

INGRID GARBUIO MIAN

A boa-fé no direito administrativo brasileiro

Volume I

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Thiago Marrara

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

**São Paulo – SP
2016**

INGRID GARBUIO MIAN

A boa-fé no direito administrativo brasileiro

Volume I

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Associado Thiago Marrara

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

**São Paulo – SP
2016**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mian, Ingrid Garbuio
A boa-fé no direito administrativo brasileiro /
Ingrid Garbuio Mian ; orientador Thiago Marrara --
São Paulo, 2016.
644

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2016.

1. Boa-fé. 2. Direito administrativo. 3. Teoria
jurídica. 4. Jurisprudência. I. Marrara, Thiago,
orient. II. Título.

Esta obra está licenciada com uma licença
[Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)
Internacional.

Nome: MIAN, Ingrid Garbuio

Título: A boa-fé no direito administrativo brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus professores.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo dizer que aqui não caberão palavras bastantes para exprimir toda a gratidão envolvida na trajetória que agora resulta nesta dissertação. Em três anos de mestrado acumularam-se grandes experiências e tanto aprendizado que só se tornaram possíveis por esta realização acadêmica.

Foram tantas pessoas que comigo percorreram esta jornada e que contribuíram de uma forma ou outra para o cumprimento deste ciclo. Por isso, farei menção àquelas que por ora acodem à memória, com o risco e com a injustiça do esquecimento de algumas, motivo pelo qual peço desde já desculpas sinceras.

Ofereço de todo coração o maior agradecimento aos meus pais e à minha irmã, em quem sempre pude me apoiar incondicionalmente e que foram os principais afetados pelo escasso tempo dedicado aos compromissos familiares. A compreensão e o amor de vocês foram e são essenciais em toda a minha vida.

Reverencio também o meu orientador, o Professor Associado Thiago Marrara, com quem pude contar durante todo este período e a quem desde a graduação tenho como modelo e inspiração profissionais. Sou muito grata pela confiança e pela oportunidade que me foi atribuída, além da atenção que me foi dedicada neste mestrado.

Agradeço aos professores Fernando Dias Menezes de Almeida, Paulo Eduardo Alves da Silva, Sérgio Nojiri, e à Dra. Adriana Aparecida de Carvalho Pedroso, sobretudo porque aprendi imensamente com vocês e

este trabalho reflete inúmeras influências desse aprendizado.

Também agradeço às pessoas com quem trabalhei na Fundação Getúlio Vargas, profissionais e pesquisadores incríveis que tanto admiro: Luciana Ramos, Camila Matos, Nara Taga, Thiago Vieira Mathias, Juliana Palma, Maurício Chavenco, Raquel Favatto e Clara Lúcia.

E, por tornarem toda a experiência muito mais divertida, agradeço aos meus grandes amigos: Reila Sasso, Rachel Ripardo, Lucas Aguiar, Otávio Garcia e Aline Spohr. Vocês são maravilhosos.

Muitos agradecimentos são também devidos aos meus queridos colegas de pós-graduação: Paulo Macera, Natália Cesário Aquino, Guilherme Carvalho, Phillipe Pessoa, Luiz Philipe de Oliveira, Leonardo Oliveira, Patrícia Toledo, João Spörl e Isabela Meloncini.

Em todas as situações muito prestativos e competentes, Célia Cruz, Maria de Fátima Silva Cortinhal, Maria Lucia Beffa, Erinalva Batista, e Valdir José Maria, todos servidores da faculdade, contribuem dia a dia para termos a melhor experiência como alunos. Muito obrigada por tudo.

Reverbera em minha lembrança todo o caminho percorrido até aqui. O sentimento é de gratidão genuína. Enfim, limito-me apenas a registrar a todos aqueles que me acompanharam o meu muito obrigada.

*Quando um bem é tão danoso
que, sendo bem, dá cuidado,
o dano fica obrigado
a ser menos perigoso.*

Luís Vaz de Camões

RESUMO

MIAN, Ingrid Garbuio. *A boa-fé no direito administrativo brasileiro*. 2016. 644 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. 2 v.

O presente trabalho busca explorar as dimensões teóricas e empíricas do instituto da boa-fé em matéria de direito administrativo. Adotou-se como premissa fundamental desta pesquisa a assunção de contornos próprios pela boa-fé em matéria de direito administrativo, distintos dos atribuídos à boa-fé em matéria de direito privado. Realizou-se pesquisa bibliográfica sobre o tema, que, conciliada ao mapeamento legislativo e à pesquisa jurisprudencial no STF e no STJ, possibilitou a obtenção de inferências nos horizontes dogmático e prático, em uma relação de teste e crítica. A análise segmentou-se conforme os modos de atuação da Administração Pública, quais sejam, ato, contrato e processo. As conclusões obtidas também puderam ser distribuídas conforme a divisão adotada e apontam para a configuração da boa-fé ora como vetor de reforço jurídico das expectativas dos cidadãos perante a conduta estatal, ora enquanto medida para a indenização de responsabilidade do Estado, ora como fundamento para manutenção de fatos consolidados e flexibilização da letra da lei, ora, por fim, em sua dimensão processual com a imposição de deveres ou parâmetros de conduta. Ao final, é proposta uma agenda de pesquisa, diante das diversas questões que assumem relevância em função de sua complementariedade ou impacto nas ideias que se discutem, mas que, ou fogem do objeto de pesquisa, ou somente serão delineadas de modo mais certo no futuro.

Palavras-chave: Boa-fé. Direito Administrativo. Teoria geral. Análise de jurisprudência.

ABSTRACT

MIAN, Ingrid Garbuio. *The good faith in Brazilian administrative law*. 2016. 644 f. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016. 2 v.

This study aims to explore the theoretical and empirical dimensions of the institute of good faith in the field of administrative law. The fundamental premise adopted in this research assumes that there is own and specific outlines of good faith due to the field of administrative law, whose are distinct from those of private law. A literature research was conducted on the subject, sided by the legislative mapping and jurisprudential research in Supreme Courts, which made it possible to obtain inferences in dogmatic and practical horizons, in the way of a test and of a critical relationship. The analysis is segmented according to the modes of operation of public administration, namely, act, contract, and process. The findings also obtained could be distributed according to the division adopted and point to the configuration of good faith as a legal strengthening vector of expectations of citizens facing the state conduct, sometimes as a measure to the State's liability for damages, either as a ground for maintenance of consolidated facts and flexing the law itself, and, at last, in its procedural dimension with the imposition of duties or of conduct parameters. Finally, this study proposes a research agenda on the various issues that are important because of their complementary character or impact on the ideas that are being discussed, which however overpasses the research's object, or which will be outlined in a more sensible way only in the future.

Keywords: Good faith. Administrative law. General theory. Case study.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – Boa-fé prospectiva ou retrospectiva no STF e STJ

Gráfico 2 – Boa-fé subjetiva, objetiva ou ambas no STF e no STJ

Gráfico 3 – Qual o modo de atuação administrativa em que se aplica a boa-fé?

Gráfico 4 – Boa-fé como *ratio decidendi* ou *obiter dictum*

Gráfico 5 – Questões referentes ao emprego da boa-fé como *obiter dictum*

Gráfico 6 – Questões referentes ao emprego da boa-fé como *ratio decidendi*

Gráfico 7 – Temas verificados em relação à boa-fé subjetiva

Gráfico 8 – Atuação administrativa em relação à boa-fé subjetiva

Gráfico 9 – Menção de precedentes quando não há menção à doutrina

Gráfico 10 – Menção de precedentes quando há menção de doutrina

Gráfico 11 – Funções da boa-fé

Gráfico 12 – Referente à função limitativa, aplicação da boa-fé em favor da Administração, do administrado ou do servidor público

Gráfico 13 – Aplicação da boa-fé em favor da Administração, do administrado ou do servidor público, considerando polo oposto ao Poder Público ocupado por pessoa jurídica

Gráfico 14 – Aplicação da boa-fé em favor da Administração, do administrado ou do servidor público, considerando polo oposto ao Poder Público ocupado por pessoa física

Gráfico 15 – Categorias temáticas da boa-fé

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Dispositivos que mencionam a boa-fé

Tabela 2 – Figuras parcelares da boa-fé na jurisprudência

Tabela 3 – Menção à doutrina na jurisprudência

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO – Ação Civil Originária

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

AR – Ação Rescisória

Art. – Artigo

BGB – Bürgerliches Gezezbuch

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Data de julgamento

DL – Decreto-Lei

Edcl – Embargos Declaratórios

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

LPA – Lei de Processo Administrativo Federal

MC-QO – Questão de Ordem em Medida Cautelar

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

P – Página

PL – Projeto de Lei

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

VOLUME I

INTRODUÇÃO	19
1 A BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA PESQUISA	22
1.1 Apresentação do problema	22
1.2 Fundamentos para uma teoria da boa-fé no direito administrativo brasileiro	25
1.3 Esclarecimentos propedêuticos: a boa-fé	28
1.4 Histórico da boa-fé	40
<i>1.4.1 Origens</i>	40
<i>1.4.2 Evolução da boa-fé no direito administrativo brasileiro</i>	46
<u>1.4.2.1 Constituição de 1824</u>	47
<u>1.4.2.2 Constituição de 1891</u>	53
<u>1.4.2.3 Constituição de 1934</u>	58
<u>1.4.2.4 Constituição de 1937</u>	64
<u>1.4.2.5 Constituição de 1946</u>	70
<u>1.4.2.6 Constituição de 1967</u>	82
<u>1.4.2.7 Emenda à Constituição de 1967 – nº 1/1969</u>	92
<u>1.4.2.8 Constituição de 1988</u>	99
1.5 Classificações da boa-fé	102

1.5.1 <i>Boa-fé subjetiva e objetiva</i>	103
1.5.2 <i>Funções interpretativa, limitativa e integradora da boa-fé</i>	115
1.5.3 <i>Efeitos prospectivo e retrospectivo da boa-fé</i>	122
1.6 Mapeamento legislativo da boa-fé no direito administrativo	124
1.7 Conclusões do capítulo	130
2 TEORIA E EMPIRIA DA BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS GERAIS	132
2.1 Esclarecimentos iniciais do capítulo	132
2.2 A boa-fé e os princípios de direito administrativo	133
2.2.1 <i>A boa-fé e a moralidade</i>	133
2.2.2 <i>A boa-fé e a segurança jurídica</i>	139
2.2.3 <i>A boa-fé e o princípio da proteção à confiança legítima</i>	144
2.2.4 <i>A boa-fé e a razoabilidade</i>	149
2.3 Relação da boa-fé com outros institutos	154
2.3.1 <i>Desvio de poder</i>	155
2.3.2 <i>Abuso de direito</i>	162
2.3.3 <i>Equidade</i>	166
2.3.4 <i>Erro</i>	169
2.4 Figuras parcelares da boa-fé	171
2.4.1 <i>Nemo potest venire contra factum proprium</i>	172
2.4.2 <i>Tu quoque</i>	178

2.4.3 <i>Exceptio doli</i>	182
2.4.4 <i>Inalegabilidade das nulidades formais</i>	187
2.4.5 <i>Desequilíbrio no exercício jurídico</i>	189
2.4.6 <i>Suppressio e surrectio</i>	190
2.5 Responsabilidade da Administração Pública pela violação à boa-fé	195
2.5.1 <i>Noções principais da responsabilidade administrativa por violação à boa-fé</i>	195
2.5.2 <i>Fundamentos da responsabilidade do Estado por violação à boa-fé</i>	198
2.5.3 <i>A compensação</i>	208
2.6 Análise de jurisprudência	211
2.6.1 <i>A construção da amostra</i>	211
2.6.2 <i>A coleta de dados</i>	215
2.6.3 <i>Resultados</i>	218
2.6.4 <i>A categorização: o que se discute em matéria de boa-fé?</i>	239
2.7 Conclusões do capítulo	242
3 BOA-FÉ E OS ATOS ADMINISTRATIVOS	245
3.1 Introdução	245
3.2 Boa-fé na formação dos atos administrativos	246
3.3 Invalidação de atos administrativos	248

3.4 Estabilização dos efeitos do ato viciado	257
3.5 O funcionário de fato	264
3.6 Revogação do ato administrativo e boa-fé	269
3.7 Jurisprudência	276
3.8 Análise de acórdãos	294
3.8.1 <i>Ação Ordinária nº 79</i>	294
<u>3.8.1.1 Fatos e questão jurídica</u>	294
<u>3.8.1.2 Tratamento da boa-fé</u>	297
<u>3.8.1.3 Expansão dos argumentos</u>	304
3.8.2 <i>MS 24.580</i>	307
<u>3.8.2.1 Fatos e questão jurídica</u>	307
<u>3.8.2.2 Tratamento da boa-fé</u>	309
<u>3.8.2.3 Expansão dos argumentos</u>	312
3.8.3 <i>REsp 808.708</i>	313
<u>3.8.3.1 Fatos e questão jurídica</u>	313
<u>3.8.3.2 Tratamento da boa-fé</u>	316
<u>3.8.3.3 Expansão dos argumentos</u>	318
3.9 Conclusões do capítulo	320
4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E BOA-FÉ	322
4.1 Introdução	322
4.2 Boa-fé na fase pré-contratual	324

4.3 Boa-fé e a execução do contrato administrativo	329
4.4 Extinção do contrato administrativo e boa-fé	335
4.4.1 <i>Rescisão unilateral e boa-fé</i>	335
4.4.1.1 <u>Rescisão unilateral por atos atribuíveis ao contratado</u>	337
4.4.1.2 <u>Boa-fé e rescisão unilateral por interesse público</u>	344
4.4.2 <i>Rescisão a pedido do contratado</i>	347
4.4.3 <i>Extinção do contrato administrativo por vício de legalidade</i>	350
4.5 Jurisprudência sobre boa-fé e contrato administrativo	354
4.6 Análise de acórdão	362
4.6.1 <i>Fatos e questão jurídica</i>	363
4.6.2 <i>Tratamento da boa-fé</i>	364
4.6.3 <i>Expansão dos argumentos</i>	367
4.7 Conclusões do capítulo	369
5 A BOA-FÉ NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	371
5.1 Introdução: o processo administrativo como dever da Administração Pública	371
5.2 Vedação à interpretação retroativa de entendimento administrativo	374
5.3 Os deveres do administrado e a litigância de má-fé no processo administrativo	377
5.4 O devido processo administrativo e a boa-fé	379

5.5 Boa-fé e vinculação aos precedentes administrativos e judiciais	388
5.6 Jurisprudência	392
5.7 Análise de acórdão	398
5.7.1 <i>Fatos e questão jurídica</i>	398
5.7.2 <i>Tratamento da boa-fé</i>	400
5.7.3 <i>Expansão dos argumentos</i>	403
5.8 Conclusões do capítulo	405
CONSIDERAÇÕES FINAIS	407
REFERÊNCIAS	410

VOLUME II

APÊNDICE A – CASE BRIEF	435
APÊNDICE B – DADOS OBTIDOS PELA APLICAÇÃO DO CASE BRIEF (PRIMEIRA PARTE) AOS ACÓRDÃOS SELECIONADOS	437
APÊNDICE C – DADOS OBTIDOS PELA APLICAÇÃO DO CASE BRIEF (SEGUNDA PARTE) AOS ACÓRDÃOS SELECIONADOS	558
APÊNDICE D – DADOS OBTIDOS PELA APLICAÇÃO DO CASE BRIEF (TERCEIRA PARTE) AOS ACÓRDÃOS SELECIONADOS	591

INTRODUÇÃO

“O que é a boa-fé?”, indagava o filósofo Comte-Sponville (2013, p. 195), após encontrar o termo correto que, para ele, exprimisse a sinceridade enquanto virtude, ou amor à verdade. Indagava-o eu também, talvez menos nas alturas dos lumes filosóficos, e mais diante das tantas vezes em que a via figurando em textos legislativos, nas decisões de magistrados, nos discursos dos advogados, nas demandas dos cidadãos. “É um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral”, expunha o filósofo. E continuava: “Como fato é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale”.

Não obstante não seja possível negar o potencial esclarecedor da citação acima, a expressão jurídica do termo, especialmente em matéria de direito administrativo, demanda explicações próprias do campo, para que se delimite qual é o alcance e qual é o efeito de seu emprego em uma decisão, geral e abstrata ou individual e concreta, que diga respeito a atividades (e os sujeitos nela envolvidos) voltadas à concretização de fins públicos. Em suma, é a isso que se dedica esta pesquisa de mestrado.

Com efeito, o escopo do presente estudo reside na construção de uma teoria geral da boa-fé¹ no direito administrativo brasileiro. Para tanto, diante da peculiaridade do objeto, procurou-se conjugar a análise teórica com a análise empírica, conforme se explicará nos parágrafos seguintes sobre a estrutura da pesquisa.

Esta dissertação encontra-se estruturada da seguinte forma: capítulo 1, introdutório às noções mais gerais deste trabalho e à contextualização da

1 A grafia adotada na pesquisa – “boa-fé” –, isto é, empregando o hífen entre as palavras “boa” e “fé”, corresponde àquela também adotada pelo Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa. Vide: <http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>.

pesquisa; capítulo 2, dedicado a aspectos gerais, teóricos e empíricos, da boa-fé, referencialmente à lei, à doutrina jurídica e à jurisprudência; capítulos 3, 4 e 5 tratarão das expressões jurídicas da boa-fé na atividade administrativa – para tanto, optou-se pela sistematização do tema a partir dos modos de atuação da Administração Pública, por meio dos quais ela desempenha o serviço público, o poder de polícia, a restrição sobre a propriedade privada, a intervenção no domínio econômico, o controle administrativo, etc.

Quanto aos capítulos 3 a 5, são estes os seguintes eixos que segmentam a exposição: ato administrativo, contrato administrativo e processo administrativo². Todos eles apresentam o conteúdo pertinente às expressões positivas da boa-fé e preocupam-se essencialmente com pontos essenciais que se colocam na doutrina e na jurisprudência sobre o tema. Entendeu-se igualmente necessário, a fim de complementar a exposição dos itens anteriores, tratar da responsabilidade do Estado pela violação à boa-fé, o que se demonstra como consequência jurídica da tutela da boa-fé no direito administrativo.

A divisão pretendida justifica-se neste trabalho a fim de sistematizar a análise à luz do problema de pesquisa. Com efeito, entende-se que a boa-fé, como conceito que é, abrange uma representação abstrata, teórica, e outra prática, definida no horizonte empírico. Daí compor-se a dissertação mesclando ilações teóricas e jurisprudenciais.

Em comum, cada segmento desta dissertação é orientado por uma intenção prática na abordagem do tema, de modo que temas laterais são tratados na proporção de sua necessidade para a composição do tema central, que é a boa-fé no direito administrativo. Por conseguinte, abstraíram-se muitas questões de cunho mais filosófico ou sociológico, e, também, o tratamento dogmático completo de conceitos constantemente empregados na redação

2 Optou-se pelo tratamento diferenciado entre atos administrativos e contratos administrativos, e a relação de ambos com a boa-fé, em razão das especificidades que acompanham uma espécie e outra no ordenamento. Contudo, saliento desde já que, em tema de extinção contratual por ilegalidade e anulação de atos administrativos, o tratamento conjunto seria possível e até mesmo lógico, em função dos desdobramentos semelhantes em ambos os casos.

deste trabalho (tais como “relação jurídica”, “direito administrativo”, “administração pública”, entre outros), sem qualquer desmerecimento de sua relevância para o conhecimento. Procurou-se, enfim, ater-se a uma postura objetiva de pesquisa.

1 A BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA PESQUISA

1.1 Apresentação do problema

O objetivo desta dissertação de mestrado consiste na análise da boa-fé no direito administrativo brasileiro, como se pode denotar de seu próprio título. Em termos mais específicos, procuro responder à questão do que é, qual é a sua função, e como se manifesta a figura da boa-fé em matéria de direito administrativo no Brasil.

Muito se tem tratado da boa-fé, e talvez dirão alguns que até mesmo em demasia, nas instâncias doutrinárias privatísticas diversas, mas pouco tem se tratado sobre a boa-fé nos ramos públicos do direito. Com efeito, em matéria de direito público, pouco se enveredou por tal abordagem, e essa é uma primeira razão pela qual a boa-fé se apresenta como um vasto terreno a se pôr em descoberto no direito administrativo.

A absorção do princípio da boa-fé pelo direito administrativo pode, contudo, enfrentar algumas resistências derivadas da necessária harmonização do princípio com a “rigidez e autoridade que dominam no direito administrativo”, bem como em razão de que entre os sujeitos de uma relação de direito administrativo não existiria a “intimidade” que justificaria sua aplicação nas relações privatísticas. Não obstante, já notava o autor a alteração da relação do Estado com os cidadãos, que passou a acompanhá-los na efetivação de seus direitos políticos, individuais e sociais, e, por tal razão, aponta a existência de uma crescente e progressiva proximidade entre esses sujeitos.

E mais: a boa-fé enquanto princípio para a atuação da Administração

Pública deve ser tão aplicada quanto em relação à atuação dos particulares, em função dos contextos que se terá em vista em tais relações jurídicas – e mesmo de maneira mais rigorosa. Nesse sentido, já se pronunciou Shalev (1983, p. 131-132), para quem “o grau de boa-fé requerido no direito público é mais vigoroso e mais exigente do que aquele requerido no direito privado”, porque há premissas diferentes sobre as quais os dois se assentam. Enquanto o direito privado pressupõe a igualdade entre as partes, o direito público pressupõe um estado de desigualdade entre a Administração e o administrado. E, para tais condições, entende a autora que “um padrão mais elevado de honestidade e justiça é demandado da autoridade do que o é demandado do indivíduo”³. Atualmente, o estudo da boa-fé no direito administrativo é instado pelo constante uso do instituto em fórmulas normativas⁴, especialmente após a elaboração das leis de processo administrativo pelos entes federados, e pelo largo acolhimento na jurisprudência brasileira como parâmetro para balizar e avaliar condutas da Administração Pública e dos cidadãos.

