuma pretensão de pontuar algo no Direito alemão, nem de extrapolar qualquer conclusão além do Direito positivo brasileiro, é que tais recursos limitados à literatura estrangeira podem ser válidos, se considerarmos a riqueza e a experiência dos germanos, há décadas afeitos à teorização do tema que elegemos. Do ponto de vista pragmático, não há dúvida de que os anglo-saxões vêm à frente no tempo, ao iniciarem a modulação precoce dos efeitos das decisões judiciais, mas não podem competir, nos aspectos da confiança e da boa-fé, em profundidade teórica e compreensão, extensão e volume, com as obras plurais, que as bibliotecas alemãs acumulam e ainda insistem em cumular. Além disso, os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva são tratados como princípios constitucionais na Alemanha, fruto da segurança jurídica e do Estado de Direito e, em decorrência, não imantam apenas setores estanques do Direito. Naquela ordem positiva, na Dogmática e na jurisprudência, invadem todo o Direito privado, inclusive o Direito de Família (de que é exemplo o instituto da compensação de amparo, *Versorgungsausgleich*<sup>1</sup>), o Direito Público, Previdenciário, Administrativo em geral e Tributário. Há uma consistência surpreendente, que somente a *cultura* pode explicar.

Mas, ao fixar o seu objeto, *as modificações jurisprudenciais*, a pesquisa ainda empreendeu novos cortes, essenciais para a sua compreensão: ela não alcança, nem pretende alcançar, nenhum outro ramo especializado a não ser o Direito Tributário, na conformação que lhe dá a Constituição vigente, razão pela qual os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva estão inseridos na tese como *limitações constitucionais do poder judicial de tributar*. Isso, evidentemente, já deixa estabelecido que não trataremos de todas as modificações jurisprudenciais de fundo tributário, mas tão somente daquelas feitas em detrimento do contribuinte.

---

1. Cf. MIRIAM DE A. MACHADO E CAMPOS. *Família no Direito Comparado. Divisão das expectativas de aposentadoria entre cônjuges*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 762 p.

O Direito positivo deve ser considerado como Direito interno. Não recorreremos ao Direito Internacional, nem mesmo ao Direito Comunitário. Tais cortes também se fizeram necessários, embora a *fides* seja o laço ético que fundou o Direito Internacional, como registra WOLFGANG FIKENTSCHER<sup>2</sup> em preciosa obra de comentários sobre *De Fide et Perfidia* de HUGO GROTIUS<sup>3</sup>.

O genial holandês, chamado de “pai do Direito Internacional público”, viveu sob o impacto da dominação espanhola na Holanda e, aos 17 ou 18 anos, escreveu *De Fide et Perfidia*, em 1601 ou 1602, sexto livro de outra obra mais extensa, “*Paralelos de Estados*”. Diz WOLFGANG FIKENTSCHER que a teoria da *fides* de DE GROOT é fundamental para a sua doutrina humanística do Direito Internacional, do direito natural, da essência do contrato, da promessa vinculativa e da liberdade, com efeitos diretos no desenvolvimento dos direitos humanos<sup>4</sup>. Essa obra, pouco conhecida, é um prelúdio de outras e está na base da famosa “*De iuri belli ac pacis libri tres*”, sobre o direito de guerra e paz, que veio a ser publicada em 1625.

A expressão *Fide* pode ser traduzida por fidelidade, mas também por confiança ou crença. *Perfidia* significa infidelidade, descrença. GROTIUS parte da comparação (*Paralelos de Estados*) entre Estados diferentes (Cartago, Roma, Holanda e Espanha) para identificar, em maior ou menor grau a *fidelidade*

---

2. Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER. *De Fide et Perfidia*. Der Treugedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht. München: Verlag der Bayerischen Akademier der Wissenschaften in Commission bei der C. H. Beck’schen Verl., München, 1979. 160 p.

3. Em holandês, HUIG DE GROOT. GROOT aos 8 anos já declamava elegias em latim, aos onze ingressou na Universidade de Leiden, de família protestante calvinista, trabalhou como promotor de justiça dos 16 aos 24 anos, mas aos 15 já acompanhava viagens diplomáticas ao exterior, depois advogado-fiscal na corte da Holanda.

4. Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER. *De Fide et Perfidia*. Der Treugedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht. München, op. cit., p. 15-20.

ou *infidelidade* desses povos nas relações internacionais, em situações de paz ou de guerra. A característica peculiar e inusitada de GROTIUS, registra FIKENTSCHER, está em que a fidelidade está vinculada à liberdade, e somente pode ser fiel a pessoa ou o povo livre. Liberdade e fidelidade (confiança, crença, lealdade, honestidade) se associam, definitivamente, em relação dependente. Ele deixa claro que todo ser humano deve manter uma promessa feita, assim como os Estados devem se sujeitar ao mandamento da fidelidade, mesmo em relação a seus inimigos. “*Mesmo com os inimigos existem coisas em comum. Mesmo com a guerra, não se está desprovido de afinidades, que a natureza atribui ao gênero humano*”<sup>5</sup>. E depois, comenta FIKENTSCHER, o famoso holandês traça o princípio que vai desenvolver como fundamentação do próprio Direito Internacional: “*deixem o mundo todo reconhecer que a entrada para a liberdade e a entrada para o pensamento da fidelidade (confiança) partem da mesma mentalidade*”<sup>6</sup>.

E, no modelo de GROTIUS, a fidelidade, unida à liberdade, também se desenvolve na tolerância, em face de outras culturas e de outros povos (pois todos são ou devem ser livres). Ele empreende assim a base para a desvinculação do poder divino, em prol do desenvolvimento mais humanista, absolutamente coerente. Não sendo católico, GROTIUS comungava do espírito de resistência (em época de intensas perseguições religiosas e políticas), de modo tão profundo, que fez valer seus institutos libertários contra o fanatismo calvinista, o que lhe trouxe uma condenação à prisão perpétua, na Holanda e, após sua fuga, à pena de degredo<sup>7</sup>.

---

5. Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER. *De Fide et Perfidia*. Der Treuedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht. München, op. cit., p. 13.

6. Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER. *De Fide et Perfidia*. Der Treuedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht. München, op. cit., p. 33.

7. Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER. *De Fide et Perfidia*. Der Treuedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht. München, op. cit., loc. cit.

Embora não tenhamos podido fazer uma pesquisa mais ampla para envolver o Direito Internacional ou Comunitário, para nós, as lições de GROTIUS continuam atuais, como ensina FIKENTSCHER, e a citação tem como objetivo demonstrar que, já nos primórdios do séc. XVII, a fidelidade ou confiança se associa à liberdade, não se opõe a ela. A autonomia de cada um pressupõe um risco na escolha livre de sua posição e, ao mesmo tempo, o dever de fidelidade e de crença. Somos livres para prometer e decidir, assim como os Estados, no plano interno e externo, mas temos o dever de fidelidade às promessas feitas. Então somente os livres podem ser fiéis. A posição de GROTIUS é mais profunda porque, ao eleger a liberdade e um direito igual mínimo para todos os povos (mesmo para os inimigos), dissemina a tolerância e aparta-se da origem divina do poder, da “escolha divina” de um povo, das condenações eternas e radicais.

Coube a PONTES DE MIRANDA perceber as conexões entre o princípio da irretroatividade e a opressão religiosa. Ao comentar a Carta de GREGÓRIO IX (1230), que afirmou a não retroação como regra, pondera que “*a noção de ius divinum, superior ao direito dos homens, impôs aos papas a retroatividade das regras jurídicas, que consistiam em revelação do direito (divinum, naturale)...*”. É sintomático que a Constituição de ALEXANDRE III, diz PONTES DE MIRANDA, nos dê excelente exemplo disso, “*o que se patenteia ao vivo nos casos em que, devendo ser retroativa a regra, o legislador pesava os inconvenientes e ‘misericorditer tolerava’...*”<sup>8</sup>. E, finalmente, registra que o Direito canônico atuou nos Editos do século XVI (...) “*com os efeitos assim para o futuro como para o passado, em se tratando de matéria de “lei e mandamento de Deus”, salvo onde a misericórdia recomendasse tolerância*”<sup>9</sup>.