Daí sua análise merecer atenção em uma pesquisa, a fim mesmo de delimitar a extensão de seu conteúdo no direito administrativo à luz de como vem sendo aplicada no ordenamento jurídico nacional, bem como por sua relevância conciliatória na tensão de princípios de igual monta no ordenamento jurídico

3 No original: “*The degree of good faith required in public law is more stringent and more demanding than that required in private law. This is clear if we keep in mind the different premises upon which the two different legal frameworks are based. While private law is based upon the prima facie equality of the parties, public law presumes a state of inequality between the administration and the individual, and seeks to rectify it. This being the case, a higher standard of honesty and fairness is demanded of the authority than is demanded of the individual.*”

4 Apenas a título exemplificativo, em termos legislativos, citam-se os seguintes dispositivos que positivaram expressamente a boa-fé no direito administrativo: artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal); artigo 61, da Lei nº 10.177/1998 (Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo); artigos 5º, inciso III, e 9º, inciso II, da Lei nº 14.184/2002 (Lei de Processo Administrativo do Estado de Minas Gerais); artigo 7º, inciso III, da Lei nº 7.692/2002 (Lei de Processo Administrativo do Estado de Mato Grosso); artigos 2º, §1º, inciso IV, e 4º, inciso II, da Lei nº 5.427/2009 (Lei de Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); artigos 2º, *caput* e parágrafo único, inciso IV, e 6º, inciso II, da Lei nº 2.794/2003 (Lei de Processo Administrativo do Estado do Amazonas); artigos 3º, §2º, 8º, inciso II, e 134 da Lei nº 12.209/2011 (Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia); artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso II, da Lei nº 11.781/2000 (Lei de Processo Administrativo do Estado de Pernambuco); artigos 18, inciso III, e 20, inciso III, da Lei nº 8.959/2009 (Lei de Processo Administrativo do Estado do Maranhão).

administrativo, atualmente em fase de transição⁵, no que se vislumbram possibilidades de emergência de novos institutos e princípios para refletir a alteração deste ramo do direito.

Além disso, a compreensão mais completa do instituto da boa-fé demanda também uma abordagem empírica, uma vez que seus contornos mais definidos somente podem ser apreendidos à luz de casos concretos, conforme aduzido por vários autores⁶. No entanto, verifica-se que atualmente tal abordagem ainda é incipiente na produção acadêmica brasileira⁷.

5 Conforme retratam diversas obras de Direito Administrativo, como a de Odete Medauar “O Direito Administrativo em transformação” e a mais recente obra coletiva, organizada por Thiago Marrara, “Direito Administrativo: transformações e tendências”, na qual se identificam, em rasa síntese, as principais causas de transformação desse ramo do direito: o caráter fragmentário e complexo do direito positivo administrativo (contando com uma simultânea “revolução normativa” ao lado do fenômeno da deslegalização); globalização, regionalização e federalização; a privatização do direito, da gestão pública e movimentos compensatórios; democratização e processualização; direito administrativo inclusivo e promoção da uma igualdade tabulada conforme as demandas atuais; consensualização e contratualização; desburocratização e novas tecnologias na gestão pública (MARRARA, 2014a, p. 23-44).

6 Nesse sentido, como exemplo, Judith Martins Costa, para quem a boa-fé é uma norma “necessariamente nuançada” [...] “cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso”, por isso não é possível tabular de antemão seu significado rígido (2000, p. 412). Antônio Menezes Cordeiro também segue a opinião de que o conteúdo específico da boa-fé aflorará somente diante de um caso concreto, por isso sendo inviável a sua delimitação de antemão (2001, p. 1257). E outra autora que reafirma a relevância casuística na construção do sentido da boa-fé sem, contudo, levar adiante uma investigação metodologicamente rigorosa nesse sentido é Teresa Negreiros (1998, p. 19). Karl Larenz (1985, p. 97-98), por sua vez, afirma que a boa-fé é um princípio, e não mero conceito, e que, por isso, se reveste da forma exterior de uma norma jurídica, mas que, no entanto, não está apta a ser aplicada imediatamente aos casos, pois, para tanto, precisa de concreção. Para tanto, são utilizados fatores de orientação, que funcionam como ligações e necessárias valorações adicionais, os quais, por sua vez, devem se manter dentro de um marco previamente estabelecido. Um desses fatores de orientação, além dos usos e costumes do tráfego jurídico, são as regras determinadas de uma atuação justa na prática, que foram obtidas a partir da jurisprudência.

7 Esta constatação é endossada por um dos poucos trabalhos que se conhece com uma proposta empírica na análise da boa-fé, obra de um alemão, Peter Jan Schmidt, intitulada “Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis” (2014), na qual se afirma que a cultura de crítica à jurisprudência ainda é pouco difundida no Brasil: “In vielen Gesprächen mit João Baptista Villela, aber auch mit anderen brasilianischen Juristen, habe ich immer wieder mein Bedauern darüber zum Ausdruck gebracht, dass es im brasilianischen Recht bislang eine nur wenig entwickelte Kultur der kritischen Besprechung von Gerichtsentscheidungen gibt [...]” (SCHMIDT, 2014, p. 36). No estudo mencionado, o autor mapeia os principais usos da boa-fé objetiva (de teor eminentemente privatístico) no Superior Tribunal de Justiça e sustenta suas inferências a partir de decisões dessa corte, identificando verdadeiras mazelas a respeito, dentre as quais uso da boa-fé como recurso de persuasão e legitimação da decisão judicial (p. 40), emprego supérfluo e desnecessário da boa-fé (p. 41), uso tautológico da boa-fé, quando a mesma norma que dela supostamente se obtém já se encontra prevista no próprio dispositivo de lei (p. 42), ou, ainda, a prática de dela lançar-se mão tal como “varinha mágica”

Por tais razões aqui se propõe o estudo da boa-fé no direito administrativo, perscrutando suas manifestações e seus contornos positivos e jurisprudenciais.

1.2 Fundamentos para uma teoria da boa-fé no direito administrativo brasileiro

Conforme já indicado no item anterior, o objeto desta pesquisa consiste na análise da boa-fé no direito administrativo. Este ramo do direito, ecoando a crise de identidade do direito em geral, como bem ressalta António Menezes Cordeiro⁸, e como não poderia ser diferente no atual cenário de rápida sucessão de mudanças da atualidade, revisita seus dogmas fundantes para esclarecer suas fraturas internas e seu papel. Sabe-se que o direito guarda em si suas contradições e nelas se deve buscar a inovação para o desenvolvimento institucional, no que o âmbito jurídico é instância privilegiada por excelência para tanto, à imagem e semelhança da realidade que lhe subjaz e que deve servir para solução de conflitos e promoção das liberdades fundamentais⁹.

Em particular, e como resulta mesmo do poder normativo da Administração Pública, difundido que está pelos diversos entes que compõem o aparato estatal,

(*Zauberstab*), ou seja, para que o juiz chegue ao resultado positivamente previsto, mas não se valendo das normas já expressas que assim o determinam – efeito muito similar ao emprego “preguiçoso” dos princípios, conforme exposto por Carlos Ari Sunfeld (2011). Como se verá nos capítulos seguintes com análise de acórdãos, tais considerações de Schmidt poderiam, sem quaisquer dificuldades, ser transpostas a muitas decisões que empregam a boa-fé em matéria de direito administrativo.

- 8 Para Cordeiro (2001, p. 36), a boa-fé apresenta-se como um princípio de solução para o que designa “irrealismo metodológico”, que pode ser traduzido como uma desconexão do método de conhecimento do direito em razão da crise de identidade de seu próprio objeto, com o reconhecimento de impraticabilidade da concepção positivista e do conceitualismo. O método, abstraindo e pressupondo um objeto, consiste por sua vez em uma segunda abstração teórica (então, sendo o objeto incerto, o afastamento do método à realidade é ainda mais pungente) do direito é tratá-lo como um sistema de solução de conflitos, premissa essa que vai orientar a compreensão do objeto jurídico (em termos teleológicos e de pré-aprendizado).
- 9 Tudo no melhor espírito da proposta musical da “imaginação institucional” de Roberto Mangabeira Unger (1998, p. 19), cuja tarefa, em tradução livre, consistia em “elaboração de uma direção e a definição dos primeiros passos, pelos quais, a partir de onde estamos agora, nós podemos nos mover naquela direção. Nós podemos formular qualquer proposta que vale ser pensada, seja relativa a pontos que são relativamente próximos de como as coisas são agora, ou relativamente distantes”.

bem como pela tendência de deslegalização¹⁰ (transposição de competências normativas para Administração Pública) que vige, além da existência de inúmeras leis sobre objetos e entes da Administração, o direito positivo administrativo prolifera em uma miríade de normas de aplicação particular a um ou outro ente, que então se sucedem com mudanças nos quadros de gestão ou do contexto econômico e político, sem a necessária coerência de significados que se poderia esperar de um ordenamento.

Para agravar o mosaico da realidade jurídica administrativa, assomam-se as transformações que pautam o direito administrativo, das quais podem-se citar: globalização, regionalização e federalização; a privatização do direito, da gestão pública e seus movimentos compensatórios; democratização e processualização; medidas de equidade e o direito administrativo inclusivo; consensualização e contratualização; desburocratização e novas tecnologias na gestão pública (MARRARA, 2014a, p. 26-44). Tais transformações, embora dignas de menção, não serão objeto específico deste trabalho, uma vez que excedem aos propósitos do mesmo.

Além disso, a relevância da boa-fé em matéria de direito administrativo, e assim também se pode afirmar sobre os demais princípios gerais do direito, pode-se confirmar pelo seu potencial conformador de deveres de conduta e aporte fático à aplicação das normas. Ora, o direito administrativo é lugar propício ao surgimento de normas adaptadas à realidade, alterando-se conforme as necessidades da interação concreta entre o “governo humano” e os administrados, o que torna necessária a permeabilidade deste “sistema operante e fluído”, nas palavras de García de Enterría (1984, p. 39), aos princípios gerais de direito. Tal como explica o autor (1984, p. 37-46), essa constatação se justifica principalmente por três motivos. O primeiro deles diz respeito à proximidade da Administração Pública da vida prática social e, por decorrência, de suas variações constantes, o que torna dificultosa a pretensão de redução de sua atuação a normas jurídico-administrativas fixas e perpétuas. O segundo motivo refere-se ao

¹⁰ Para um relevante e aprofundado estudo sobre o conceito e as imbricações sociológicas e jurídicas da deslegalização, cf. José Eduardo Faria (2010, p. 53-64).

poder normativo de que dispõe a Administração para reger circunstâncias mais ou menos abrangentes, conforme assim decidir. E o terceiro motivo encontra-se na responsabilidade da Administração impor medidas para resolver problemas individuais e concretos, adotando o que a doutrina alemã denomina *Massnahmegesetz* (leis-medida), que se distinguem das leis propriamente ditas por não serem gerais e abstratas.

Para fins introdutórios neste trabalho, também não se pode olvidar a clássica disputa de princípios reitores do direito administrativo que se dá entre interesse público e direitos fundamentais¹¹. Um e outro, segundo se apresenta, colocam-se em potencial oposição, pois, ao passo que a supremacia do interesse público sobreleva os interesses da coletividade abstrata, como massa informe, em perspectiva quantitativa ampla e planejável no tempo, a supremacia dos direitos fundamentais assumia-se em postura combativa à generalização das imposições estatais, priorizando os direitos do indivíduo em face da atuação do Estado. Referida tensão entre a supremacia do interesse público e os direitos fundamentais justifica a revisitação das bases hermenêuticas do direito administrativo. Adicionalmente, verifica-se a volatilidade dos sentidos de um e outro, diante da pluralidade de interesses públicos e porque praticamente tudo de *interesse jurídico* repercute de algum modo no interesse público – sendo de sutileza cirúrgica a visualização de limites entre interesse público e privado. Ademais, verifica-se hoje a tendência da expansão com pretensões totalizantes do que seja o “fundamental” em direito.

O sentido em que o direito administrativo deve ser aplicado, assim, não é decidido sem percorrer os rumos de um impasse, resolvido também não sem uma certa angústia sobre o acerto ou erro de uma decisão em sacrifício de um ou outro sentido.

A boa-fé no direito administrativo poderia se apresentar como uma alternativa a essa tensão axiológica, e como um desafio hermenêutico aos novos paradigmas nas relações jurídicas de direito administrativo. Denota-se, dessa

¹¹ Conforme exposto por Carlos Ari Sundfeld (2014), em palestra proferida no IV Seminário Permanente de Direito Administrativo.

forma, um sentido aproximado de algo como um “meio-termo” que pode ser atribuído à figura da boa-fé. E, por isso, ela também pode ser compreendida como um verdadeiro elemento moral do direito, não em termos meramente retóricos, mas sim práticos, orientados para a valoração da atividade administrativa enquanto justa e como vetor de governabilidade.

Explica-se. A Administração Pública e os administrados travam suas interações em âmbito institucional, que, como tal, pressupõe uma relação de poder que lhes subjaz. Diante dos diferentes influxos de modificação dos papéis dos atores na instituição de âmbito estatal (Administração e administrados), demanda-se um novo entendimento jurídico à luz dos mesmos. Procura-se então estabelecer a ligação entre a justa medida das relações entre Administração e administrados, mais afinada ao atual contexto social e jurídico. O desenvolvimento de tal premissa será apresentado ao longo da dissertação, mas, por ora, cumpre registrar que o aporte fático à decisão, a tutela da aparência e a proteção da confiança dos administrados prestam-se a tais finalidades.

Tal é a dinâmica em que o direito administrativo atualmente se encerra; trata-se de uma fase de autorreflexão. É preciso encontrar respostas para o referido impasse de sua operabilidade.

Nesse sentido, propõe-se, nesta dissertação, o estudo orientado para a construção de uma teoria geral da boa-fé no direito administrativo, a partir do objetivo que compreende a investigação e a descrição sobre as manifestações da boa-fé, em termos menos parcelares e mais gerais, sem olvidar a proposta dogmaticamente orientada à solução de problemas atuais deste ramo do direito.

1.3 Esclarecimentos propedêuticos: a boa-fé

Conforme mencionado em momento anterior, tradicionalmente, a boa-fé ocupou numericamente mais estudos de direito privado do que de direito público,

o que pode se dever, supostamente, quer à previsão expressa da figura no Código Civil¹², quer à noção mais vívida entre partes em equilíbrio de que a lealdade e a preservação de expectativas devem ser tuteladas, quer, também, à democracia nacional relativamente jovem, em aprimoramento constante, que trouxe à baila a concepção, ainda em progresso, de Administração Pública transparente, colaborativa, participativa e promotora dos direitos fundamentais.

Como se sabe, especialmente no contexto brasileiro, o direito civil influenciou o direito administrativo, quando esse último ainda se desenvolvia e definia suas feições e propósitos. Conforme apontou Seabra Fagundes (1964, p. 1-6), no início no século XX, o direito em matéria administrativa apresentava deficiências e numerosas lacunas em sua legislação; daí porque o direito privado exerceu forte influência no direito administrativo, em uma função verdadeiramente suplementar. A escassa legislação existente dispunha apenas sobre o funcionamento dos órgãos administrativos, em nada considerando a relação desses com os administrados. Por outras palavras, o administrado era ignorado na legislação administrativista como o destinatário das atividades do Poder Público.

A incorporação de normas, sejam próprias, sejam de outros ramos do direito, representou, nesse sentido, a ressignificação da atuação dos cidadãos perante a Administração Pública. Tal proposição inclusive se atrela à previsão de princípios gerais constitucionais da Administração, no artigo 37¹³. Adicionalmente, o legislador infraconstitucional prevê princípios e critérios de atuação do Poder Público em diversas leis especiais, incluindo na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999 – LPA), a qual positivou expressamente a boa-fé nos artigos 2º, parágrafo único, inciso IV (dever geral de conduta conforme a boa-fé dirigido à Administração), e 4º, inciso II¹⁴ (dever geral de conduta conforme a boa-

12 No Código Civil de 1916, já se previa a boa-fé como regra geral no artigo 112, e, no Código Civil de 2002, tal previsão dita *geral* encontra-se no artigo 113.

13 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

14 *Ipsis literis*: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos

fé dirigido ao administrado).

A LPA também prevê, em diferentes dispositivos, normas sobre padrões de conduta impostos ao administrador e ao administrado. Voltarei a abordar as manifestações da boa-fé na lei no capítulo específico sobre processo administrativo, mas desde já, para os fins propedêuticos deste item, devem-se ressaltar mais alguns artigos a respeito na LPA. Um deles é o artigo 3º, *caput* e inciso I¹⁵. Referido dispositivo estabelece, diferentemente do artigo 4º, inciso II, que propõe o dever de boa-fé, algo como um *direito à boa-fé*, no que diz respeito ao tratamento que lhe é dispensado pela Administração, a qual deverá dedicar respeito aos administrados e também facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações.

Adicionalmente, mencionem-se também os artigos 26¹⁶ e 28¹⁷ (que preveem o dever de o administrador colaborar com o exercício do contraditório pelo administrado), 37¹⁸ (que dispõe sobre um dever de colaboração da Administração para com os administrados, pelo fornecimento de dados e informações de que disponha), 38¹⁹ (determina o dever de colaboração do

processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...] Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: [...] II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

15 Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; [...].

16 Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

17 Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

18 Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

19 Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, e bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

administrado para o bom desfecho do processo), 50, *caput* e §1º²⁰ (dever do administrador em relação à clareza e transparência dos motivos de seus atos), 65 (quebra da coisa julgada administrativa em favor da confiança do administrado), entre outros.

Embora mais recentemente tenham se desenvolvido estudos acadêmicos a respeito da boa-fé nos ramos do direito público, é ainda no direito privado que o objeto foi mais extensamente tratado. Não é por outro motivo que, conforme se verá, a jurisprudência em matéria de direito administrativo, por diversas vezes, menciona dispositivos de direito privado em referência à boa-fé. E, também em razão disso, muitas vezes neste estudo se farão referências a obras de direito privado, especialmente quando o problema envolvido disser respeito a aspectos mais gerais e menos específicos de temas de direito privado. Desse modo, poderia se questionar se estaria a história a se repetir neste objeto. Entendo que muitos aspectos teóricos da boa-fé podem ser aproveitados dos estudos dos autores civilistas, especialmente quanto às abordagens mais gerais da boa-fé enquanto princípio geral de direito. Todavia, conforme será exposto ao longo deste trabalho, a boa-fé em matéria de direito administrativo apresentará diferenças significativas e feições próprias.

Enquanto categoria jurídica, compreendo a boa-fé de duas formas. Em primeiro lugar, como um princípio geral do direito, que assume contornos diferenciados em função das relações jurídicas concretas em que se manifesta ou deve se manifestar. Assim, relações de direito civil e de direito administrativo importarão em implicações diferenciadas na configuração da boa-fé. De outro lado, a boa-fé também aparece como o estado de consciência dos indivíduos que desconhecem a ilegalidade que macula determinada posição jurídica que se lhes atribui.

Nesse sentido, ainda a respeito da boa-fé, conforme entende Wieacker

20 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(1977, p. 11-12), é possível compreendê-la como categoria de fato (embora construída pelo direito) e como princípio. No primeiro sentido, trata-se de um conceito técnico empregado em normas jurídicas para “descrever ou delimitar um pressuposto de fato”. Como exemplo, tem-se a posse de boa-fé ou a aquisição de propriedade de boa-fé, ou ainda, em direito administrativo, a prática de atos de boa-fé em contrariedade a seus princípios, que trarão consequências diferenciadas em relação à constatação da má-fé.

A boa-fé enquanto um princípio jurídico, por sua vez, representaria um verdadeiro aporte ético ao direito, que implicaria em maior esforço por parte do intérprete para sua constatação. Isso porque no presente sentido a boa-fé importaria em verdadeiros deveres de conduta, *standards* jurídicos, compatíveis com a concepção ética da comunidade.

A distinção feita por Wiecker entre boa-fé-fato e boa-fé-princípio, embora, em regra, não seja estritamente seguida pela doutrina nacional, nela encontra ressonância a partir da distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva. Com efeito, a dimensão subjetiva corresponderia à boa-fé como categoria fática, uma vez que se ocupa da constatação de erros, da ignorância ou da boa intenção do indivíduo na prática de determinada ação. Por outro lado, a boa-fé objetiva partiria dos pressupostos de padrões de conduta esperados nas relações jurídicas, que se impõem a todos enquanto deveres de conduta, o que parece se identificar com a concepção de boa-fé enquanto princípio.

É possível inclusive assumir a natureza de princípio de direito da boa-fé a partir dos apontamentos de Humberto Ávila (2011, p. 40-43) sobre a diferenciação entre princípios e regras. Para o autor, o clássico critério de distinção entre as duas espécies normativas, segundo o qual regras são construídas com uma hipótese seguida de uma consequência, enquanto os princípios consistiriam nos valores e fins utilizados para fundamentar a aplicação da norma, é inconsistente e não praticável em todas as situações. Sua crítica, em apertada síntese, diz respeito à maleabilidade das formulações linguísticas, de modo que esse não é, para ele, um critério distintivo relevante.

Com efeito, qualquer formulação normativa, seja ela regra ou princípio, poderá resultar em qualquer produto interpretativo, podendo ser uma hipótese seguida de consequência ou um valor utilizado como orientação para a solução do caso. Assim, uma formação discursiva classicamente compreendida como regra, tal como um artigo em um texto de lei que prescreve uma conduta, poderá ser tomada pelo intérprete como a inegável prescrição de um valor principal. Do mesmo modo, da interpretação de um princípio poderá resultar uma norma formatada tal como uma regra, com uma hipótese e uma consequência.

Ávila (2011, p. 73-82) trata da distinção entre regras e princípios a partir de, basicamente, cinco critérios: O primeiro é o critério da “natureza da justificação exigida”. Enquanto normas, que possuem a descrição do comportamento devido como caráter elementar para sua caracterização, as regras devem ser aplicadas no esforço argumentativo de fazer corresponder a *construção conceitual* dos fatos em dada situação com a construção conceitual da descrição normativa e, secundariamente, com a construção conceitual da finalidade que dá suporte à regra. Trata-se, portanto, de uma “relação de correspondência”.

Já no caso dos princípios, a relação é de “correlação” entre a conduta a ser adotada e o estado de coisas ou finalidade albergadas pelo princípio. Segundo o autor, o “ônus argumentativo é estável”, já que não há prescrição mais detalhada de condutas. Além disso, aponta que os casos precedentes de aplicação do princípio devem ser investigados, para a apuração do conteúdo normativo dos mesmos. A boa-fé parece atender a este critério, pois não prevê de antemão uma conduta específica tal como a prescrição de uma regra, e inclusive porque seu conteúdo normativo define-se na prática.

Outro critério apresentado para a distinção, de natureza temporal, diz respeito ao caráter primariamente retrospectivo das regras (pois a situação de fato já é conhecida ou prevista pelo legislador) e primariamente prospectivo dos princípios (estado de coisas a ser obtido)²¹. A boa-fé enquadra-se neste critério

21 As dimensões prospectivas e retrospectivas de boa-fé serão tratadas mais adiante como classificações sob o critério de efeitos da boa-fé, e, portanto, com significados diversos do quanto proposto por Ávila na caracterização de princípios jurídicos. Vide item 1.5.3.

enquanto princípio, pois tem em vista a obtenção de um determinado estado de coisas, qual seja, e de maneira simplificada, aquele que corresponde às expectativas legítimas dos sujeitos da relação jurídica relativamente aos padrões de conduta esperados.

Expõe-se também a distinção entre regras e princípios segundo a “medida de contribuição para a decisão”. Os princípios teriam condão de complementariedade e parcialidade relativamente à decisão, pois não buscariam subsidiá-la inteiramente, mas sim contribuir, ao lado das demais razões, para a solução do caso. Por força disso, haveria uma maior interdependência entre princípios. As regras, por sua vez, apresentam uma “pretensão terminativa”, pois buscam bastar-se em si para a tomada de decisão, de modo a abranger todos os aspectos relevantes para tanto. Daí o caráter decisivo e abarcante das regras. Na prática, e conforme será visto na análise de jurisprudência, a boa-fé figura ao lado de outros princípios e de regras, sendo, portanto, complementar e parcial numa decisão.

O quarto critério de distinção apresentado pelo autor diz respeito à intencionalidade da norma. Princípios deslocam a intencionalidade dos meios para os fins. A positivação de princípios impõe a adoção de determinados comportamentos para atingir o fim. O conteúdo do comportamento é de difícil precisão; no entanto, a espécie dos meios é sempre a mesma, identificando-se com o que for necessário para a promoção do fim. A boa-fé demanda a atuação do Poder Público e dos particulares que com ele se relacionam referenciada finalisticamente a um estado de lealdade e probidade; por isso, segundo este critério, também pode ser compreendida a boa-fé como princípio.

Por fim, o quinto critério para a distinção entre regras e princípios é o da “natureza do comportamento prescrito”, ou seja, o modo pelo qual regras e princípios prescrevem comportamentos. Para o autor, enquanto regras são “normas imediatamente descritivas”, princípios são “normas imediatamente finalísticas”²². Tal como mencionei anteriormente, a boa-fé volta-se ao atingimento

²² Em verdade, de acordo com a exposição de Ávila, o nível de determinação dos comportamentos necessários a um fim é o que diferencia ambos. Enquanto normas

de um estado de lealdade e probidade nas relações jurídicas, sem, contudo, prescrever especificamente um comportamento definido de antemão.

Por todo o exposto, entendo que a boa-fé manifesta-se ora princípio de direito, ora como elemento de fato. E não só: nesse último sentido, pode-se considerá-la um princípio geral, aplicável a todos os ramos do direito. Isso porque a boa-fé remonta às noções basilares de lealdade, honestidade, fidelidade e justiça, em todas as relações que envolvam vinculação jurídica entre indivíduos²³. Os padrões de conduta que dela decorrem devem ser seguidos por todos os membros da comunidade entre si e, por isso, afirma-se, tal como Pérez (1989, p. 51), que a boa-fé somente se cogita nas relações de reciprocidade dos indivíduos, quando delas emerge a confiança e as expectativas de um em relação aos comportamentos do outro.

Por sua natureza de princípio geral, a Administração não só poderá como deverá se valer da boa-fé para ponderar sua conduta e suas relações com o administrado em maior sensibilidade para com as circunstâncias do caso concreto e para as macrodemandas que devem ser contempladas pela política e pelos operadores da política, na concepção de domínio organizado de Max Weber²⁴,

prescrevem um comportamento determinado e mais preciso que indica (indiretamente) um fim (daí seu caráter deontico-deontológico), princípios estipulam uma finalidade e permitem a adoção do comportamento necessário para seu atingimento – daí demanda-se uma análise partindo de relacionamento entre regras e o ato fundamental e mais complexo interpretação legitimada institucionalmente (daí seu caráter deontico e teleológico). Regras têm por epíteto o elemento descritivo; princípios, o elemento finalístico.

23 Em razão disso, é possível compreender a boa-fé como uma categoria que expressa a unidade do sistema ético proposta por Fábio Konder Comparato. O autor (2006, p. 45-46) compreende que o sistema ético abrange o conjunto dos subsistemas de dever-ser da religião, da moral e do direito. Além disso, entende (p. 19) que a complexidade acentuada do homem e da humanidade em geral não comporta explicações reducionistas, sendo mais acertada a perspectiva holística. Por isso, o problema social deve ser abordado como um sistema, compreendendo o conjunto dos elementos que o compõem.

24 Segundo Max Weber (1982, p. 99), ao líder de um governo compete organizar a ação política, o que se desdobra em um domínio organizado, que demanda Administração contínua, através de meios materiais e humanos (os quadros de pessoal executivo) que estejam subordinados à obediência frente aos senhores do poder. Além disso, deve-se estabelecer uma separação entre o quadro de pessoal e os meios materiais (organização econômica) para o exercício da Administração subordinada ao poder do líder. Daí a associação entre Administração Pública e política em tal abordagem weberiana centrada nos vínculos entre o líder político e seu *longa manus* no exercício do domínio político estatal, quais sejam, precisamente os indivíduos que movem a máquina administrativa – e deverão fazê-lo atrelados ao projeto político ligado às convicções do líder.

alocados, principalmente, na Administração Pública.

Considera-se também a boa-fé no direito administrativo enquanto verdadeira humanização das relações que esse ramo do direito tem em vista, conforme afirma Pérez (1989, p. 32), já sistematicamente mecanizadas, em vista mesmo do princípio da legalidade (em seu sentido próprio do direito administrativo²⁵) e da burocracia sob a qual se estrutura.

Nesse sentido, destaque-se também o entendimento de Judith Martins Costa (2000, p. 409-410), ao considerar a boa-fé como uma “subversão”. Com razão tal potencial “subversivo” da boa-fé igualmente pode se manifestar no direito administrativo, na medida em que se apresenta como alternativa ao mesmo tempo conciliadora da tensão entre os princípios da supremacia do interesse público e dos direitos fundamentais, bem como possibilidade de oferecer um novo padrão valorativo do funcionamento da Administração Pública, mais apropriado às demandas gerenciais modernizantes e de eficiência. Dessa forma, é possível compreender a boa-fé em matéria de direito administrativo como provável vetor de um desenho criativo para a conformação de dinâmicas institucionais.

Na sequência das ideias que anteriormente expus, tem-se que a atuação administrativa deve se voltar às finalidades estatais, sempre condicionadas, por sua vez, ao interesse público e à concretização dos direitos fundamentais. Por outras palavras o *ethos* administrativo traduz-se na própria perquirição aos

25 A legalidade no direito administrativo, consagrado expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, compreenderia dois aspectos: reserva legal e supremacia da lei. A reserva legal traz o sentido geral de que a ação administrativa se realiza apenas na medida em que haja norma que assim o autorize. A norma em que se pauta a Administração não necessariamente será a lei em sentido estrito, mas também a Constituição e os atos administrativos que se fundem nas mesmas, conforme afirma Marrara (2014b, p. 26). Engloba duas regras principais – o que a Administração faz deve encontrar adequação na lei em geral, lato sensu, e não lei estrita, isto é, envolvendo a Constituição, princípios, legislação, e atos da Administração que se fundem nos mesmos. Isso também não quer dizer que a ação administrativa deva estar prevista detalhadamente nas normas, mas sim que deve sua autorização se fundar no Direito. A supremacia da lei, por sua vez, significa que nenhuma ação administrativa pode contrariar a lei – e “lei” deve ser também compreendida em sentido amplo, isto é, lei em sentido estrito, Constituição e atos administrativos neles fundados. Conclui, então, Marrara (2014b, p. 26-28) que a legalidade compreenderia a conformidade entre o bloco normativo vigente e as condutas do Poder Público, relação essa que é caracterizada pela reserva da lei e pela supremacia da lei.

interesses da coletividade, ao bem comum, e é nessa medida que a Administração Pública legitima e justifica sua atividade. Em razão disso é possível fazer a associação remissiva entre a conduta administrativa e a raiz provocativa de sua ação, do que se infere que deve existir um padrão de conduta da Administração Pública que melhor reflita sua essência democrática.

O princípio da boa-fé, dessa forma, revela-se como elemento fulcral na dinâmica dos agentes envolvidos na relação administrativa e na própria estruturação da máquina estatal. Já Aristóteles (2001, p. 187) atribuía à boa relação entre governo e súditos o caráter de amizade, subordinada à existência de um bem comum como finalidade (também comum), em conformidade com o provérbio citado pelo filósofo (2001, p. 184), “os amigos têm bens em comum”. E a melhor amizade, na concepção aristotélica, é aquela entre pessoas com a mesma benignidade de ânimo, entre homens bons, isto é, pessoas amigas entre si por não objetivarem qualquer vantagem individual imediata, mas sim visarem ao bem um ao outro de modo idêntico, características essas que se reproduzem nas comunidades políticas (2001, p. 185).

É comum, todavia, segundo anteriormente apontado, associar a noção de boa-fé restritivamente à esfera do direito privado, na relação entre particulares. Deve-se atentar, contudo, à moderna concepção dialógica da atuação estatal frente aos particulares, na qual mecanismos democráticos de consensualização e responsividade permitem a emergência de uma relação mais horizontalizada, expressando a inerência comunicativa da democracia, na qual, os indivíduos, entre seus pares, pessoas privadas, podem se reunir na esfera pública “regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade” (HABERMAS, 2003, p. 42). A atuação da Administração, nesse contexto, ainda que sempre subordinada à realização do interesse público, gera justas expectativas de conduta estatal e a presunção geral de atuação moral, democrática e conforme a lei. É, portanto, anacrônico reduzir a aplicação da boa-fé às relações jurídicas privadas.

Na definição de boa-fé, embora ampla, ou mesmo de “amplitude quase

incomensurável”, como a predica Gomes (2009, p. 10)²⁶, observa-se sua natureza sobremaneira informe e volátil, inferindo-se claramente seu teor moral, que se apresenta como possível elo entre o problema posto ao aplicador do direito em linguagem jurídica e o acontecimento da vida, com suas imbricações éticas e referências ao senso de justiça. Dessa forma, a boa-fé denota um elemento correicional da atuação por vezes mecânica e subsuntiva do aplicador do direito, arejando o processo criador, restritivo e interpretativo do direito.

Mas, afinal, em termos jurídicos, o que é a boa-fé? Álvaro Villaça Azevedo (2008, p. 17-18) compreende a boa-fé em sua dimensão ética, identificando-a mesmo com “o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito”. Continua o autor: “A boa-fé é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança”. Para Teresa Negreiros (2006, p. 249), “o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto que, contudo, se materializa em exigências que não podem ser de antemão definidas”. Desse modo, segundo tais concepções gerais, depreendem-se os seguintes aspectos da boa-fé: seu potencial configurador de moldes para a expressão prática da legalidade; o aporte da consideração da aparência da licitude na compreensão das relações jurídicas; a percepção do indivíduo sobre tal estado de legalidade; os deveres de conduta dessa percepção derivados.

Em direito administrativo, Hely Lopes Meirelles (2002, p. 89) reconhece no inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da LPA, que menciona a boa-fé como padrão de conduta administrativa, a consagração infraconstitucional do princípio da moralidade no direito administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 101-102) entende que o conteúdo da moralidade administrativa compreende os princípios da lealdade e da boa-fé, segundo os quais cumpre à Administração Pública atuar “com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer

26 O que se pode atribuir talvez, conforme afirma Gomes (2009, p. 16), à própria dissipação do conceito romano inicial, atrelado à permissão de apreciação jurídica de causas não estritamente baseadas no *jus civile*, passando a ser empregado no *usucapio*, significando o desconhecimento da violação de propriedade alheia, e também imiscuindo-se com a concepção grega de *aequitas*, passando a boa-fé a expressar noções como justiça, honestidade e lealdade. A evolução do conceito de boa-fé será analisada mais detidamente no trabalho definitivo do tema proposto.

comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”. E, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 87), embora o princípio da boa-fé não tenha previsão constitucional expressa, pode ser extraído implicitamente de outros princípios, especialmente dois: o da moralidade e o da probidade administrativa (artigos 15, V; 37, §4º; 85, V, da Constituição Federal).

Para Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 153-156), “não há a menor dúvida quanto à presença da boa-fé como um dos pontos cardeais da nossa realidade administrativa”. O autor vê a boa-fé refletida no artigo 3º, I, da Constituição Federal, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no já mencionado *caput* do seu artigo 37. José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 254-255) também a compreende circunscrita constitucionalmente no artigo 37 e “legalizada” pela Lei de Processo Administrativo Federal, em suas menções expressas, além de também identificar um movimento “moralizador” do ordenamento jurídico com tais previsões.

Em linhas gerais, traduzindo o conceito de boa-fé para o direito administrativo, obtém-se o entendimento de que a conduta do administrador em relação aos administrados, e desses em relação ao primeiro, deve sempre perfilar a colaboração, a concórdia, a ética, a confiança, de forma a se desdobrar numa boa conclusão, pacificando ânimos e realizando o interesse público.

Tenho consciência de que os termos abstratos empregados nesta breve definição de boa-fé no ramo de direito administrativo não a tornam insuscetível de críticas (inclusive de autocrítica). Conforme se verá, no decorrer desta dissertação, buscarei tornar essas primeiras noções mais concretas, o que naturalmente decorrerá da exposição mais detida das funções e das manifestações da boa-fé em matéria de direito administrativo.

1.4 Histórico da boa-fé

Este item apresenta, em um primeiro momento, um panorama bem resumido e sem quaisquer pretensões de exaustividade histórica sobre o desenvolvimento da boa-fé ao longo do tempo, desde suas origens romanas, apresentando os marcos históricos mais relevantes, segundo entendo, para tanto. Posteriormente, traçarei um histórico geral da boa-fé, a partir das manifestações da segurança jurídica e da moralidade, no direito administrativo brasileiro.

Daí o presente item designar-se “histórico” e não “história” da boa-fé, porque, de fato, nem sua pretensão, tampouco seu método, são históricos. Busca-se apenas contextualizar temporalmente o leitor e apresentar ilações relevantes para as análises seguintes, segundo se pode entender como digno de nota.

1.4.1 Origens

Para tratar panoramicamente de uma perspectiva histórica dentro das delimitações expostas no item anterior, vali-me da obra de António Menezes Cordeiro (2001, p. 64-331), a qual apresenta um vasto e profundo estudo sobre a boa-fé (ainda que referentemente ao direito civil), representando o “novo clássico” para aqueles que se debruçam sobre o tema.

A boa-fé deita suas raízes jurídicas na Antiguidade, pois consta que os esboços da figura atualmente identificada como tal encontram-se no Direito Romano, especificamente na *fides* promessa e na *fides* poder, ambas associadas à clientela, sendo a primeira o ato promissório de sujeição, ou seja, a submissão à discricionariedade do mais forte, e a segundo a relação de subordinação hierárquica do *pater* em relação ao *cliens*, ou, por outras palavras, um ato pessoal de submissão atrelado a uma garantia.

A *fides* relacionava-se a um sentido íntimo de fidelidade, estendendo-se inclusive aos próprios magistrados, conforme apontou Ignácio Maria Poveda Velasco (2011, p. 758), pois o instituto impunha a vinculação dos mesmos ao edito que tivessem elaborado, bem como a irretroatividade da norma jurídica. Com isso, havia, segundo aponta o autor, um sentimento de confiança e segurança dos cidadãos no ordenamento.

Um segundo momento relevante para a trajetória do que hoje é chamada boa-fé é verificado na experiência pretoriana, com o surgimento da *bonae fidei iudicia*²⁷ – uma categoria processual que reunia sob sua rubrica figuras jurídicas precipuamente embasadas na confiança e na relação pessoal entre os envolvidos. De modo geral, a *bona fidei iudicia* representou um instrumento introdutor de expedientes unitários e específicos para a tutela processual da boa-fé já no direito romano.

Ao longo do tempo, ainda no direito romano, é possível considerar que a *bona fides*, de sua origem técnica precisa para flexibilização do formalismo, foi adquirindo os contornos de um tópico formal, desprovido de conteúdo e cujo emprego variava conforme envolvia a cultura ocidental ou oriental. A ambivalência então adquirida pela boa-fé predomina até nossos dias, assim como seu potencial flexibilizador da lei²⁸.

No período justiniano verificaram-se algumas ocorrências de expansão da boa-fé, como o alargamento do elenco dos *bonae fidei iudicia*, a multiplicação dos fenômenos de difusão vertical e o combate à má-fé, que levaria ao aumento das diferenças do tratamento da posse de boa ou má-fé. A consideração da boa-fé na posse já seguia o sentido que hoje também vige, que diz respeito à ignorância do

27 Para uma definição mais exata, é elucidativo o seguinte trecho: “São *bonae fidei iudicia* os que, postulando, no período clássico, *actiones in ius conceptae*, tinham, contudo, uma *intentio* assente na *fides*, agora acompanhada do adjetivo *bona*.” (CORDEIRO, 2001, p. 73).

28 Ainda sobre as origens romanas da boa-fé deve-se notar o instituto do *oportet ex fide bona* (CORDEIRO, 2001, p. 100-101), cuja função consistia em conferir ao juiz algumas diretivas para sua decisão de teor referenciado em cláusulas gerais hoje relacionadas à boa-fé: “decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efectivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pode não deve, se não houve despesas específicas advenientes da duração da causa” etc.

possuidor sobre alguma irregularidade jurídica relativamente à posse – ou seja, imprimia-se uma subjetividade à noção de boa-fé. A presente anotação é muito relevante para os desdobramentos da pesquisa, pois será retomada em momentos posteriores²⁹.

Havia também previsões no *corpus iuris canonici*³⁰ sobre a boa-fé em sede de prescrição aquisitiva. Faz-se menção a duas previsões conflitantes, que se sucedem e que refletem bem a evolução do pensamento romano ao cristão. No *Decretum Gratiani* (Decreto) previa-se que a boa-fé somente era necessária no início da posse para configurar-se apta à usucapião. Já nas Decretais previa-se que a posse de boa-fé deveria perdurar por todo o período da posse até a aquisição.

Diante dessas primeiras considerações, pode-se inferir uma diferença do direito canônico em relação ao direito romano. Para os romanos, enquanto a boa-fé nas obrigações dizia respeito à honestidade e à fidelidade, na posse a boa-fé seria apenas uma ignorância escusável. Já no direito canônico houve a unificação dos sentidos da boa-fé em torno da noção de ausência de pecado, em um movimento geral de subjetivação da boa-fé.

No período medieval, surge uma figura central atrelada ao sentido da boa-fé, a *Treu und Glauben* do direito germânico. A menção à figura é registrada desde o século XIV; no entanto, não figurou imediatamente tecnicizada nos códigos ou nas decisões, quando então se permitiu seu emprego e seu desenvolvimento livres, no sentido de expansão dos seus significados. Nesse aspecto pode-se apontar uma semelhança com a *bona fides* do *Corpus Iuris Civilis*.

A origem da boa-fé germânica estaria associada com o juramento de

29 Vide itens 1.5.1 e 1.6.

30 É relevante compreender o sentido geral do direito no direito canônico. Era um direito voltado a valores transcendentais, para a concretização da “lei de deus”. Nesse sentido imprimiu uma eticização do sentido de boa-fé, ou deu-lhe uma carga axiológica. Em suma, o direito canônico conferiu uma dimensão ético-psicológica à boa-fé (CORDEIRO, 2001, p. 155). Nas palavras de Cordeiro (2001, p. 156): “A intervenção do Direito Canônico cifrou-se, pois, na eticização da boa-fé subjetiva”.

honra, atrelado, por sua vez, ao conceito de *Schuld* e *Haftung*, débito e responsabilidade, sendo, portanto, na segunda dimensão da obrigação, uma relação de responsabilidade pessoal que se firmaria pela palavra solenemente dada. Nesse sentido, a boa-fé germânica revigoraria o aspecto ritualístico de um instituto jurídico. Ora, a exteriorização de dado comportamento ou fala era fundamental para que se irradiassem os efeitos da boa-fé, independentemente da crença ou do estado mental do indivíduo. Daí dizer-se que houve a objetivação da boa-fé, em movimento oposto ao do verificado no direito canônico.