---

8. Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo V, arts. 153, § 2º – 159, p. 15.

9. Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo V, arts. 153, § 2º – 159, p. 17.

O texto bíblico, em epígrafe, suscita um pensamento divino programado muito antes para nós (como se a lei já estivesse posta). Então as regras humanas, que seriam apenas a revelação daquele pensamento, não podem ser limitadas no tempo. Não nos cabe discutir essa questão aqui, nem tentar aproximar as coisas terrenas, que exatamente estão no “temporal”, dessa visão, essa não é nossa meta, muito menos nosso domínio. Nossa incapacidade para identificar o divino é total.

Esse é, patentemente, um trabalho humano, de visão humana e limitada, por isso a investigação se preocupou com o tempo. Nada de destemporalizar, pois as técnicas históricas e primitivas do totalitarismo coincidiram com a violência e o arbítrio incontrolado da regra, que pode nascer mesmo para trás, como alerta FRANÇOIS OST<sup>10</sup>.

Embora os fatos já acontecidos sejam passado e o passado não se mude, utiliza-se a ficção de atribuir novas conseqüências, postas por norma superveniente, àquilo que já ocorreu. Com isso não nos colocamos de acordo. Devemos repetir as belíssimas palavras de PORTALIS; “*o homem, que ocupa apenas um ponto no tempo como no espaço, seria um ser bem infeliz se ele não pudesse se acreditar em segurança mesmo em relação à sua vida passada; para essa porção de sua existência, já não carregou ele todo o peso de seu destino?*”<sup>11</sup>

Sempre nos pareceu duvidoso que o Poder Judiciário, como instituição humana, nem superior ou inferior ao Poder Legislativo, em certas circunstâncias não pudesse sofrer as limitações do tempo. As *modificações jurisprudenciais* configuram exatamente o fato que desencadeia tal limitação, fundamentada pelos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

---

10. Cf. FRANÇOIS OST. *O Tempo do Direito*. Trad. Elcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

11. Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974. Tomo V, arts. 153, § 2<sup>o</sup> – 159, p. 26.

Enfim, tais princípios têm evidente vinculação com a segurança jurídica, como valor e como princípio. Mas também estão cobertos pela justiça.

CARNEIRO DA FRADA<sup>12</sup> filia a responsabilidade da confiança à justiça comutativa. Não criticamos o enquadramento da matéria dentro da justiça comutativa, muito mais adequada para abrigar os contornos do Direito Civil, quadro limitado com que trabalhou o jurista. Mas o autor está comandado por uma visão estática e sincrônica, sem registro dos impactos do tempo que, mesmo na justiça comutativa, se impõem.

É verdade que a responsabilidade pela confiança é, como expressamente já apontara CANARIS, um princípio ético-jurídico que permanece como pano de fundo, sempre aflorando naqueles casos em que a segurança-garantia, disponibilizada e regulada pela ordem jurídica, fracassa<sup>13</sup>. O princípio da boa-fé também se mantém, em muitos aspectos, de forma subsidiária, manifestando-se quando a equidade se faz necessária. Ambos, princípios éticos, o princípio da proteção da confiança e da boa-fé, são formas de compensação corretiva da justiça, guardando fluidez e indeterminação em sua materialidade. Revelam-se juntos, nos casos concretos, em que as circunstâncias fáticas tornem imperativa a intervenção para restabelecer o equilíbrio entre as partes, na casuística da jurisprudência. Exatamente nas situações de garantia fraca, a confiança emerge, por *necessidade ético-jurídica*. É o que veremos no Direito Tributário, em relação ao cidadão-contribuinte.