De modo geral, pode-se dizer que a evolução da boa-fé germânica se deu na seguinte direção: do conteúdo do juramento de honra, ou seja, lealdade e cumprimento à palavra dada, ou ainda a confiança em dada pessoa, para a segurança geral, em nível da comunidade, sendo então uma regra de comportamento social. Para Cordeiro, a boa-fé germânica assumiu dois sentidos fundamentais no campo jurídico: cumprimento exato dos deveres do contrato e consideração dos interesses da outra parte no exercício do direito.

No período do Renascimento, destaca-se Donellus, que, conforme expõe Cordeiro, trata da boa-fé possessória ainda em termos clássicos, isto é, segundo sua dimensão subjetivo-psicológica, mas também acresce a referido aspecto o comportamento correto, com ausência de dolo. Quanto à boa-fé contratual ou objetiva, ele a compreende em um sentido positivo, isto é, de reforço à prestação do quanto acordado, e num sentido negativo, ou seja, referente à ausência de dolo, fraude e coação.

Ainda, o jusracionalismo (período no qual o jusnaturalismo influenciou o direito) tratou a boa-fé em suas variadas facetas, abrangendo desde sua forma subjetivo-psicológica, seu conteúdo ético, até sua concepção afetiva³¹. Desse modo, o

31 Assim expõe Menezes Cordeiro (2001, p. 202): “Perante os operadores racionalistas, a boa-fé surge, assim, com uma série de potencialidades, contraditórias até, por vezes: por um lado, um conceito técnico-jurídico, de conteúdo psicológico, dobrado, no texto do *Corpus Iuris Civilis*, de uma menção diluída puramente retórica, na gênese da qual, não obstante, era possível detectar o vector da busca de soluções materiais, tidas por equilibradas, no domínio contratual; por outro, uma representação ética, também subjectivada, a entender dentro da escala axiológica ocidental cristã; por fim, um factor afetivo, dominado por padrões sociais objectivos.”

período do jusracionalismo³² teria operado um aprofundamento da generalidade da boa-fé, sem promover uma sistemática central, o que configuraria um retrocesso na compreensão da figura.

Outro momento relevante para o histórico da boa-fé diz respeito ao Código Civil Francês, que lhe faz inúmeras referências, mas a principal influência absorvida é a do direito romano, reproduzindo a previsão da boa-fé possessória como a ignorância do indivíduo. Houve, contudo, uma maior margem de discussão quanto ao artigo 1134, o qual prevê que as convenções devem ser executadas de boa-fé, mas que assume uma feição geral de viés jusracionalista referente ao fortalecimento dos contratos.

Nota-se que toda análise da boa-fé à época esteve vinculada à tradição da escola exegeta, a qual atribuía à mesma suas exatas dimensões cristalizadas na lei, isto é, a boa-fé possessória, subjetiva, tratava-a como elemento psicológico da ignorância do possuidor. Tal método, segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 257), trouxe problemas para a previsão da boa-fé objetiva. Houve inclusive uma interpretação no sentido de que o conteúdo dessa dimensão da boa-fé, por atrelar-se ao contrato, dizia respeito ao cumprimento estrito do que esse último previa – o que repete o sentido de boa-fé como reforço da obrigatoriedade contratual. Também se interpretou o dispositivo no sentido de que a boa-fé impunha uma “interpretação material dos pactos, a acatar de acordo com a vontade e os fins reais das partes”, de modo a atender à “substancialidade do contrato”. Desse último entendimento, derivaram duas concepções da boa-fé. A primeira delas entendia a boa-fé como uma “alma das relações sociais”, e a segunda a via como um “corretivo à contratualidade”, no sentido de infundir às relações contratuais o dever de conduta honesta, tanto na formação do vínculo como na execução do contrato.

32 Ainda no âmbito do jusracionalismo, destaca-se Grotius, o qual discerniu uma gradação da aplicação da *fides*, sendo mais intensa entre membros de uma comunidade do que entre não membros, atingindo seu nível máximo entre partes de um contrato. Para Grotius, conforme aponta Menezes Cordeiro (2001, p. 215), a *fides* se aplicaria em um contexto de igualdade entre as pessoas e, por isso, também de liberdade, sendo nele devido o respeito pela palavra dada.

No período pandectista, representativas da configuração atribuída à boa-fé são as lições de Savigny. Mantém-se a divisão entre boa-fé subjetiva e objetiva. A inovação advém de um elemento exteriorizado em relação à primeira dimensão subjetivo-possessória: para Savigny, o elemento interno psicológico somente pode ser fundamentado na existência de um título para a posse, operando-se uma espécie de “objetivação da boa-fé possessória”.

Em relação à boa-fé objetiva, das obrigações, são associadas as ações *bona fidei iudicia*, as quais confeririam ao julgador maior liberdade decisória com base em padrões de moral e honestidade vigentes na comunidade³³.

Ainda relevante quanto às origens do sentido atualmente compreendido pela figura, destaque-se o Código Civil Alemão (BGB), que apresenta inúmeras previsões sobre a boa-fé³⁴. A terminologia adotada reflete mais claramente a divisão entre a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) e a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), contrapondo expressamente as duas dimensões. Quanto ao sentido geral de tais dispositivos, afirma Menezes Cordeiro (2001, p. 331) que se pode distinguir dois eixos principais: boa-fé subjetiva enquanto elementos atinentes ao sujeito e boa-fé objetiva enquanto reforço material do contrato.

Segundo aponta Giacomuzzi (2013, p. 236-237), o §242 do BGB, que estabelece o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do direito alemão, foi o centro de um importante enlace histórico, pois estendeu seu alcance, a partir da atuação ampliada dos intérpretes, para todo o ordenamento e, na teoria do direito, nele se pautou Hauriou ao propor suas reflexões sobre a boa

33 “A pandectística conserva, firme pois, a dualidade da boa fé. No campo decisório, ela traduz um estado interior do beneficiário, expresso como ignorância dos vícios ocorridos na transferência do domínio, como desconhecimento de lesar a posição de terceiros ou como crença na excelência da própria posição. O aditar-se-lhe, por vezes, de outros requisitos e, designadamente, a exigência de um fundamento jurídico para a convicção do possuidor ou da desculpabilidade do erro em que incorra, não altera, tal como surge na literatura da época, esta realidade, a nível substancial. No sector das acções, mantem-se uma menção aos *bonae fidei iudicia* caracterizados por um alegado alargamento do *officium iudicis* e sensível, em particular, na chamada inerência das excepções.” (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 303).

34 Os dispositivos dedicados à boa-fé objetiva no BGB são os seguintes, conforme enumera Menezes Cordeiro (p. 325-326): § 157; § 162/1 e 2; § 242; § 320/2 e § 815. Por sua vez, a boa-fé subjetiva encontra-se positivada em 16 dispositivos do BGB, segundo também Menezes Cordeiro (p. 226): §§ 926, 932, 932a, 933, 934, 937, 945, 955, 957, 990, 991, 1007, 1058, 1208, 2024 e 2025.

administração e a moralidade administrativa. Daí a origem da intrincada relação entre moralidade e boa-fé objetiva no direito administrativo.

1.4.2 Evolução da boa-fé no direito administrativo brasileiro

Na presente análise são adotados como marcos para a exposição as ordens constitucionais brasileiras, a fim de se demonstrar, em um arranjo disposto em escala de sucessão no tempo jurídico, as principais observações sobre a evolução da figura. As fontes utilizadas foram as Constituições brasileiras, a legislação infraconstitucional produzida e obras doutrinárias escritas às respectivas épocas.

O princípio da boa-fé, no direito brasileiro, jamais foi expressamente mencionado nas Constituições. Contudo, por associar-se intrinsecamente, ou mesmo ao abrigo da moralidade administrativa e da segurança jurídica, tratarei do histórico constitucional da boa-fé a partir dos dispositivos que refletem a noção aproximada do que hoje se convencionou chamar de tais princípios. A análise se vale justamente de uma aproximação porque, como é sabido, além de ser inviável e equivocado transpor o significado de um instituto atual para o passado, a história do Poder Público brasileiro e do direito (ou falta de direito) que o sustentava foi marcada por períodos de extremo autoritarismo que não condizem, ao menos no plano das normas jurídicas, com o caráter democrático e legalista vivenciado atualmente.

Conhecendo os riscos que podem advir da visão caricatural de momentos históricos, ou mesmo da atribuição de uma continuidade aos mesmos, é possível afirmar, sem olvidar as referidas cautelas, que o espírito geral da evolução histórica desse objeto – a moralidade e a segurança jurídica relacionadas ao Poder Público nas Constituições brasileiras –, conforme se verá, perpassou, grosso modo, pelo seguinte movimento ou tendência: quanto mais autoritário o governo, isto é, menos sujeito aos crivos democráticos de controles diversos

quanto ao cumprimento da lei e mais dotado de prerrogativas (ou de ausências de proibição) para interferir nos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, menos normas havia para conformar e tutelar a moralidade (ou os padrões de conduta moral) do poder, mas mais normas havia dirigidas à moralidade da sociedade. E o inverso também é válido, ou seja, quanto mais democrático e legalista o poder, nos termos das normas constitucionais, mais normas existiam voltadas à imposição e à tutela da moralidade no Poder Público, e menos normas eram previstas sobre o patrulhamento moral dos particulares.

Passo à análise.

1.4.2.1 Constituição de 1824

A jovem nação brasileira debutou na ordem constitucional pela outorga da Carta por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824. E, em que pese a forma de governo monárquica, havia alguns mecanismos de controle da atuação do imperador, como os artigos 15 e 37 da Constituição³⁵, que determinavam como competência da Assembleia Geral³⁶ e da Câmara dos Deputados instituir exame da administração passada, bem como reformar os abusos nela perpetrados, em caso de morte do imperador ou vacância do trono. Relevante notar que se admitia a correção do governo que havia terminado, bem como já se falava em “abusos” possivelmente nele cometidos, o que denota a preocupação do constituinte com a higidez na condução dos negócios públicos.

Ainda, o artigo 47 previa como atribuição exclusiva do Senado conhecer dos delitos individuais cometidos pelos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, conselheiros de Estado, e senadores, além dos delitos dos deputados

35 Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral: [...] VI. Na morte do Imperador, ou vacancia do Throno, instituir exame da administração, que acabou, e reformar os abusos nella introduzidos. Art. 37. Tambem principiaraõ na Camara dos Deputados: [...] I. O Exame da administração passada, e reforma dos abusos nella introduzidos

36 A Assembleia Geral era composta pela Câmara de Deputados e Câmara de Senadores, nos termos do artigo 14 da Constituição de 1824.

durante o período da legislatura (inciso I)³⁷. Outra atribuição exclusiva do Senado era conhecer da responsabilidade dos secretários e conselheiros de Estado (inciso II)³⁸. Desse modo, as instâncias do Poder Público não contavam com impunidade constitucional, exceto o próprio imperador, que, segundo o artigo 99³⁹, era inviolável e sagrado, não se sujeitando a qualquer responsabilidade.

Outro dispositivo que parece refletir uma certa noção de moralidade administrativa na Constituição de 1824 é o artigo 75⁴⁰, que previa dentre as qualificações necessárias para um membro dos Conselhos Gerais de Província a probidade. Referidos conselhos exerciam o papel do Poder Público em nível local, e a eles eram atribuídas as funções de propor, discutir e deliberar sobre os negócios mais “interessantes” das suas províncias, e, assim, formular projetos adequados às “localidades” e “urgências” (artigo 81⁴¹). Apenas os considerados “probos” poderiam compor o conselho, mas não eram dados maiores parâmetros para a definição da probidade no texto constitucional.

A respeito da responsabilidade dos Ministros de Estado, o artigo 133⁴² previa dentre as hipóteses a traição, a peita, o suborno, e a concussão, além do abuso de poder, sendo que o artigo 135⁴³ não excepcionava da responsabilidade dos Ministros o fato de as infrações terem sido cometidas pelo Imperador. Desse modo, buscava-se o amparo constitucional de figuras que remetem à lealdade (no caso da previsão de responsabilidade por traição) e à higidez administrativa (no caso da previsão da peita, suborno e concussão, hoje tratados no ordenamento

37 Art. 47. É da attribuição exclusiva do Senado [...] I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.

38 Art. 47. É da attribuição exclusiva do Senado [...] II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado.

39 Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

40 Art. 75. A idade de vinte e cinco annos, probidade, e decente subsistencia são as qualidades necessarias para ser Membro destes Conselhos.

41 Art. 81. Estes Conselhos terão por principal objecto propôr, discutir, e deliberar sobre os negocios mais interessantes das suas Provincias; formando projectos peculiares, e accommodados ás suas localidades, e urgencias.

42 Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsaveis I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. [...]

43 Art. 135. Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto.

jurídico como crimes contra a Administração e infrações administrativas), além do exercício normal do poder (no caso da responsabilidade por abuso de poder, que, como se verá adiante neste estudo, apresenta estreita relação com a boa-fé).

A responsabilidade dos Conselheiros de Estado, dos Juizes de Direito, e Oficiais de Justiça, todos também ocupantes de funções no Poder Público, também era prevista na Constituição de 1824⁴⁴. Especificamente contra os Juizes de Direito e Oficiais de Justiça previa-se no artigo 157⁴⁵ a ação popular, a ser proposta por qualquer um do povo, em caso da prática de suborno, peita, peculato e concussão. Adicionalmente, o artigo 179, inciso XXX⁴⁶, previa que todo cidadão poderia apresentar por escrito ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo reclamações, queixas ou petições e mesmo expor qualquer infração à Constituição, requerendo a responsabilidade dos infratores. Nascia assim o antepassado do direito à petição.

Ainda quanto à responsabilização de agentes públicos, o artigo 179, inciso XXIX⁴⁷, situado no Título 8º (que dispunha sobre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos), previa que os “empregados públicos” seriam responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício da função, ou por não promoverem a responsabilização dos seus subalternos. Além da previsão de “abusos” no exercício da função, o que remete para a ideia de abuso de poder (associada à boa-fé, como será tratado posteriormente neste estudo), a responsabilização dos empregados públicos era tratada como uma das garantias civis dos cidadãos, o que denota a inspiração em um certo exercício “legítimo” do

44 Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

45 Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

46 Art. 179, XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

47 Art. 179, XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

cargo em favor do interesse geral.

Ainda no artigo 179, no inciso III⁴⁸, previa-se que a lei não teria efeito retroativo e também o direito adquirido às recompensas pela prestação de serviços ao Império, no inciso XVIII⁴⁹, regras essas atualmente referenciadas ao princípio da segurança jurídica (que também se liga à boa-fé, no sentido da confiança dos cidadãos). No mesmo artigo faziam-se menções a termos ligados à moralidade imposta não aos agentes públicos, mas sim aos cidadãos. Vedava-se a liberdade de expressão em caso de abusos (inciso IV⁵⁰) e a liberdade de religião em caso de ofensa à “moral pública”⁵¹. Por fim, mencione-se o inciso XVI do artigo 179⁵², que previa a abolição de todos os privilégios, exceto os essenciais que fossem ligados aos cargos e que se justificassem pela utilidade pública. Havia então um critério de legitimidade dos privilégios, sendo os não essenciais (e, portanto, não legítimos) vedados.

Em termos de legislação infraconstitucional que aqui merece menção, destaque-se o Decreto de 17/02/1825, que declarava efetiva, na forma da Constituição, a responsabilidade dos empregados públicos⁵³, e a Lei de 15/10/1827, que estabelecia a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado. Os Ministros responsabilizavam-se, nos termos da lei mencionada, por traição (artigo 1º), peita (artigo 2º, §1º), suborno (artigo 2º, §2º) ou concussão (artigo 2º, §3º), e também por abuso de poder (artigo 3º). O abuso de poder era definido como o mau uso da autoridade em atos não especificados em lei, que

48 Art 179, III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

49 Art. 179, XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fórma das Leis.

50 Art. 179, IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

51 Art. 179, V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

52 Art. 170, XVI. XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

53 A lei continha apenas um pequeno texto, e nenhum artigo ou parágrafo: “Declara na fórma da Constituição fazer-se effectiva a responsabilidade dos empregados publicos, e podendo occorrer, que não pudesse já ter logar pela falta de Lei regulamentar: Hei por bem Declarar, que aquella effectiva desde já nos casos, e pelos meios determinados na Leis existentes. A Mesa do Desembargo do Paço o tenha assim entendido, e faça executar, expedindo para esse fim os despachos necessarios.”

tenham gerado prejuízo ao Estado ou ao particular, e também como a usurpação de qualquer das atribuições do Legislativo ou do Judiciário. O artigo 8º previa que qualquer cidadão poderia denunciar os Ministros, os Secretários de Estado e os Conselheiros de Estado pelos delitos previstos na lei.

Além disso, a Lei nº 234 de 1841, que criava o novo Conselho de Estado, previa dentre as atribuições dos conselheiros resolver sobre os *abusos* de autoridades eclesiásticas⁵⁴.

Ainda, a Lei de 04/10/1831, que organizava o Tribunal do Tesouro Nacional, previa no artigo 6º, dentre as atribuições do mesmo, a direção e a fiscalização da receita e despesa nacional (§1º⁵⁵), além da tomada de contas anual de todas as repartições públicas (§3º⁵⁶) e da inspeção de todos aqueles que tivessem a seu cargo a receita e a despesa de dinheiro público (§10⁵⁷).

A doutrina da época não mencionava algo como princípios jurídicos como fonte do direito administrativo, e tampouco a moral. Tome-se a obra de Vicente Pereira do Rego (1857, p. 4-5), que menciona como objeto da Administração, além da execução da lei, a utilidade pública. Mesmo o regulamento em matéria administrativa à época, conforme menciona o autor, não poderia contrariar as leis.

Paulino José Soares de Souza Uruguai (1862, p. 9), por sua vez, distinguia duas ordens de objetivos principais do direito administrativo: uma “puramente

54 Art. 7º Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negocios, em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo, para resolvê-los; e principalmente: [...] 5º Sobre abusos das Autoridades Ecclesiasticas. [...].

55 Art. 6º Compete ao Tribunal do Thesouro Nacional:
§ 1º A suprema direcção e fiscalisação da receita e despeza nacional; inspeccionando a arrecadação, distribuição, e contabilidade de todas as rendas publicas, e decidindo todas as questões administrativas, que á taes respeitos possam occorrer.

56 Art. 6º Compete ao Tribunal do Thesouro Nacional:
§ 3º Tomar annualmente contas a todas as Repartições Publicas, por onde se despendem dinheiros da nação, mandando passar quitações; quando correntes, aos respectivos Thesoueiros, Recebedores, Pagadores, ou Almoxarifes; e mandando proceder contra elles, quando illegaes.

57 Art. 6º Compete ao Tribunal do Thesouro Nacional:
§10. Inspeccionar não só os Officiaes empregados nas differentes Repartições de Fazenda, immediatamente dependentes do mesmo Thesouro, como tambem aquelles, que tiverem a seu cargo a receita, ou despeza dos dinheiros publicos em Estações dependentes de outra jurisdicção, como algumas fabricas, e officinas nacionaes, que por esse motivo lhe ficam subordinadas.

técnica”, que compreendia “a disposição e o mecanismo dos serviços públicos, o desenvolvimento da sua organização interior, as relações respectivas dos agentes superiores com os inferiores, a execução material”. O outro bloco de objetivos dizia respeito às “relações da administração com o cidadão para a execução das leis e regulamentos, isto é, os direitos e deveres recíprocos dos administradores e administrados”. Note-se que o primeiro conjunto condiz com as relações internas da Administração, e o segundo com a ação administrativa em interação com o administrado. Assim, observa-se que o autor concebia a política como fonte de desmoralização da atuação administrativa.

Explica-se também que, tanto em matéria administrativa como em matéria cível, a coisa julgada não teria força absoluta, uma vez que “novas circunstâncias podem por novamente em litígio uma questão, e provocar um julgamento diferente” (REGO, 1857, p. 6). Proibia-se, contudo, o *bis in idem*.

Uruguai (1862, p. 21) apontava os riscos da proximidade das instâncias políticas das administrativas, inclusive pela concentração do “poder administrativo” nas mãos do Executivo, pois haveria o risco da “invasão dos interesses políticos na administração” e também de “conveniências pessoais e políticas passageiras” na gestão administrativa, o que poderia implicar a “desmoralização” dos quadros administrativos, conforme menciona o autor. Afirma também que a responsabilização dos Ministros não era “corretivo eficaz” para os “desvios administrativos”, sendo a única solução a separação entre política e administração⁵⁸.

58 Para Uruguai (1862, p. 22), essa “separação” na verdade consistiria em “uma boa organização administrativa, isto he, em garantias de audiencia, exame e conselho; na organização do contencioso, na boa composição de Tribunaes administrativos; na fórmula do processo; nos recursos para a revisão e reconsideração dos casos; em uma justa e razoavel decentralisação, de modo que, sem que fique pêada a acção do Executivo, seja estorvado o abuso, e aquelle arbitrio que he dispensavel”.

1.4.2.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891, marco jurídico da proclamação da República enquanto forma de governo, apresenta normas mais restritivas aos ocupantes de cargos no Poder Público, nas quais a associação com a moralidade é possível.

Primeiramente, o artigo 11⁵⁹ vedava aos Estados e à União a prescrição de leis retroativas, o que, conforme já mencionado e que será tratado em momento posterior neste estudo, atrela-se ao princípio da segurança jurídica em conexão com a boa-fé. Ainda no âmbito Legislativo, o artigo 23⁶⁰ proibia que membros do Congresso Nacional, desde sua eleição, celebrassem contratos com o Poder Executivo, e que dele recebessem comissões ou remunerações de empregos. As exceções a essa restrição eram previstas no parágrafo 1º do mesmo artigo. Previa-se também, no artigo 24⁶¹, que o deputado ou o senador não poderia ser presidente ou compor diretorias de bancos, companhias ou empresas que desfrutassem de favores do governo federal, sob pena de perda do mandato.

O artigo 47⁶² delimitava os parâmetros para a eleição do Presidente da República e seu Vice, determinando como critério de inelegibilidade (em ambos os cargos), no parágrafo 4º, a consanguinidade (parentes de 1º e 2º graus) do Presidente da República e do seu Vice em exercício no momento da eleição ou que o tenha deixado até seis meses antes. Previa-se também no artigo 54 as hipóteses para a configuração dos atos do Presidente como crime de responsabilidade, dentre elas havia os atos que atentassem contra a probidade

59 Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: [...] 3º) prescrever leis retroativas.

60 Art 23 - Nenhum membro do Congresso, desde que tenha sido eleito, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo nem dele receber comissões ou empregos remunerados.

§ 1º - Excetua-se desta proibição: 1º) as missões diplomáticas; 2º) as comissões ou comandos militares; 3º) os cargos de acesso e as promoções legais.

61 Art 24 - O Deputado ou Senador não pode também ser Presidente ou fazer parte de Diretorias de bancos, companhias ou empresas que gozem favores do Governo federal definidos em lei. Parágrafo único - A inobservância dos preceitos contidos neste artigos e no antecedente importa em perda do mandato.

62 Art 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos.

§ 4º - São inelegíveis, para os cargos de Presidente e Vice-Presidente os parentes consangüíneos e afins, nos 1º e 2º graus, do Presidente ou Vice-Presidente, que se achar em exercício no momento da eleição ou que o tenha deixado até seis meses antes.

da Administração⁶³. Nos termos do artigo 53⁶⁴, o Presidente seria submetido a julgamento pelos crimes comuns e por crimes de responsabilidade somente após a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação, no Supremo Tribunal Federal para a primeira ordem de crimes, e no Senado para a segunda. O parágrafo 1º do artigo 33⁶⁵ estabelecia que, quando o Senado funcionasse como tribunal, tal como na hipótese de julgamento do crime de responsabilidade, seria presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Previu-se, pela primeira vez, de modo muito próximo ao quanto previsto atualmente, o *impeachment* do chefe de estado e de governo do Brasil.

O artigo 52⁶⁶ delimitava a responsabilidade dos Ministros de Estado, ressaltando que não seriam responsáveis perante o Congresso ou perante os Tribunais pelos conselhos dados ao Presidente. Responderiam, sim, pelos crimes praticados nos termos da lei (§1º), e por eles seriam julgados, tanto nos comuns, como nos de responsabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, a menos que cometido em conexão com o Presidente, quando então seriam julgados pela autoridade competente (§2º), o Senado.

Na mesma linha dos artigos 157 e 179, da Constituição de 1824, a Constituição de 1891 previa no parágrafo 9º do artigo 72⁶⁷, situado no Título IV,

63 Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: [...] 6º) a probidade da administração;

64 Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

65 Art 33 - Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve.

§ 1º - O Senado, quando deliberar como Tribunal de Justiça, será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Não proferirá sentença condenatória senão por dois terços dos membros presentes.

§ 3º - Não poderá impor outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro sem prejuízo da ação da Justiça ordinária contra o condenado.

66 Art 52 - Os Ministros de Estado não serão responsáveis perante o Congresso, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

§ 1º - Respondem, porém, quanto aos seus atos, pelos crimes em lei.

§ 2º - Nos crimes, comuns e de responsabilidade serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.

67 Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a

“Dos cidadãos brasileiros”, e na Seção II, “Declaração de direitos”, a permissão para qualquer um representar, mediante petição aos poderes públicos, para denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados. A figura também foi prevista dentro do bloco de direitos e garantias individuais e políticas, o que denota um certo sentido “cidadão” de tal instrumento.

O artigo 73⁶⁸ vedava as acumulações remuneradas em cargos públicos civis ou militares e o artigo 82⁶⁹ previa que os funcionários públicos seriam responsáveis pelos abusos e omissões a que dessem causa no exercício de seus cargos, assim como, por indulgência ou negligência, por não responsabilizarem seus subalternos. Assim, a previsão da figura do abuso no exercício da função, que remete à boa-fé, pela relação entre eles que será tratada mais adiante, e da responsabilidade subjetiva do funcionário público pode ser entendida como medida de combate ou prevenção a abusos no âmbito do funcionamento das repartições públicas.

Por fim, o artigo 80, além de apresentar previsões gerais sobre o estado de sítio, também dispunha, em seu parágrafo 4⁷⁰, sobre a responsabilidade das autoridades que o tenham ordenado pelos abusos cometidos. Mais uma vez, a figura do abuso aqui aparece para fins de indicar que haveria limites para a restrição das garantias constitucionais no estado de sítio, fora dos quais a legitimidade de seu exercício findaria.

inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados

68 Art 73 - Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.

69 Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

70 Art 80 - Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº 21).

§ 4º - As autoridades que tenham ordenado tais medidas são responsáveis pelos abusos cometidos.

Nota-se, enquanto diferença em relação à Constituição anterior, além da ampliação dos sujeitos e das possibilidades de responsabilização dos ocupantes de cargos políticos, que os parâmetros morais impostos à sociedade como limites ao exercício de direitos fundamentais deixou de ser mencionado. Tal constatação pode vir a reforçar a hipótese mencionada anteriormente da medida inversamente proporcional existente entre moralização do poder e moralização da sociedade pelos dispositivos constitucionais.

Sob a égide desta Constituição, destacam-se alguns diplomas infraconstitucionais relevantes para a moralidade. Dentre eles, o Decreto nº 27, de 1892, que regula o processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado nos crimes comuns, sendo que seu artigo 2º⁷¹ permite a todos os cidadãos denunciar o Presidente da República perante a Câmara dos Deputados pelos crimes comuns e de responsabilidade.

Destaca-se também o Decreto nº 30, de 1892, que promulgava a lei sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República. Destacam-se os tipos de responsabilidade previstos no Capítulo VI, intitulado “Dos crimes contra a probidade da Administração”, e dentre eles destacam-se os de expedir decretos, regulamentos ou ordens em desacordo com a Constituição e as leis (artigo 37⁷²); usar mal da autoridade, de modo a cometer abusos ou excessos que causem danos ao Estado ou a particular (artigo 43⁷³); deixar-se corromper por favores ou influência de alguém para proceder contra os deveres do cargo (artigo 45⁷⁴); comprometer a honra e a dignidade do cargo por incontinência pública ou escandalosa (artigo 48⁷⁵).

Além disso, também merece destaque o Decreto nº 4.536/1922, que

71 Art. 2º E' permitido a todo cidadão denunciar o Presidente da Republica perante a Camara dos Deputados pelos crimes communs ou de responsabilidade.

72 Art. 37. Expedir decretos, instruccões, regulamentos ou ordens, ou fazer requisições contrarias ás disposições expressas da Constituição ou da lei.

73 Art. 43. Usar mal de sua autoridade, commettendo excessos ou abusos não especificados na lei, que tenham produzido damno provado a algum particular ou ao Estado.

74 Art. 45. Deixar-se corromper por influencia ou peditorio de outrem para proceder contra os deveres do cargo.

75 Art. 48. Comprometter a honra e a dignidade do cargo por incontinencia publica e escandalosa, ou pelo vicio de jogos prohibidos ou de embriaguez repetida, ou portando-se com inaptidão notoria ou desidia habitual no desempenho de suas funcções.

organiza o Código de Contabilidade da União, disciplinando todos os atos relativos às contas de gestão do patrimônio nacional, além da inspeção e registro da receita e despesa federais, tornando-os centralizados no Ministério da Fazenda, sob direção da Diretoria Central de Contabilidade da República e fiscalização do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1^o⁷⁶.

Ademais, o artigo 87⁷⁷ previa que todos os responsáveis por recursos públicos ficariam sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, que fixaria a situação de tais responsáveis para com a Fazenda Nacional.

No plano doutrinário, destaque-se Alcides Cruz (1910, p. 13), que incluía como fonte do direito administrativo (ao lado da Constituição da República, da legislação ordinária, dos decretos regulamentares e dos regulamentos em matéria de direito administrativo em geral, das instruções, avisos e circulares, do costume, e da doutrina) os princípios gerais do direito público e do privado aplicáveis ao direito administrativo, bem como a jurisprudência administrativa nacional e a norte-americana.

Cruz (1910, p. 23) também apontava o excesso de poder como um dos vícios mais frequentes do ato administrativo referentes à incompetência, “verificável toda a vez que a autoridade administrativa praticou atos para os quais não tinha competência, ou quando a tinha, ultrapassou-a”. Desse modo, a figura do abuso de poder delineava-se como hipótese de nulidade do ato administrativo.

Ainda, quanto à revogação do ato administrativo, afirma Cruz (1910, p. 25) que se dele tiverem se criado direitos, ainda que o interesse público recomende a revogação, o titular desses direitos deverá ser indenizado.

76 Art. 1º A Contabilidade da União, compreendendo todos os actos relativos ás contas de gestão do patrimonio nacional, á inspecção e registro da receita e despesa federaes, é centralizada no Ministerio da Fazenda, sob a immediata direcção da Directoria Central de Contabilidade da Republica e fiscalização do Tribunal de Contas.

77 Art. 87. Todos os responsaveis, de direito ou de facto, por dinheiros, valores e outros bens da União, ou pelos quaes deva esta responder, ainda mesmo que residam fóra do paiz, ficam sujeitos á jurisdicção do Tribunal de Contas, que, de accôrdo com a lei, fixará a situação desses responsaveis para com a Fazenda Nacional, exceptuados os ministros de Estado.

1.4.2.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 previu no artigo 7º, inciso I, alínea f⁷⁸, a prestação de contas da Administração como um dos princípios rígidos que devem ser preservados nas Constituições e leis dos Estados-membros. Revela-se a importância de referido princípio, de modo mais explícito do que a Constituição anterior, pois o mesmo deve observar a simetria nas diferentes normas jurídicas das esferas federativas.

Determinava-se também no artigo 17, inciso VI⁷⁹, um princípio de colaboração federativa, pois vedava à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a negativa de cooperação entre os respectivos funcionários no interesse de serviços correlatos. Colaboração consiste em um dos padrões de conduta impostos pelo princípio da boa-fé, não apenas em relações de particulares com a Administração, mas também nas relações administrativas internas, como um princípio de funcionamento da boa administração.

O artigo 33⁸⁰ elencava as atividades restritas aos deputados, desde a expedição do diploma e desde a posse (§1º). Dentre as proibições, estavam as celebrações de contratos com a Administração Pública federal, estadual ou municipal, o aceite ou exercício de cargo, comissão ou emprego público remunerado, a atuação como diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em contrato com a Administração, a ocupação de cargo público de demissão *ad nutum*, o acúmulo de um mandato

78 Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: [...] f) prestação de contas da Administração; [...].

79 Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - negar a cooperação dos respectivos funcionários no interesse dos serviços correlativos; [...].

80 Art 33 - Nenhum Deputado, desde a expedição do diploma, poderá: 1) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal. 2) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerados, salvas as exceções previstas neste artigo e no art. 62.

§ 1º - Desde que seja empossado, nenhum Deputado poderá: 1) ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública; 2) ocupar cargo público, de que seja demissível *ad nutum*; 3) acumular um mandato com outro de caráter legislativo, federal, estadual ou municipal; 4) patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios.

com outro de caráter legislativo, federal, estadual ou municipal, e o patrocínio de causas contra a União, os Estados e os Municípios.

As atribuições de controle do Legislativo em relação à Administração foram, conforme se nota, ampliadas em relação à Constituição de 1891. Já no artigo 37⁸¹, da Carta de 1934, previa-se a possibilidade de convocação, pela Câmara dos Deputados, do Ministro de Estado para prestar informações sobre determinadas questões, relativas ao Ministério respectivo. Se o Ministro não comparecesse, configurar-se-ia crime de responsabilidade.

O artigo 40⁸² previa dentre as competências do Poder Legislativo o julgamento das contas do Presidente da República. Para tal julgamento, o Legislativo contava com o parecer elaborado pelo Tribunal de Contas⁸³ sobre as contas do Presidente da República, cuja prestação deveria ser anual, nos termos do artigo 102⁸⁴. O mesmo dispositivo previa que se essas contas não fossem enviadas tempestivamente, tal fato seria comunicado à Câmara dos Deputados, para fins de direito, devendo o Tribunal de Contas lhe apresentar, em todo caso, um “minucioso relatório do exercício financeiro terminado”.

Todavia, nesta Constituição não se mantém o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade pelo Senado, mas sim se prevê no artigo 58⁸⁵ um Tribunal Especial, criado *ad hoc*, composto por nove juízes, sendo

81 Art 37 - A Câmara dos Deputados pode convocar qualquer Ministro de Estado para, perante ela, prestar informações sobre questões prévia e expressamente determinadas, atinentes a assuntos do respectivo Ministério. A falta de comparência do Ministro sem justificação importa crime de responsabilidade.

§ 1º - Igual faculdade, e nos mesmos termos, cabe às suas Comissões.

§ 2º - A Câmara dos Deputados ou as suas Comissões designarão dia e hora para ouvir os Ministros de Estado, que lhes queiram solicitar providências legislativas ou prestar esclarecimentos.

82 Art 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo: [...] c) julgar as contas do Presidente da República;

83 As competências do Tribunal de Contas eram previstas no artigo 99, que dispunha: “É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos”.

84 Art 102 - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado.

85 Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte

três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados, sendo presidido pelo presidente da Corte Suprema (que teria voto de qualidade). Nos crimes comuns, ainda segundo o mesmo artigo, o Presidente da República seria processado e julgado pela Corte Suprema. A probidade administrativa era também tutelada pela Constituição, pois o artigo 57, alínea ^f⁸⁶, previa como hipótese para a configuração do crime de responsabilidade os atos que atentassem contra a mesma.

Os Ministros de Estado também poderiam ser responsabilizados por crimes de responsabilidade e por crimes comuns, sendo julgados pela Corte Suprema, a menos quando conexos com o Presidente da República, quando então poderiam ser julgados pelo Tribunal Especial, nos termos do parágrafo 1º do artigo 61⁸⁷. O §2º⁸⁸ deste mesmo dispositivo previa que os Ministros seriam responsáveis pelos atos que subscrevessem, ainda que conjuntamente com o Presidente da República, ou por ordem dele, no que se difere da Constituição anterior, que previa a irresponsabilidade dos Ministros pelos conselhos dados ao Presidente.

As restrições para a elegibilidade do cargo de Presidente da República previstas nos artigos 52, §6º⁸⁹, também pareciam buscar a moralidade do pleito,

-
- Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.
- § 6º - Decretada a acusação, o Presidente da República ficará, desde logo, afastado do exercício do cargo.
- § 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie.
- 86 Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: [...]
f) a probidade da administração; [...].
- 87 Art 61 - São crimes de responsabilidade, além do previsto no art. 37, in fine, os atos definidos em lei, nos termos do art. 57, que os Ministros praticarem ou ordenarem; entendendo-se que, no tocante às leis orçamentárias, cada Ministro responderá pelas despesas do seu Ministério e o da Fazenda, além disso, pela arrecadação da receita.
§ 1º - Nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Ministros serão processados e julgados pela Corte Suprema, e, nos crimes conexos com os do Presidente da República, pelo Tribunal Especial.
- 88 Art 61, §2º - Os Ministros são responsáveis pelos atos que subscreverem, ainda, que conjuntamente com o Presidente da República, ou praticarem por ordem deste.
- 89 Art. 52 § 6º - São inelegíveis para o cargo de Presidente da República:
a) os parentes até 3º grau, inclusive os afins do Presidente que esteja em exercício, ou não o haja deixado pelo menos um ano antes da eleição;

ao vedar, tal como a Constituição anterior, a participação de parentes (desta vez, até o 3º grau, restrição mais ampla, portanto, do que a previsão anterior) e dos substitutos do Presidente em exercício que tenham ocupado o cargo em qualquer tempo, dentro de seis meses anteriores à eleição. As regras de inelegibilidade são minudenciadas em cada esfera federativa no artigo 112.

A responsabilidade dos funcionários públicos era prevista no artigo 171⁹⁰ como solidária com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, em razão de qualquer prejuízo causado por negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo. Veda o artigo 172⁹¹ o acúmulo de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.

O artigo 113, situado no Título III, “Da declaração de direitos”, e no Capítulo II, “Dos direitos e garantias individuais”, previa no item 3⁹² a tríade essencial da segurança jurídica, ao determinar que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O item 26⁹³ previa a irretroatividade da lei, e o 27⁹⁴ a admitia excepcionalmente, apenas para beneficiar o réu.

O mesmo artigo também dispunha sobre a permissão, a todos, de representação, mediante petição, aos Poderes Públicos, para denunciar abusos

-
- b) as autoridades enumeradas no art. 112, nº 1, letra a, durante o prazo nele previsto, e ainda que licenciadas um ano antes da eleição, e as enumeradas na letra b do mesmo artigo;
- c) os substitutos eventuais do Presidente da República que tenham exercido o cargo, por qualquer tempo, dentro de seis meses imediatamente anteriores à eleição.
- 90 Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.
 § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.
 § 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.
- 91 Art 172 - É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.
 § 1º - Excetua-se os cargos do magistério e técnico-científicos, que poderão ser exercidos cumulativamente, ainda que por funcionário administrativo, desde que haja compatibilidade dos horários de serviço.
- 92 Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
- 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. [...]
- 93 Art. 113, 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.
- 94 Art. 113, 27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.

das autoridades e buscar os responsabilizar⁹⁵. Adicionalmente o item 38, do artigo 113⁹⁶, determinava que a qualquer cidadão era autorizada a legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos que lesassem o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

O item 33 do artigo 133⁹⁷ previa o mandado de segurança, para a defesa de direito “certo e incontestável” que foi ameaçado ou violado por ato de inconstitucionalidade ou ilegalidade manifesta perpetrado por qualquer autoridade. Em relação à Constituição anterior, esta suprime a expressão “abuso de poder”, mas não deixa de ser um mecanismo de coibir arbítrios e excessos por parte de agentes públicos.

A Constituição de 1934 contemplava um escopo de moralização da sociedade e dos indivíduos mais amplo, ou, ao menos, mais nítido do que a Constituição anterior. Essa constatação pode ser demonstrada já no artigo 137⁹⁸, segundo o qual a lei deverá prever a fiscalização e a revisão das tarifas de serviços concedidos ou delegados, para que os lucros dos concessionários ou dos delegados não ultrapassem a “justa retribuição do capital”, em favor do interesse coletivo. Desse modo, as possibilidades de lucro deveriam ser limitadas por um critério de justiça ou legitimidade, que coincidiria com a capacidade de atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços.

O artigo 138, alínea g, na esteira da promoção de uma moral em nível estatal, previa que compete à União, aos Estados e aos Municípios zelar pela “higiene mental” e estimular “a luta contra os *venenos sociais*”. A preocupação

95 Art. 113, 10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

96 Art. 113, 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

97 Art. 113, 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

98 Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

com moral encontrava-se também no artigo 149⁹⁹, que previa o direito à educação, que deveria ser proporcionada de maneira a possibilitar “eficientes fatores da vida moral” da Nação, e para desenvolver no “espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”.

O artigo 169¹⁰⁰ previa as hipóteses de estabilidade dos funcionários públicos e o artigo 170¹⁰¹ previa a elaboração pelo Legislativo de um Estatuto dos Funcionários Públicos, seguindo dentre as normas-diretrizes as de que o funcionário teria direito a recurso em caso de punição disciplinar e de que o funcionário que se valesse de sua autoridade em favor de partido político ou que realizasse pressão partidária sobre seus subordinados seria punido com a perda do cargo, “quando provado o abuso, em processo judiciário”. É possível supor que tal dispositivo, sob o ideal do paradigma burocrático, procura instituir a neutralidade dos quadros administrativos, sendo considerado um “abuso”, isto é, o exercício anormal da função, a propagação de preferências políticas no exercício do cargo.

No plano infraconstitucional, destaca-se a Lei nº 156, de 24 de dezembro de 1935, que dispunha sobre o funcionamento do Tribunal de Contas e estabelecia no artigo 21¹⁰², de modo amplo, a jurisdição própria e privativa do TCU

99 Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

100 Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

101 Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: [...]

8º) todo funcionário público terá direito a recurso contra decisão disciplinar, e, nos casos determinados, à revisão de processo em que se lhe imponha penalidade, salvo as exceções da lei militar;

9º) o funcionário que se valer da sua autoridade em favor de Partido Político, ou exercer pressão partidária sobre os seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso, em processo judiciário; [...].

102 Art. 21. O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, abrangendo todos os responsáveis por dinheiro, valores e material pertencentes a Nação, ou pelas quaes esta responda, ainda mesmo que exerçam suas funções, ou residam, no exterior; bem como os herdeiros, fiadores e representantes dos

sobre todos os responsáveis por recursos pertencentes à Nação.

Quanto à doutrina, cite-se José Matos de Vasconcellos (1936, p. 28), que mencionava, dentre as fontes normativas do direito administrativo, os princípios gerais de direito, bem como as práticas administrativas que, conforme será visto, compõem uma parcela significativa das expectativas legítimas e da confiança dos administrados. O autor (1936, p. 365) citava alguns instrumentos dirigidos a atos administrativos praticados com vícios. Dois deles eram o recurso por excesso de poder e a anulação do ato administrativo atacado por excesso de poder, cujas hipóteses de cabimentos compreendiam, além dos vícios de incompetência e de forma, a “violação da lei e de direitos adquiridos”, bem como o abuso de poder. Esse último era conceituado pelo autor (1936, p. 367) como “quando se realiza um ato com o fim diverso do seu objetivo; a *desnaturalização* do ato e a sua manifesta iniquidade”.