Mas, além disso, o princípio da proteção da confiança tem uma dimensão temporal importante, nem sempre presente em todos os casos de aplicação da boa-fé objetiva. A dimensão

---

12. Cf. MANUEL ANTONIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2004.

13. É verdade. No modelo de CANARIS, a responsabilidade pela confiança, por força de necessidade ético-jurídico, remete necessariamente à boa-fé. Veremos no desenvolver do trabalho.

temporal encontra, na proteção da confiança, papel decisivo, pois antes da violação da confiança, necessariamente, haverá de ter ocorrido ato ou comportamento equivalente. A proteção da confiança envolve uma relação no tempo: o fato da confiança, situado no passado; a confiança que persiste no presente; a confiança que se projeta para o futuro. Enfim, como ensinou NIKLAS LUHMANN, trata-se sempre de um estado, que se pretende seja assegurado em tempos vindouros, dentro do quadro das mesmas alternativas já selecionadas e reduzidas no presente. Esse estado, cuja complexidade já foi reduzida no presente, é que se quer manter para o futuro. A violação da confiança configura exatamente o evento/acontecimento, que desarranja a estabilidade presente. Dá-se ainda que, mesmo na responsabilidade civil, que se apura nas relações concretas, o caráter compensatório da proteção da confiança, que corrige a justiça comutativa, para restabelecer o equilíbrio danificado entre as partes, se jamais favorece o mentiroso, o desleal, o falso e o desonesto (critério negativo da boa-fé), em última análise alimenta-se da igualdade-justiça, em forma de equidade. A rigor, segurança e igualdade também se tocam em vários pontos.

A visão alternativa – justiça comutativa ou distributiva – da forma estática como a modelou ARISTÓTELES<sup>14</sup> sem projetar o tempo, como dimensão relevante, não é adequada para abordar a questão das modificações jurisprudenciais e da modulação de seus efeitos. Justiça comutativa ou distributiva pode ser ainda, introduzida a dimensão temporal, retrospectiva ou prospectiva. A justiça retrospectiva ou regressiva está voltada, sobretudo, para o passado e a justiça prospectiva, além do passado, considera também o futuro. E o conceito de justiça prospectiva depende da associação entre os seguintes fatores: o tempo, a formação dos fatos jurídicos e a proteção da confiança.

Ora, quando CANARIS, mesmo no campo restrito da responsabilidade civil pela confiança, refere-se à proteção

---

14. CF. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Ed. Nova Cultural Ltda., 1996.



positiva, por meio da qual o ordenamento assegura os efeitos da “ilusão”, ou seja, do fato indutor da confiança que, ao final, veio a ser violada, essa consideração se faz em nome e em prol da projeção dos efeitos futuros, que ocorreriam se tivesse inexistido o fato violador da confiança. E esse conceito tem atingido ainda o Direito privado, por meio da proteção dos “direitos expectados”, como direitos de transição.

No Direito Privado ainda, vista a família como comunhão de patrimônio, de renda, de consumo e de vida, a justiça prospectiva se faz sentir em vários países, quer na Alemanha, na Suíça, no Canadá, em vários Estados norte-americanos<sup>15</sup>. Assim, a responsabilidade pelas promessas feitas, ao longo dos anos, modela o instituto da “compensação de amparo” para, no momento do divórcio, conceder aos cônjuges a partilha, não apenas segundo a visão clássica do regime de bens, patrimonial (justiça retrospectiva), mas ainda a compensação e a divisão das expectativas de aposentadoria futura (justiça prospectiva).

A proteção da confiança é, então, amplíssima, inspiradora de muitas ordens jurídicas integralmente, de forma efetiva. No Direito Público e no Direito Internacional, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva, como valor e como princípio, fertilizam o Direito no mundo contemporâneo e projetam seus reflexos no sistema jurídico brasileiro.

No Direito Público em geral são aplicáveis os “*direitos de transição*”, também chamados de “*proteção ao direito a adquirir direito*” ou de “*proteção dos direitos expectados*”, segundo o linguajar de PONTES DE MIRANDA. Esses direitos são simples modalidades de justiça prospectiva.

No Direito Tributário, o direito do contribuinte ao “planejamento”, à previsibilidade e ao conhecimento antecipado e antecipatório dos encargos criados pelo legislador não se satis-

---

15. Cf. MIRIAM DE ABREU MACHADO E CAMPOS. *Família no Direito Comparado. Divisão das Expectativas de Aposentadoria entre Cônjuges*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 762 p.

fazem com a irretroatividade das leis, mas ainda se projetam nos princípios da anterioridade e da espera nonagesimal.

As modificações da jurisprudência não podem configurar surpreendentes “reviravoltas” judiciais, sem que o juiz atenuie os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais (jurisprudência) superados.