Também relevante apontamento de Vasconcellos (1936, p. 122-123) referia-se à distinção entre discricionariedade e arbítrio, no sentido de que, na ausência da vinculação da lei, abre-se espaço para favoritismos e interesses pessoais. No entanto, afirmava que a ponderação da conveniência e da oportunidade dos atos, para sua melhor implementação técnica e equitativa, encontra na Administração o espaço mais privilegiado para realizar-se, até mesmo em comparação com o Legislativo.

1.4.2.4 Constituição de 1937

Esta é a Constituição na qual o quanto dito na introdução deste item sobre o “autoritarismo” se faz valer de modo mais nítido. Conforme se verá, há inúmeros dispositivos voltados à moralização social, ao passo que ao Poder Público se oferecem possibilidades maiores de intervenção nos direitos fundamentais.

ditos responsáveis.

A primeira previsão digna de destaque na Constituição de 1937 refere-se à proibição de ocupar, simultaneamente, o cargo de deputado e de membro do Conselho Federal, nos termos do artigo 38, parágrafo 2º¹⁰³. O artigo 43¹⁰⁴ previa a responsabilização civil e criminal dos membros do Legislativo por difamação, calúnia, injúria, ultraje à *moral pública*, ou provocação pública ao crime. A menção à moral pública não é gratuita nesta Constituição, especialmente se considerado o parágrafo único do artigo, que previa que, dentre outras hipóteses, havendo “incitamento à subversão violenta da ordem política ou social”, haveria um procedimento simplificado de destituição do cargo parlamentar, bastando a votação pela maioria absoluta de uma das Casas. A vedação de atividades que entrassem em conflito de interesse com o exercício da função parlamentar era prevista no artigo 44¹⁰⁵, na mesma esteira das Constituições anteriores.

O artigo 45¹⁰⁶ previa a possibilidade de a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal poderem convocar os Ministros de Estado para

103 Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

§ 1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

§ 2º - Ninguém pode pertencer ao mesmo tempo à Câmara dos Deputados e ao Conselho Federal.

104 Art 43 - Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Parágrafo único - Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

105 Art 44 - Aos membros do Parlamento nacional é vedado:

- a) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal;
- b) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerado, salvo missão diplomática de caráter extraordinário;
- c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público;
- d) ocupar cargo público de que seja demissível *ad nutum*;
- e) patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios.

106 Art 45 - Qualquer das duas Câmaras ou alguma das suas Comissões pode convocar Ministro de Estado para prestar esclarecimentos sobre matérias sujeitas à sua deliberação. O Ministro, independentemente de qualquer convocação, pode é pedir a uma das Câmaras do Parlamento, ou a qualquer de suas Comissões, dia e hora para ser ouvido sobre questões sujeitas à deliberação do Poder Legislativo.

esclarecimentos sobre matérias de sua atribuição. Além disso, o mesmo dispositivo permitia que o Ministro, independente da convocação mencionada, fosse ouvido sobre questões de atribuição e deliberação do Poder Legislativo. Ainda sobre os Ministros de Estado, o artigo 89¹⁰⁷ repetia a fórmula da Constituição de 1891 sobre a irresponsabilidade dos mesmos em relação aos conselhos prestados ao Presidente da República. Os parágrafos 1º e 2º¹⁰⁸ do artigo, de outro lado, previam a responsabilidade pelos crimes comuns e de responsabilidade dos Ministros, sendo processados e julgados em todo caso pelo Supremo Tribunal Federal, a menos nos crimes conexos com o do Presidente da República.

A responsabilidade do Presidente da República era disposta nos artigos 85¹⁰⁹, 86¹¹⁰ e 87¹¹¹. Dentre as hipóteses dos crimes de responsabilidade, a alínea *d* previa a proibição administrativa, ao lado da “guarda e emprego dos dinheiros públicos”, de modo que se supõe que o constituinte procurou atrelar a má administração de recursos públicos à ordem da moralidade, juntamente com a improbidade. Nos termos do artigo 86, os crimes de responsabilidade do Presidente da República seriam julgados pelo Conselho Federal, após a admissão da procedência da acusação pelo voto de dois terços da Câmara dos

107 Art 89 - Os Ministros de Estado não são responsáveis perante o Parlamento, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

108 Art 89, § 1º - Respondem, porém, quanto aos seus atos, pelos crimes qualificados em lei. § 2º - Nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.

109 Art 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) a proibição administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público;
- e) a execução das decisões judiciais.

110 Art 86 - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

§ 1º - O Conselho Federal só poderá aplicar a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis na espécie.

§ 2º - Uma lei especial definirá os crimes de responsabilidade do Presidente da República e regulará a acusação, o processo e o julgamento.

111 Art 87 - O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.

Deputados. O artigo 87 já previa uma espécie de “irresponsabilidade relativa” do Presidente da República, ao dispor que ele não poderia ser responsabilizado por quaisquer atos estranhos às suas funções. Além disso, para o julgamento e o processamento do Presidente da República em crimes comuns, silencia a Constituição.

Em relação aos funcionários públicos, sua responsabilidade era prevista no artigo 158¹¹², sendo solidária juntamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, em razão de qualquer prejuízo causado por negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo. O artigo 159¹¹³ vedava o acúmulo de cargos públicos remunerados no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios e o artigo 156, nas alíneas *b* e *c*¹¹⁴, previa o ingresso na carreira mediante concurso público e a estabilidade dos funcionários públicos.

O artigo 67¹¹⁵ dispunha sobre a organização de um Departamento Administrativo, que funcionaria junto à Presidência da República, com atribuições de estudo das repartições administrativas, para diagnóstico da eficiência e economia, e também para propor modificações na organização dos serviços

112 Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.

113 Art 159 - É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.

114 Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;

c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se; [...].

115 Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições:

a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público;

b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados;

c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária.

públicos, além de organizar anualmente a proposta orçamentária para ser enviada à Câmara dos Deputados, e fiscalizar a execução orçamentária conforme as instruções do Presidente. Denota-se aqui a forte intervenção presidencial na atividade de controle orçamentário.

Ademais, com a competência de *acompanhar* a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis pelos bens e recursos públicos e a legalidade dos contratos celebrados pela União, previa-se no artigo 114¹¹⁶ o Tribunal de Contas, cujos membros eram nomeados pelo Presidente da República. Acerca de suas competências, nada mais a Constituição previa, o que representa um retrocesso nas funções desse órgão em relação às previsões da Constituição de 1934.

O artigo 122, situado no Título “Dos direitos e garantias individuais”, além de ser bem mais enxuto do que o da Constituição de 1934, não previa mais o mandado de segurança, ou algum instrumento afim, com o objetivo de proteger os direitos líquidos e certos do cidadão contra o arbítrio e abusos de autoridades. Previa-se, contudo, o direito de petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral no item 7º¹¹⁷.

O artigo 116, alínea *c*¹¹⁸, previa a perda de nacionalidade àqueles que tivessem sua naturalização revogada pelo exercício de atividade política ou social *nociva ao interesse nacional*.

A “disciplina moral” e o “adestramento físico” eram previstos no artigo 132¹¹⁹ como fins das instituições e associações, a serem fundadas ou auxiliadas

116 Art. 114 - Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

117 Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral; [...].

118 Art 116 - Perde a nacionalidade o brasileiro: [...]

c) que, mediante processo adequado tiver revogada a sua naturalização por exercer atividade política ou social nociva ao interesse nacional.

119 Art 132 - O Estado fundará instituições ou dará o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas; e outras por fim organizar para a juventude períodos de

pelo Estado, que organizassem trabalho anual nos campos e oficinas para a juventude, tendo também por escopo “prepará-la ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação”. Pode-se dizer que o Estado buscava moldar as consciências dos seus cidadãos, incutindo-os de sentimentos de devoção para com o país, ou seja, impor uma determinada moralidade ajustada aos autoritarismos característicos da época.

Até mesmo no domínio econômico parecia que o Estado buscava, por disposição constitucional, impor essa moralidade, nos termos do artigo 135¹²⁰, que determinava dentre as hipóteses de intervenção do Estado na economia a de “introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”.

A defesa dos “interesses morais” do Estado e de seus nacionais durante a vigência do estado de emergência era prevista como hipótese de suspensão de garantias constitucionais relativas à propriedade e à liberdade das pessoas físicas ou jurídicas. O artigo 166¹²¹ da Constituição de 1937 disciplinava o referido estado

trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação.

120 Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

121 Art 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçada, o estado de emergência.

Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele o estado de guerra.

§ 1º - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República.

§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.

de emergência. Nota-se que, nesse sentido, o estado moral que se devia preservar sobrepujava até mesmo as liberdades individuais, justificando a restrição dessas últimas.

Já na doutrina da época, aparecia a legalidade como princípio da Administração Pública, e Marcelo Caetano (1937, p. 37) atribuía duas características a seu regime: (a) todas as autoridades públicas teriam de respeitar a regra de direito criada por autoridade superior; (b) o próprio autor da regra de direito também teria a obrigação de a observar enquanto não a revogar. Além disso, o autor identificava para as garantias preventivas (organização hierárquica dos agentes administrativos e a responsabilização civil, criminal e disciplinar dos mesmos) e repressivas para a legalidade (nulidades e anulabilidades dos atos administrativos), que seriam meios de efetivá-la. As garantias buscavam evitar ou coibir o arbítrio no exercício da função administrativa. Mencionavam-se também os meios gratuitos ou contenciosos para obter a anulação de um ato lesivo ao particular (CAETANO, 1937, p. 39-40).

Os princípios gerais de direito aparecem também como recurso para a integração de lacunas da lei, conforme expõe Marcelo Caetano (1937, p. 59), pela aplicação do artigo 16, do Código Civil de 1916. Para tanto, propunha três etapas (p. 61): procurar os princípios expressos na Constituição ou nas leis administrativas; se necessário, recorrer à doutrina nacional ou, de último caso, estrangeira; e, por fim, se falharem as etapas anteriores, buscar inspiração nos princípios basilares comuns a todo o direito.

1.4.2.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 previa no artigo 7^o¹²², dentre as hipóteses para intervenção federal nos Estados, a garantia da observância da prestação de

¹²² Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: [...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: [...]

f) prestação de contas da Administração; [...].

contas da Administração.

O artigo 48¹²³ dispunha sobre as atividades restritas aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado, desde a expedição do diploma (inciso I) e desde a posse (inciso II), na esteira das Constituições anteriores. A novidade fica por conta da previsão no parágrafo segundo do mesmo artigo, pela primeira vez nas Constituições, do *decoro parlamentar* como hipótese de perda do cargo por voto de dois terços dos membros de uma das Casas. Assim, a moralidade na conduta dos parlamentares passa a ser tutelada.

O artigo 54¹²⁴ tratava da obrigatoriedade de comparecimento dos Ministros de Estado perante a Câmara dos Deputados ou o Senado, ou em qualquer de suas comissões, quando houver convocação para prestar informações sobre determinado assunto. O não comparecimento injustificado implicará crime de responsabilidade por parte do Ministro convocado.

O artigo 62¹²⁵ disciplinava a competência privativa do Senado Federal para

123 Art 48 - Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

- a) celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica ou sociedade de economia mista, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes;
- b) aceitar nem exercer comissão ou emprego remunerado de pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público;

II - desde a posse:

- a) ser proprietário ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo público do qual possa ser demitido ad nutum;
- c) exercer outro mandato legislativo, seja federal, estadual ou municipal;
- d) patrocinar causa contra pessoa jurídica de direito público.¹

§ 1º - A infração do disposto neste artigo, ou a falta, sem licença, às sessões, por mais de seis meses consecutivos, importa perda do mandato, declarada pela Câmara a que pertença o Deputado ou Senador, mediante provocação de qualquer dos seus membros ou representação documentada de Partido Político ou do Procurador-Geral da República.

§ 2º - Perderá, igualmente, o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento seja reputado, pelo voto de dois terços dos membros de sua Câmara, incompatível com o decoro parlamentar.

124 Art. 54. Os Ministros de Estado são obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra Câmara os convocar para, pessoalmente, prestar informações acerca de assunto previamente determinado.

§ 1º A falta de comparecimento, sem justificação, importa crime de responsabilidade.

125 Art 62 - Compete privativamente ao Senado Federal:

- I - julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele;
- II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da

o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado (esses quando o crime for conexo com o do primeiro), bem como dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República. O julgamento no Senado seria presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 88¹²⁶ dispunha sobre a responsabilidade do Presidente da República, que será submetido a julgamento pelos crimes comuns no Supremo Tribunal Federal e pelos crimes de responsabilidade no Senado Federal, em ambos os casos desde que a Câmara dos Deputados declare procedente a acusação pelo voto da maioria absoluta dos seus membros. O artigo 89¹²⁷ define os crimes de responsabilidade do Presidente da República de modo amplo, como todos os atos que atentassem contra a Constituição, e, dentre as hipóteses especialmente previstas estava o atentado à probidade na administração (inciso V).

Os Ministros de Estado, nos termos do artigo 92¹²⁸ e 93¹²⁹, também poderiam ser julgados pelos crimes de responsabilidade que cometessem em conexão com o Presidente da República, sendo então julgados pelo Senado, e

República, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º - Nos casos deste artigo, funcionará como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - O Senado Federal só proferirá sentença condenatória pelo voto de dois terços dos seus membros.

§ 3º - Não poderá o Senado Federal impor outra pena que não seja a da perda do cargo com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da Justiça ordinária.

126 Art 88 - O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade.

Parágrafo único - Declarada a procedência da acusação, ficará o Presidente da República suspenso das suas funções.

127 Art 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: [...]

V - a probidade na administração; [...].

128 Art 92 - Os Ministros de Estado serão, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste.

129 Art 93 - São crimes de responsabilidade, além do previsto no art. 54, parágrafo único, os atos definidos em lei (art. 89), quando praticados ou ordenados pelos Ministros de Estado.

Parágrafo único - Os Ministros de Estado são responsáveis pelos atos que assinarem, ainda que juntamente com o Presidente da República, ou que praticarem por ordem deste.

pelo Supremo Tribunal Federal nos não conexos e nos crimes comuns. O parágrafo comum restituía a formulação da responsabilidade dos Ministros pelos atos que assinassem, ainda que juntamente com o Presidente da República ou por ordem dele.

Sobre a fiscalização do Poder Executivo, o artigo 65¹³⁰ previa a atuação da Câmara dos Deputados e do Senado em relação aos atos da Administração Pública centralizada e descentralizada. E esse controle seria realizado com o auxílio do Tribunal de Contas, cujas competências foram novamente ampliadas e previstas em maiores detalhes em relação à Constituição de 1937, nos termos dos artigos 76¹³¹ e 77¹³². O artigo 77 prevê, para além de acompanhar e fiscalizar a execução do orçamento, a competência do Tribunal de Contas dar parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República ao Congresso Nacional (nos termos do artigo 87, inciso XVII¹³³), e, se as contas não fossem enviadas tempestivamente deveria comunicar ao Congresso Nacional, e, em ambos os casos, apresentar um minucioso relatório sobre o exercício financeiro encerrado, nos termos do parágrafo 4º do artigo 77¹³⁴.

130 Art. 65, Parágrafo único. A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada.

131 Art 76 - O Tribunal de Contas tem a sua sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juizes do Tribunal Federal de Recursos.

§ 2º - O Tribunal de Contas exercerá, no que lhe diz respeito, as atribuições constantes do art. 97, e terá quadro próprio para o seu pessoal.

132 Art 77 - Compete ao Tribunal de Contas:

I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento;

II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas;

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

133 Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

XVII - prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; [...].

134 Art 77, § 4º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado.

Sobre os servidores públicos, o artigo 185¹³⁵ vedava a acumulação de cargos em quaisquer instâncias do serviço público, com exceções referentes a cargos de magistério e técnico-científico, ou da carreira médica. O artigo 186¹³⁶ previa a investidura mediante concurso. A inovação desta Constituição refere-se ao modelo de responsabilidade, que passou a ser das pessoas jurídicas de direito público interno, e não mais subjetiva dos funcionários, cabendo ação regressiva do Estado contra os últimos, nos termos do artigo 194¹³⁷.

O artigo 141, situado no Título IV, “Declaração de direitos”, e no Capítulo II, “Direitos e garantias individuais”, coloca a salvo da lei, em seu parágrafo terceiro¹³⁸, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ou seja, a clássica composição da segurança jurídica, que, conforme será tratado mais à frente neste trabalho, apresenta estreitas relações com a boa-fé. O mandado de segurança, instrumento de garantia do cidadão contra ilegalidade ou abuso de poder, volta a ser previsto nesta Constituição, no parágrafo 24¹³⁹. O parágrafo 37¹⁴⁰ prevê o direito de petição contra os “abusos de autoridades”, com o fim de lhes promover a responsabilidade, e o parágrafo 38¹⁴¹ dispõe sobre a legitimidade

135 Art. 185. É vedada a acumulação de cargos, no Serviço Público federal, estadual, municipal ou dos Territórios e Distrito Federal, bem como em entidades autárquicas, parastatais ou sociedade de economia mista, exceto a prevista no art. 96, nº I, a de dois cargos de magistério, ou a de um destes com outro técnico ou científico ou, ainda, a de dois destinados a médicos, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.

Parágrafo único. Excetuam-se da proibição deste artigo os professores da antiga Fundação Educacional do Distrito Federal, considerados servidores municipais da Prefeitura do Distrito Federal, por força, da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, respeitada a compatibilidade de horário.

136 Art 186 - A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

137 Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

138 Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

139 Art 141, § 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

140 Art 141, § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

141 Art 141, § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das

de qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio de qualquer ente federativo, bem como das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

O cidadão “nocivo” aos interesses públicos era definido a partir da Lei nº 1.802/1953, que definia os crimes contra o Estado e a ordem política e social, mencionando, por vezes, as atividades “subversivas” com as quais se entretinha.

Apenas a ordem econômica e a educação foram objeto de uma moralização constitucional. O artigo 145¹⁴² previa a organização da ordem econômica sob o pálio da “justiça social”, e o artigo 166¹⁴³ previa que a educação devia inspirar-se nos princípios de liberdade e solidariedade humana. Observa-se então que os parâmetros de moralidade previstos na Constituição dirigem-se precipuamente ao próprio Estado e seus agentes, e menos aos próprios cidadãos, diferentemente do quanto observado na Constituição de 1937.

No plano infraconstitucional, sob a égide da Constituição de 1946, destacam-se os muitos diplomas relativos à temática da moralidade tal como foi tratada aqui. Começo por aquele que diz respeito especificamente ao Tribunal de Contas, o qual continuou desempenhando suas funções de controle externo da Administração: Lei nº 830/1949, que reorganizava o Tribunal de Contas da União, Lei nº 886/1949, que dispunha sobre a organização e quadros do pessoal do Tribunal de Contas.

Além disso, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que definia os crimes de responsabilidade e regulava o respectivo processo de julgamento também merece destaque, principalmente porque prevê como crime de responsabilidade do Presidente da República, no artigo 4º, inciso V, os atos que atentem contra a probidade administrativa. O artigo 9º¹⁴⁴ da Lei definia os crimes de

entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

142 Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

143 Art 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

144 Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;

responsabilidade contra a probidade na Administração.

A Lei nº 3.528/1959, por sua vez, previa a aplicação aos prefeitos municipais, no que couberem, das disposições da Lei nº 1.079/1950, sobre os crimes de responsabilidade e seu processo de julgamento.

O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, foram regulados de modo inédito pela Lei nº 4.898 de 1965. O artigo 2º¹⁴⁵ previa que a representação se realizava por petição dirigida à autoridade superior ou ao órgão do Ministério Público competente. Os artigos 3º¹⁴⁶ e 4º¹⁴⁷ definiam os atos de abuso de autoridade, e o

-
- 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;
- 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;
- 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;
- 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;
- 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagí-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;
- 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo.
- 145 Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:
- dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;
 - dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.
- Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterà a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.
- 146 Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
- à liberdade de locomoção;
 - à inviolabilidade do domicílio;
 - ao sigilo da correspondência;
 - à liberdade de consciência e de crença;
 - ao livre exercício do culto religioso;
 - à liberdade de associação;
 - aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
 - ao direito de reunião;
 - à incolumidade física do indivíduo;
 - aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.
- 147 Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:
- ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
 - submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
 - deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
 - deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja

artigo 6^o¹⁴⁸ previa as sanções.

A Lei nº 1.579/1952 dispôs sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, na forma do artigo 53 da Constituição, ou seja, para a apuração de fato determinado. A Lei nº 4.137/1962 regulava a repressão ao abuso do poder econômico, sendo as práticas coibidas definidas no seu artigo 2^o¹⁴⁹. Não se pode deixar de mencionar também a Lei nº 1.533/1951, que disciplinava o mandado de segurança.

-
- comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
 - f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
 - g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
 - h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
 - i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.
- 148 Art. 6^o O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.
- § 1^o A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:
- a) advertência;
 - b) repreensão;
 - c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
 - d) destituição de função;
 - e) demissão;
 - f) demissão, a bem do serviço público.
- § 2^o A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.
- § 3^o A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:
- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
 - b) detenção por dez dias a seis meses;
 - c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.
- § 4^o As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.
- § 5^o Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.
- 149 Art. 2^o Consideram-se formas de abuso do poder econômico:
- l) Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de:
 - a) ajuste ou acôrdo entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de suas atividades;
 - b) aquisição de acervos de emprêsas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
 - c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de emprêsas;

A Lei nº 3.502/1958 regulava o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Os artigos 2º¹⁵⁰ e 3º¹⁵¹ da lei definiam os casos de enriquecimento ilícito para fins da lei, num espírito muito nítido de combate à corrupção nos meios administrativos.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União era disposto pela Lei

-
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitas em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
 - e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
 - f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;
 - g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.
- II) Elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.
- III) Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:
- a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo;
 - b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;
 - c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
 - d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;
- IV) Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:
- a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;
 - b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.
- V) Exercer concorrência desleal, por meio de:
- a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária ;
 - b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.
- 150 Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei:
- a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;
 - b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a êsse respeito;
 - c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;
 - d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
 - e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
 - f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de

nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, prevendo no artigo 13¹⁵² o ingresso na carreira mediante concurso, no artigo 82¹⁵³ sobre as hipóteses de estabilidade no cargo, e no artigo 194¹⁵⁴ os deveres do funcionário público, dentre eles, a urbanidade e a lealdade às instituições administrativas, deveres esses que se poderiam reunir sob a rubrica da boa-fé.

Themistocles Brandão Cavalcanti (1953, p. 71-73) tratava a jurisprudência como fonte do direito administrativo, embora reconhecesse que a lei seria “a grande fonte geradora das situações jurídicas. Além disso, também apontava os princípios gerais de Direito como fonte e destacava seu papel fundamental para a evolução dos sistemas jurídicos e para o ajustamento dos casos individuais. Como exemplos, citou o princípio da “igualdade de todos perante a lei” e o do “respeito às situações jurídicas definitivas”.

Amilcar Falcão de Araújo (1960, p. 23), embora não elencasse dentre as

-
- qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.
- 151 Art. 3º Constitui também enriquecimento ilícito, qualquer dos fatos mencionados nas letras c e e do artigo 2º, quando praticado por quem, em razão de influência política funcional ou pessoal, intervenha junto às pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos, para delas obter a, prática de algum dos atos funcionais citados em favor de terceiro.
- 152 Art. 13. A nomeação obedecerá a ordem de classificação dos candidatos habilitados em concurso.
- 153 Art. 82. O funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo adquire estabilidade depois de:
- I – dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso;
 - II – cinco anos de exercício, quando nomeado em caráter efetivo sem concurso.
- 154 Art. 194. São deveres do funcionário:
- I – assiduidade,
 - II – pontualidade;
 - III – discricção;
 - IV – urbanidade;
 - V – lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servir;
 - VI – observância das normas legais e regulamentares;
 - VII – obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
 - VIII – levar ao conhecimento da autoridade superior irregularidade de que tiver ciência em razão do cargo;
 - IX – zelar pela economia e conservação do material que lhe fôr confiado;
 - X – providenciar para que esteja sempre em ordem no assentamento individual a sua declaração de família;
 - XI – atender prontamente:
 - a) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;
 - b) à expedição das certidões requeridas para a defesa de direito.

fontes do direito administrativo nem a jurisprudência, nem os princípios gerais de direito, mas sim apenas a lei, o regulamento, as circulares e instruções de serviço, e, por fim os usos e costumes, faz uma anotação muito relevante em relação a esses últimos. O autor (p. 41-42) afirma que para que os costumes se configurem como fontes do direito administrativo são necessários dois elementos: (a) um elemento material, que seria uma prática continuada e uniforme; (b) um elemento *intencional*, que consistiria na “convicção de que aqueles que adotem ou sigam determinado uso o façam com a convicção de atender a um dever jurídico”. Ora, nesta última definição, embora não se a denomine, é possível denotar um sentido do que hoje se chamaria de boa-fé. Essa definição poderia, inclusive, ser tratada como as figuras parcelares da *suppressio* e da *surrectio*, que serão analisadas mais adiante neste trabalho.

Araújo (1960, p. 62) também já alertava sobre o fato de o poder discricionário da Administração não se confundir com o arbítrio, sendo, portanto, limitado pela competência e pela proibição do excesso ou desvio de poder, definido pelo autor como o ato praticado “com fins que digam respeito não ao interesse público ou à utilidade pública, mas, a propósitos de caráter pessoal ou caprichos do titular do órgão”.

Ainda, a respeito da revogação e da anulação, Araújo (1960, p. 76) afirma que a primeira operava-se com efeitos *ex nunc*, respeitando as situações já constituídas, enquanto a última apresentaria eficácia retroativa, atingindo todos os direitos que o ato nulo gerou. Sobre a revogação, o autor (p. 83) faz apenas uma ressalva quanto a seus efeitos. Para ele, haveria uma opção ao Poder Público, que poderia, ao revogar um ato, respeitar os direitos dele oriundos, ou, ainda, estender os efeitos da revogação aos direitos subjetivos decorrentes do ato, e, nesse caso, indenizar o particular por perdas e danos.

Reconhecem-se também os limites à “revogação” do ato administrativo (aqui entendida como sinônimo de invalidação do ato), que se encontrariam nos direitos adquiridos. Afirma Cavalcanti (1953, p. 286): “Desde que o ato produziu consequências jurídicas, criou situações jurídicas novas, é evidente que a

autoridade administrativa fica adstrita ao respeito àqueles direitos legalmente adquiridos”.

Hely Lopes Meirelles (1964, p. 55), ao buscar uma definição para a atividade administrativa do Estado, afirma que as suas atividades são conformadas por ordens e instruções “concretizadas nas leis e regulamentos administrativos, e complementadas pela moral da instituição”. Disso decorreria, segundo aponta o autor, o “dever indeclinável do administrador público de agir segundo os preceitos do direito e da moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular – o povo – dos interesses administrados”.

Além disso, Meirelles (1964, p. 58-59) também menciona expressamente a moralidade como um princípio da Administração. Para conceituá-la, apoia-se em Hauriou e Welter, que distinguem a moralidade comum da moralidade administrativa, explicando que enquanto a comum diz respeito à simples distinção do “Bem” e do “Mal”, a moralidade administrativa não só incorpora a moral comum mas também a pondera junto às normas e práticas da sua instituição pública. Por fim, o autor inclui a moralidade, ao lado da legalidade da finalidade, dentre os pressupostos de validade do ato administrativo “sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.

No mais, Meirelles (1964, p. 59-60) mencionou a figura do desvio de poder nos casos de violação à finalidade administrativa. O fim, no caso, “deve ser aquele expresso na norma legal”, de modo a se vedarem atos administrativos “sem interesse ou vantagem para a Administração, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes públicos”.

Meirelles (1964, p. 63-64) também apontou o dever de prestar contas como “decorrência natural da administração”, uma vez que, ao lidar com interesses e recursos públicos de toda a coletividade, não só o uso de dinheiro público deve se sujeitar ao controle, mas sim, segundo afirma, todos os atos de um governo.

Quanto aos efeitos da anulação do ato administrativo, Meirelles (1964, p. 213-214) reconhece seu alcance *ex tunc*, todavia ressalva os terceiros de boa-fé,

para quem os efeitos do ato persistirão. Como exemplo, aponta a anulação de uma nomeação de “funcionário”, que deveria repor os vencimentos inválidos, mas cujos atos praticados permaneceriam “válidos”.

1.4.2.6 Constituição de 1967

A Constituição de 1967, seguindo o padrão flutuante das Constituições brasileiras, retomou a inspiração mais *autoritária* (na linha do sentido anteriormente proposto) em relação à Constituição anterior.

O artigo 10, inciso VII, alínea *g*¹⁵⁵, repetia a hipótese também constante das Constituições anteriores sobre a intervenção federal nos Estados para assegurar a prestação de contas da Administração. A intervenção dos Estados nos Municípios foi também prevista em hipótese similar no artigo 16, §3º, alínea *c*¹⁵⁶.

As restrições a atividades dos Deputados e Senadores foram previstas no artigo 36¹⁵⁷, sendo divididas naquelas proibidas desde a expedição do diploma (inciso I) e desde a posse (inciso II). O decoro parlamentar foi repetido nesta

155 Art 10 - A União não intervirá nos Estados, salvo para: [...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: [...]

g) prestação de contas da Administração.

156 Art. 16, § 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, só podendo ocorrer: [...]

c) quando a Administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada na forma da lei estadual.

157 Art 36 - Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes,

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades referidas na letra anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo, função ou emprego, de que demissível ad nutum, nas entidades referidas na alínea a do n.º I;

c) exercer outro cargo eletivo, seja federal, estadual ou municipal;

d) patrocinar causa em que seja Interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea a do n.º I.

Constituição no inciso II do artigo 37¹⁵⁸ como hipótese de perda do mandato pelo parlamentar que não o observasse. As competências privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal estavam previstas, respectivamente, nos artigos 42¹⁵⁹ e 44¹⁶⁰. À Câmara dos Deputados competia declarar a procedência da acusação contra o Presidente da República e os Ministros de Estado, além de tomar contas do Presidente da República, se essas não fossem apresentadas no Congresso Nacional em sessenta dias da abertura da sessão legislativa. Ao Senado competia julgar o Presidente da República e os Ministros de Estado (apenas se houvesse conexão), os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade. O julgamento nesses casos seria presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo único do artigo 44.

O artigo 47, inciso VIII¹⁶¹, previa como competência exclusiva do Congresso Nacional o julgamento das contas do Presidente da República. Essa previsão de fiscalização financeira é repetida no artigo 71¹⁶², que previa, além da competência

158 Art 37 - Perde o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; [...].

159 Art 42 - Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

- I - declarar, por dois terços dos seus membros, a procedência de acusação contra o Presidente da República e os Ministros de Estado;
- II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa.

160 Art 44 - Compete privativamente ao Senado Federal:

- I - julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, havendo conexão;
- II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

Parágrafo único - Nos casos previstos neste artigo, funcionará Como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal; somente por dois terços de votos poderá ser proferida a sentença condenatória, e a pena limitar-se-á à perda do cargo com inabilitação, por cinco anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo de ação da Justiça ordinária.

161 Art 47 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]

- VIII - julgar as contas do Presidente da República. [...].

162 Art 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

§ 2º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o

do Congresso Nacional (controle externo), o sistema de controle interno do Poder Executivo (especificado no artigo 72¹⁶³). O Tribunal de Contas era previsto no parágrafo 1º como órgão auxiliar do Congresso Nacional no desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária em relação às contas do Presidente da República, e para o julgamento das contas dos demais administradores e responsáveis pelos recursos públicos, havendo, portanto, uma ampliação das suas competências em relação à Constituição anterior. O parecer do Tribunal de Contas sobre a prestação de contas anual do Presidente da República (nos termos do artigo 83, inciso XVIII¹⁶⁴) era previsto no parágrafo segundo, sendo que a falta de seu envio deveria ser comunicada ao Congresso Nacional, e, em ambos os casos, ser apresentado um relatório minucioso sobre o exercício financeiro encerrado.

O artigo 84 previa, assim como as Constituições anteriores, dentre as hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentarem contra a probidade na Administração (inciso V¹⁶⁵). Nos termos do artigo 85¹⁶⁶, o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República

fato será comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo o Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

§ 3º - A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias.

§ 4º - O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior.

§ 5º - As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicam-se às autarquias.

163 Art 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:

- I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;
- II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;
- III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

164 Art 83 - Compete privativamente ao Presidente: [...]

XVIII - prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao ano anterior; [...].

165 Art 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente: [...]

V - a probidade na administração; [...].

166 Art 85 - O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

§ 1º - Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções.

seria realizado perante o Senado, e dos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, sempre mediante admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados. Os Ministros de Estado, nos termos do artigo 88¹⁶⁷, seriam julgados pelo Senado somente em caso de crimes de responsabilidade conexos ao do Presidente da República, e, nos demais crimes, seriam julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre a regra de responsabilidade dos conselhos ou dos atos que praticarem no exercício da função dos Ministérios, a Constituição silenciava.

O artigo 95, parágrafo primeiro¹⁶⁸, previa o acesso aos cargos públicos mediante concurso público, e o artigo 97¹⁶⁹ vedava o acúmulo de cargos remunerados, prevendo também as exceções, na mesma linha das Constituições anteriores. O artigo 103¹⁷⁰ previa as hipóteses de demissão para servidores vitalícios e estáveis. Por fim, o artigo 105¹⁷¹ dispunha sobre o modelo de responsabilidade pelos danos causados pelos funcionários públicos, seguindo a previsão da Constituição anterior, ou seja, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertencer o funcionário.

As hipóteses de inelegibilidade para cargos políticos em quaisquer das

-
- § 2º - Decorrido o prazo de sessenta dias, se o julgamento não estiver concluído, o processo será arquivado.
- 167 Art 88 - Os Ministros de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste.
Parágrafo único - São crimes de responsabilidade do Ministro de Estado os referidos no art. 84 e o não comparecimento à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, quando regularmente convocados.
- 168 Art 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.
§ 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.
- 169 Art 97 - É vedada a acumulação remunerada, exceto:
I - a de Juiz e um cargo de Professor;
II - a de dois cargos de Professor;
III - a de um cargo de Professor com outro técnico ou científico;
IV - a de dois cargos privativos de Médico.
- 170 Art 103 - A demissão somente será aplicada ao funcionário:
I - vitalício, em virtude de sentença judiciária;
II - estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.
- 171 Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

instâncias federativas eram previstas nos artigos 145¹⁷², 146¹⁷³, 147¹⁷⁴ e 148¹⁷⁵, e eram ampliadas e mais detalhadas em relação às Constituições anteriores. O artigo 148, por sua vez, possibilitava à lei completar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, visando à proteção, dentre outros, da probidade administrativa (inciso II) e contra o abuso do poder econômico e do exercício de cargos ou funções públicas (inciso III).

172 Art 145 - São inelegíveis os inalistáveis.

Parágrafo único - Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas as seguintes condições:

- a) o militar que tiver menos de cinco anos de serviço, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo;
- b) o militar em atividade, com cinco ou mais anos de serviço, ao se candidatar a cargo eletivo será afastado, temporariamente, do serviço ativo, e agregado para tratar de interesse particular;
- c) o militar não excluído, se eleito, será, no ato da diplomação, transferido, para a reserva ou reformado, nos termos da lei.

173 Art 146 - São também inelegíveis:

I - para Presidente e Vice-Presidente da República:

a) o Presidente que tenha exercido o cargo, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, ou quem, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, lhe haja sucedido ou o tenha substituído;

b) até seis meses depois de afastados definitivamente de suas funções, os Ministros de Estado, Governadores, Interventores Federais, Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Comandante de Exército, Chefes de Estado-Maior da Armada, do Exército e da Aeronáutica, Prefeitos, Juizes, membros do Ministério Público Eleitoral, Chefe da Casa Militar da Presidência da República, os Secretários de Estado, o responsável pela direção geral da Polícia Federal e os Chefes de Polícia, os Presidentes Diretores e Superintendentes de sociedades de economia mista, autarquias e empresas públicas federais;

II - para Governador e Vice-Governador:

a) em cada Estado, o Governador que haja exercido o cargo por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, quem lhe haja sucedido ou, dentro dos seis meses anteriores ao pleito o tenha substituído; o Interventor Federal que tenha exercido as funções por qualquer tempo, no período imediatamente anterior;

b) até um ano depois de afastados definitivamente das funções, o Presidente da República e os que hajam assumido a Presidência;

c) até seis meses depois de cessadas definitivamente as suas funções, os que forem inelegíveis para Presidente da República, salvo os mencionados nas alíneas a e b deste número; e ainda os Chefes dos Gabinetes Civil e Militar da Presidência da República e os Governadores de outros Estados;

d) em cada Estado, até seis meses depois de cessadas definitivamente as suas funções os Comandantes de Região, Zona Aérea, Distrito Naval, Guarnição Militar e Polícia Militar, Secretários de Estado, Chefes dos Gabinetes Civil e Militar de Governador, Chefes de Polícia, Prefeitos Municipais, magistrados federais e estaduais, Chefes do Ministério Público, Presidentes, Superintendentes e Diretores de bancos, da União, dos Estados ou dos Municípios, sociedades de economia mista, autarquias e empresas públicas estaduais, assim como dirigentes de órgãos e de serviços da União ou de Estado, qualquer que seja a natureza jurídica de sua organização, que executem obras ou apliquem recursos públicos;

e) quem, à data da eleição, não contar, nos quatro anos anteriores, pelo menos dois anos de domicílio eleitoral no Estado;

III - para Prefeito e Vice-Prefeito:

O artigo 89¹⁷⁶ apresentava a concepção de “cidadão vigilante”, ao prever, de modo inédito, que toda pessoa, seja física, seja jurídica, responsabilizava-se pela segurança nacional. Tal previsão era reforçada pela dos parágrafos 30¹⁷⁷ e 31¹⁷⁸ do artigo 150, sendo que o primeiro assegurava o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra *abusos* de autoridades, e o segundo previa a legitimidade para a ação popular – retomando a nomenclatura originária para tal tipo de instrumento – para fins de anulação de atos lesivos ao

-
- a) quem houver exercido o cargo de Prefeito, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior, e quem lhe tenha sucedido ou, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, o haja substituído;
- b) até seis meses depois de cessadas definitivamente suas funções, as pessoas mencionadas no Item II e as autoridades policiais e militares com jurisdição no Município ou no Território;
- c) quem, à data da eleição, não contar pelo menos dois anos de domicílio eleitoral no Estado durante os últimos quatro anos, ou, no Município, pelo menos um ano, nos últimos dois anos.
- IV - para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal:
- a) as autoridades mencionadas nos itens I, II e III, nas mesmas condições neles estabelecidas, e os Governadores dos Territórios, salvo se deixarem definitivamente as funções até seis meses antes do pleito;
- b) quem, durante os últimos quatro anos anteriores à data da eleição, não contar pelo menos, dois anos de domicílio eleitoral no Estado ou Território;
- V - para as Assembléias Legislativas:
- a) as autoridades referidas nos itens I, II e III, até quatro meses depois de cessadas definitivamente as suas funções;
- b) quem não contar, pelo menos, dois anos de domicílio, eleitoral no Estado.
- Parágrafo único - Os preceitos deste artigo aplicam-se aos titulares, efetivos ou interinos, dos cargos mencionados.
- 174 Art 147 - São ainda inelegíveis, nas mesmas condições do artigo anterior, o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, ou por adoção,
- I - do Presidente e do Vice-Presidente da República, ou do substituto que tenha assumido a Presidência, para:
- a) Presidente e Vice-Presidente;
- b) Governador;
- c) Deputado ou Senador, salvo se já tiverem exercido o mandato eletivo pelo mesmo Estado;
- II - do Governador ou Interventor Federal em cada Estado, para:
- a) Governador;
- b) Deputado ou Senador;
- III - de Prefeito, para:
- a) Governador;
- b) Prefeito.
- 175 Art 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:
- I - do regime democrático;
- II - da probidade administrativa;
- III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.
- 176 Art 89 - Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.
- 177 Art 150, § 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.
- 178 Art 150, § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a

patrimônio público.

O parágrafo 3º do artigo 150¹⁷⁹ previa a tripla composição da segurança jurídica, a ser resguardada pela lei: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. O parágrafo 21¹⁸⁰ do mesmo artigo previa o instrumento do mandado de segurança para proteção dos direitos individuais contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade, de maneira residual ao *habeas corpus*.

O artigo 151¹⁸¹ dirigia-se ao estabelecimento de limites ao exercício das liberdades de expressão, profissão, reunião e associação, bem como dos direitos políticos, tendo como parâmetro o atentado à ordem democrática ou a prática de corrupção. Este artigo, desse modo, pressupunha um padrão para o exercício de referidos direitos, o que, conforme será exposto no item sobre abuso de direito (item 2.3.2) relaciona-se à boa-fé para sua delimitação. Aqui, haveria a função limitadora da boa-fé em relação ao exercício de liberdades fundamentais, o que poderia demonstrar a ambivalência da boa-fé, pois, ao passo que se presta à tutela da confiança dos cidadãos em favor, portanto, de seus direitos, também pode prestar-se à sua limitação.

Por fim, a educação e a ordem econômica apareciam novamente nesta Constituição com um colorido moral, nos artigos 157¹⁸² (ao prever a “justiça” social como fim da ordem econômica) e 168¹⁸³ (que estabelece o ideal da liberdade e da solidariedade humana na educação).

anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

179 Art. 150. § 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

180 Art. 150, §21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

181 Art 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.

182 Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...].

183 Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

Em nível infraconstitucional, observam-se alguns diplomas dignos de menção relacionados à moralidade tal como foi aqui tratada.

A ação popular foi regulada pela Lei nº 4.717/1965, legitimada a todo cidadão, para fins de anulação de atos lesivos ao patrimônio de quaisquer entes estatais, ou que contem com recursos públicos. Trata-se da lei de ação popular, vigente até hoje.

Mencione-se a Lei nº 5.249/1967, que dispôs sobre a ação pública de crimes de responsabilidade. A Lei apresenta dispositivos com relativa pouca carga normativa, não regulando de modo mais detalhado referida ação pública. O artigo 1º apenas menciona que a falta de representação do ofendido nos casos de abuso de poder, nos termos da Lei nº 4.898/1965, não obsta a iniciativa ou o curso da mesma ação.

O Decreto-Lei nº 200/1967 dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa. O artigo 6º do Decreto-Lei previa dentre os princípios regentes das atividades da Administração Federal o da coordenação (disciplinado nos artigos 8º e 9º) e o do controle (disciplinado nos artigos 13 e 14). Consagraram-se assim mecanismos de colaboração inter-administrativa. Além disso, os artigos 68 e seguintes previram normas de administração financeira e de contabilidade, mencionando a prestação de contas anual do Presidente da República ao Tribunal de Contas. O artigo 94 prevê a promoção de normas que prestigiem o ajuste à “conduta funcional pautada por normas éticas cuja infração incompatibilizar o servidor para a função” (inciso IV).

Mencione-se também o Decreto-lei nº 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e que vige até os dias atuais. O artigo 1º¹⁸⁴ define quais são os crimes de responsabilidade dos prefeitos e o artigo

184 Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

7^o185 define as hipóteses de cassação do mandato do vereador, dentre as quais destaque-se a do inciso I (que prevê atos de corrupção ou de improbidade administrativa).

Na doutrina, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 358-362) tratou dos princípios gerais do direito dentro do tópico de fontes formais objetivas do direito administrativo, e afirmou que “são as regras éticas que informam o direito positivo como mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na

- IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;
- V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;
- VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município a Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos;
- VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;
- VIII - Contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;
- IX - Conceder empréstimo, auxílios ou subvenções sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;
- X - Alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;
- XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;
- XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário;
- XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;
- XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;
- XV - Deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo estabelecido em lei.
- XVI – deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;
- XVII – ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;
- XVIII – deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;
- XIX – deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;
- XX – ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
- XXI – captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;

forma escrita ou costumeira”. Todavia, o autor admitia apenas uma aplicação limitada dos mesmos, apenas ante a lacuna da lei e também do costume, inexistindo norma específica a regular o caso. Dentre os princípios gerais de direito que enumerou, destacam-se os seguintes: irretroatividade da lei e intangibilidade das situações jurídicas definitivamente constituídas, a proibição ao enriquecimento sem causa, a regra de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, entre outros.

Ademais, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 426-436) apontou a teoria do abuso de direito como limite ao exercício de poderes discricionários da Administração, e conceitua referido abuso como “tôdas as hipóteses de exercício de direito em que o seu titular excede os limites morais mínimos que o fundamentam, os princípios que informam a *categoria jurídica* de que participa, contrariando o interêsse social que a norma jurídica teve em mira”, e, assim, se configuraria o exercício anormal, “além do razoável”, segundo “uma concepção objetiva de justiça” ou de “proporcionalidade” que se pode ponderar entre o poder jurídico administrador e o particular por ele afetado. Na mesma oportunidade, também referiu-se ao desvio de poder, que se limitaria aos casos de mau uso da competência administrativa, para fins diversos do que a própria competência (contida no direito objetivo) estipulou.

Sobre os direitos adquiridos dos particulares e sua relação com os efeitos da revogação, o autor (1968, p. 568-569) atentou para o respeito aos direitos adquiridos de terceiros, que, nesse caso, se não for possível manter os efeitos do ato revogado, deverão ser indenizados. No entanto, em relação a atos nulos ou

XXII – ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;

XXIII – realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

185 Art. 7º A Câmara poderá cassar o mandato de Vereador, quando:

I - Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa;

II - Fixar residência fora do Município;

III - Proceder de modo incompatível com a dignidade, da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública.

§ 1º O processo de cassação de mandato de Vereador é, no que couber, o estabelecido no art. 5º deste decreto-lei.

anuláveis, o autor não trata da possibilidade de manutenção de seus efeitos, devendo, em todo caso, operar a anulação com efeitos *ex tunc*, sendo, contudo, respeitados os direitos de terceiros de boa-fé (p. 586-587).

1.4.2.7 Emenda à Constituição de 1967 – nº 1/1969

A Emenda Constitucional nº 1/1969 solapou o conteúdo original da Constituição de 1967, e, com isso, todo o texto foi modificado. Por tal razão, sua análise também se faz necessária.

O artigo 8º, inciso VIII, conferia à União a competência para organizar e manter a polícia federal com a finalidade de “apurar infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União” (alínea c) e “prover a censura de diversões públicas” (alínea d).

Dentre as hipóteses de intervenção nos Estados pela União, estavam a “corrupção no poder público estadual” (inciso III¹⁸⁶) e a violação ao princípio da prestação de contas da Administração, nos termos do artigo 10, inciso VII, alínea f¹⁸⁷. Previa-se a intervenção estadual nos municípios no artigo 15, parágrafo 3º, e dentre as hipóteses estavam a não prestação de contas (alínea c) e a prática de “atos subversivos ou de corrupção” na administração municipal (alínea e).

A fiscalização financeira e orçamentária dos municípios seria exercida pela Câmara Municipal, auxiliada pelo Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual com competência análoga (controle externo) e pelo próprio Executivo municipal (controle interno), nos termos do artigo 16¹⁸⁸. Já no âmbito federal, a fiscalização

186 Art. 10. A União não intervirá nos Estados, salvo para:

III - pôr termo a perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou a corrupção no poder público estadual;

187 Art. 10. A União não intervirá nos Estados, salvo para:

VII - exigir a observância dos seguintes princípios:

f) prestação de contas da administração; [...].

188 Art. 16. A fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida mediante

financeira e orçamentária seria exercida pelo Congresso Nacional auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (controle externo), nos termos do artigo 70¹⁸⁹, bem como pelo próprio Poder Executivo (controle interno), nos termos do artigo 71¹⁹⁰. O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo discrimina a competência do TCU, que julgava as contas anuais do Presidente da República e realizava a auditoria financeira de todos os responsáveis por recursos públicos. Era previsto como competência exclusiva do Congresso Nacional o julgamento das contas do Presidente da República, nos termos do artigo 44, inciso VIII.

O artigo 82¹⁹¹ previa os crimes de responsabilidade do Presidente da

contrôle externo da Câmara Municipal e contrôle interno do Executivo Municipal, instituídos por lei.

§ 1º O contrôle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual a que fôr atribuída essa incumbência.

§ 2º Sòmente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixará de prevalecer o parecer prévio, emitido pelo Tribunal de Contas ou órgão estadual mencionado no § 1º, sòbre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente.

§ 3º Sòmente poderão instituir Tribunais de Contas os municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos.

189 Art. 70. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante contrôle externo e pelos sistemas de contrôle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º O contrôle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

§ 2º O Tribunal de Contas da União dará parecer prévio, em sessenta dias, sòbre as contas que o Presidente da República prestar anualmente; não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo aquele Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

§ 3º A auditoria financeira e orçamentária será exercida sòbre as contas das unidades administrativas dos três Podêres da União, que, para êsse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas da União, a que caberá realizar as inspeções necessárias.

§ 4º O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamento contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções mencionadas no parágrafo anterior.

§ 5º As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicar-se-ão às autarquias.

190 Art. 71. O Poder Executivo manterá sistema de contrôle interno, a fim de: [...].

191 Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Podêres constitucionais dos Estados;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária; e

República, e, dentre eles, constava o atentado contra a probidade na Administração (inciso V). Competia privativamente à Câmara dos Deputados (artigo 40, inciso I) declarar a procedência da acusação contra o Presidente da República e dos Ministros de Estado, e, privativamente também, ao Senado Federal julgar o Presidente da República (e os Ministros de Estado, em se tratando de crime de responsabilidade conexo), os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República nos crimes de responsabilidade, nos termos do artigo 42, incisos I e II. Ao Supremo Tribunal Federal competia julgar o Presidente da República nos crimes comuns (artigo 83).

O artigo 34¹⁹² previa as atividades proibidas aos deputados e senadores desde a expedição do diploma (inciso I) e desde a posse (inciso II). O artigo 35¹⁹³ dispunha sobre as hipóteses de perda do mandato do senador ou deputado, e, dentre elas, encontra-se a de conduta incompatível com o decoro parlamentar

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

192 Art. 34. Os deputados e senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo, função ou emprego, de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas na alínea a do item I;

c) exercer outro cargo eletivo federal, estadual ou municipal; e

d) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea a do item I.

193 Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa anual, à terça parte das sessões ordinárias da Câmara a que pertencer, salvo doença comprovada, licença ou missão autorizada pela respectiva Casa;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; ou

V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.

§ 1º Além de outros casos definidos no regimento interno, considerar-se-á incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas ao congressista ou a percepção, no exercício do mandato, de vantagens ilícitas ou imorais

(inciso II), definido, para além das hipóteses que deveriam estar previstas no regimento interno, como o “abuso das prerrogativas asseguradas ao congressista ou a percepção, no exercício do mandato, de vantagens ilícitas ou imorais”. Observa-se, então, na coibição dos abusos das prerrogativas e da corrupção, figuras atreladas não só à moralidade, mas também à boa-fé, em relação às figuras de abuso de poder e desvio de poder.

No artigo 151¹⁹⁴, novamente, também observava-se a preocupação com a moralidade no exercício de cargos públicos. Eram previstas as hipóteses de inelegibilidade a serem reguladas em lei, e, dentre elas, referida lei deve buscar preservar a probidade administrativa (inciso I) e a moralidade no exercício do mandato, a ser aferida conforme a vida pregressa do candidato (inciso IV).

O artigo 97, parágrafo primeiro¹⁹⁵, previa o acesso aos cargos públicos mediante concurso e o artigo 99¹⁹⁶ estabelecia as hipóteses de vedação de acúmulo de cargos, bem como as exceções. O artigo 107¹⁹⁷ dispunha sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público sobre os danos que seus funcionários provocassem a terceiros, também possibilitando a ação regressiva contra o funcionário responsável, desde que houvesse culpa ou dolo.

194 Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.

195 Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

196 Art. 99. É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

I - a de juiz com um cargo de professor;

II - a de dois cargos de professor;

III - a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou

IV - a de dois cargos privativos de médico.

197 Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

O parágrafo terceiro do artigo 153¹⁹⁸ assegurava a segurança jurídica, nos termos da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. O parágrafo quarto¹⁹⁹ do mesmo artigo previa o princípio da inafastabilidade do Judiciário. O parágrafo 21²⁰⁰ dispunha sobre o mandado de segurança para a tutela de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, para coibição de abuso ou ilegalidade de autoridade. O direito de petição, para defesa de direitos ou contra abusos de autoridade, era previsto no parágrafo trinta²⁰¹, e a legitimidade de qualquer pessoa jurídica ou natural para a propositura da ação popular, com fins de anulação de atos lesivos ao patrimônio público, era prevista no parágrafo 31²⁰². Tais dispositivos conferiam amplas possibilidades de participação do cidadão na tutela de seus direitos contra abusos, bem como auxiliar na vigilância da moralidade pública. O sentido de cidadão-vigilante era reforçado pelo artigo 86²⁰³, que previa a responsabilidade de todas as pessoas pela segurança nacional.

O abuso de direito não era coibido somente em relação à autoridade, mas em relação a todos os indivíduos, conforme norma ampla constante no artigo 154²⁰⁴, que dispunha sobre “abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção”. Tal dispositivo,

198 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

199 Art. 153, § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

200 Art. 153, § 21. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

201 Art. 153, § 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Podêres Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.

202 Art. 153, § 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

203 Art. 86. Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

204 Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.

em função de sua previsão ampla e vaga, reservava o argumento constitucional para as mais diversas repressões de cunho político por parte do governo.

O abuso do poder econômico era coibido nos termos do artigo 160²⁰⁵, inciso V, que o conceituava pelo “domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, conferindo o colorido moral decorrente da justiça social, prevista no *caput*. A educação, nos termos do artigo 176²⁰⁶, deveria ser inspirada nos ideais da liberdade e da solidariedade humana, o que também denota um certo jaez relativo a uma moralidade desejada pelo Constituinte.

Quanto às normas infraconstitucionais, destacam-se algumas leis produzidas no período de vigência da Constituição de 1967 emendada em 1969. Dentre elas, mencione-se a Lei nº 7.106/1983, que define os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios Federais e de seus respectivos Secretários. O artigo 1º remetia à definição dos crimes de responsabilidade dados pela Lei nº 1.079/1950.

A Lei nº 6.793/1980 alterava a redação do inciso III, do artigo 8º, do Decreto-lei nº 201/1967, que dispunha sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores. Dispunha a alteração sobre o tipo de crime de responsabilidade de não comparecimento à terça parte das sessões ordinárias da Câmara Municipal, durante a sessão legislativa anual, bem como as justificativas das ausências. A Lei nº 5.659/1971 também modificava o artigo 8º do Decreto-lei nº 201/1967, acrescentando o parágrafo 3º, excluindo do cômputo das ausências as sessões extraordinárias que fossem convocadas pelo Prefeito durante os períodos de recesso das Câmaras Municipais.

205 Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprêgo produtivo.

206 Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

A Lei nº 6.657/1979 acrescia a alínea *j* ao artigo 3º da Lei nº 4.898/1965, que define os atos de abuso de autoridade. Referida alínea acrescida referia-se aos atos que atentassem contra direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Mencione-se ainda a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No plano doutrinário, Cretella Júnior (1970, p. 33-38) dedicou um capítulo de sua obra “Lições de Direito Administrativo” para tratar dos princípios informativos do direito administrativo. O autor elenca oito princípios: auto-executoriedade, continuidade, presunção da verdade, igualdade do administrado diante dos serviços públicos, tutela administrativa, indisponibilidade do interesse público e poder-dever do administrador. Embora não se mencione o princípio da moralidade, tal como o fez Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a difusão e maior aceitação dos princípios em matéria de direito administrativo é notória.

Cretella Júnior (1970, p. 163-164) também trata do desvio de poder, conceituando-o como “o uso indevido que o agente faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere”. Quanto às nulidades dos atos administrativos, Cretella Júnior (1970, p. 165-169) distingue os atos inexistentes, nulos e anuláveis. A declaração de nulidade dos atos inexistentes e nulos produziria efeitos *ex tunc*, enquanto para os atos anuláveis, *ex nunc*. Quanto aos efeitos da revogação, o autor afirma que deverão ser respeitados os direitos adquiridos e as posições jurídicas advindas de relações já constituídas. A doutrina de Caio Tácito (1975), na obra “Direito Administrativo”, atribui especial relevância às figuras do abuso de direito e do desvio de poder, que são os dois principais tópicos iniciais abordados pelo autor, dedicando o capítulo II e o capítulo III a tratá-los. Por abuso de poder, Caio Tácito (1975, p. 12) compreende “o reverso do princípio da legalidade da administração pública”, ou seja, a violação à lei bastaria para configurar o abuso de poder. A partir de tal concepção ampla, distingue três modalidades distintas do abuso de poder administrativo: violação aos direitos

individuais; violação aos direitos econômicos e sociais; violação aos fins de interesse público (dentre eles, o autor menciona explicitamente a moralidade administrativa).

Por desvio de poder, Caio Tácito (1975, p. 121) entende o “uso da competência para a prática de ato que não visa a alcançar a finalidade legal, mas, sob a aparência de fazê-lo, pretende realmente servir a outro fim”. O autor defendia a compatibilidade de tal conceito com o direito positivo nacional (p. 100) e o atrelava como possível pressuposto para o controle de legalidade do ato administrativo (p. 100-102).

1.4.2.8 Constituição de 1988

Pela primeira vez em todas as Constituições, na de 1988 a moralidade aparece expressa no artigo 37 como princípio da Administração Pública. Outra manifestação do princípio aparece no §4º deste mesmo artigo, ao prever as consequências dos atos de improbidade administrativa (suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível).

O inciso II, do artigo 37, prevê a investidura em cargos ou empregos públicos mediante concurso público e o parágrafo sexto do mesmo artigo prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado também o direito de regresso contra esses, havendo culpa ou dolo.

O controle contábil, financeiro e orçamentário é definido no artigo 70, compreendendo o controle interno em cada um dos Poderes, e também o controle externo exercido, nos termos do artigo 71, pelo Congresso Nacional com o auxílio

do Tribunal de Contas da União. A esse último são atribuídos amplos poderes de controle, tal como sem precedentes nas Constituições anteriores, voltado tanto ao presidente da República (inciso I), como também a todos os administradores e demais responsáveis por recursos públicos (inciso II), incluindo, ainda, competências sancionatórias em caso de irregularidade de contas (inciso VIII)

Os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade são previstos no artigo 85, inciso V, como uma das hipóteses de crime de responsabilidade. O artigo 86 dispõe sobre o julgamento do Presidente da República no Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, e no Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, em ambas as hipóteses após admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados.

O artigo 54 estabelece as restrições a atividades dos deputados e senadores desde a expedição do diploma (inciso I) e desde a posse (inciso II). O artigo 55 arrola as hipóteses de perda de mandato de deputados e senadores, sendo que o inciso II prevê a quebra de decoro parlamentar, definido no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo como a conduta prevista nos termos do regimento interno, compreendendo também o abuso das prerrogativas asseguradas aos parlamentares, ou, ainda, a percepção de vantagens indevidas.

O artigo 5º, inciso LXXIII, consagra a ação popular, cuja legitimidade para propositura continua se estendendo a todos os cidadãos, para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como incluindo expressamente os atos lesivos à moralidade, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O mesmo artigo 5º também previu no inciso LXIX o mandado de segurança como instrumento para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e, desta vez, também *habeas data*, contra abusos de poder ou ilegalidade perpetrada por autoridade pública. Outra novidade refere-se ao mandado de segurança coletivo, disposto no inciso LXX, do artigo 5º. O artigo 129, inciso III, atribui ao Ministério Público a função institucional de promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O direito de petição é assegurado pelo inciso XXXIV do artigo 5º contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder, bem como a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de interesses pessoais. Por fim, o controle de todos os atos administrativos ficou consagrado no princípio da inafastabilidade do Judiciário, inscrito no inciso XXXV do artigo 5º (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

O devido processo legal se estende também ao processo administrativo por previsão expressa na Constituição, nos termos do inciso LV, do artigo 5º, segundo o qual aos litigantes em processo judicial e administrativo são assegurados o contraditório e a ampla defesa. A segurança jurídica encontra-se cristalizada no artigo 5º, inciso XXXVI, repetindo a fórmula das Constituições anteriores, segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em termos infraconstitucionais, cumpre mencionar a Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Trata-se da lei de improbidade administrativa, cujos tipos de improbidade constam nos artigos 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, incluindo o dever de honestidade e lealdade às instituições).

Cite-se também a Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e que, no artigo 1º, define a finalidade do referido instrumento, destinando-se não só contra violações, mas também ameaças de violações a atos ilegais e de abuso de poder que tiverem atentado contra direito líquido e certo.

Ainda, anote-se também que diplomas normativos relevantes em matéria de moralidade administrativa que foram gerados em ordens constitucionais anteriores foram recepcionados pela atual, tais como a Lei nº 4.717/1965 (Lei da ação popular), o Decreto-lei nº 200/1967 (que dispõe sobre a organização da

Administração Federal), o Decreto-Lei nº 201/1967 (que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores), além da Lei nº 4.898/1965 (que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade).

A doutrina tem tratado da moralidade e da segurança jurídica no capítulo dos princípios do direito administrativo²⁰⁷. É relevante anotar o entendimento de José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 236-246), que encontra na própria Constituição Federal o fundamento para a boa-fé em matéria de direito administrativo, tomada em suas dimensões subjetiva e objetiva. Para o autor, o artigo 37 da Constituição contempla duas versões da moralidade que se identificam com as da boa-fé. O dever de probidade administrativa, referenciado no parágrafo quarto do artigo, coincidiria com a boa-fé subjetiva, uma vez que o ilícito de improbidade geraria também a responsabilização subjetiva do agente. O correspondente infraconstitucional dessa dimensão subjetiva da boa-fé estaria consubstanciado na Lei nº 8.429/1991, a Lei de Improbidade Administrativa. Os deveres de conduta, atrelados à honestidade, lealdade, transparência e coerência estariam, por sua vez, abrangidos pela previsão mais ampla da moralidade da Administração Pública, do *caput* do artigo 37, e diriam respeito à dimensão objetiva da boa-fé. Referida perspectiva estaria sedimentada no âmbito infraconstitucional na Lei nº 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal (LPA).

1.5 Classificações da boa-fé

Existem duas clássicas categorizações da boa-fé, desenvolvidas mais extensamente – assim como em praticamente todos os demais aspectos do

²⁰⁷ Nesse sentido, tem-se Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 101) e Edmir Netto de Araújo (2010, p. 78). Já Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010, p. 76) e Hely Lopes Meirelles (2002, p.87) tratam a moralidade não como “princípio de direito administrativo”, mas sim como princípio da Administração Pública. Apesar da distinção terminológica, em termos substanciais, os tratamentos dispensados pela doutrina se assemelham e não refletem a referida diferenciação.

instituto – no direito privado. A primeira das classificações a divide entre subjetiva e objetiva; a segunda, entre as funções da boa-fé, que são: interpretativa, limitadora e criadora. Adota-se também uma terceira classificação que retrata os efeitos da boa-fé, os quais, segundo se assume, podem ser retrospectivos ou prospectivos.

Para o presente estudo, entendo que todas as classificações mencionadas podem demonstrar de modo satisfatoriamente explicativo – considerando a abstração e as limitações decorrentes dessa abstração que são características a todas as categorias – as expressões que pode assumir a boa-fé em matéria de direito administrativo. Desse modo, elas serão úteis para sua posterior instrumentalização, quer teórica, quer empírica, neste estudo.

1.5.1 Boa-fé subjetiva e objetiva

O critério dessa primeira classificação é a presença ou de elemento subjetivo ou do comportamento externalizado que configurem a boa-fé. Por boa-fé subjetiva compreende-se o estado psicológico, a consciência (ainda que *enganada*) de atuação na conformidade do direito, em atenção à conduta leal e honesta para com o outro polo da relação jurídica.

Trata-se justamente da avaliação mais propriamente *moral* da boa-fé, eis que atrelada ao âmbito psicológico interno do indivíduo. Desse modo, se uma pessoa agiu ponderando seus desígnios subjetivos e adotou determinada conduta em razão de, em seu entendimento pessoal, estar agindo ou acreditar agir de acordo com o que é juridicamente permitido, diz-se que a conduta foi de boa-fé. A conduta de boa-fé, nesse caso, é qualificada justamente em função da condição psicológica de seu agente, havendo uma transposição significativa para legitimação do ato em questão.

Pode-se considerar que a manifestação típica da boa-fé subjetiva no direito administrativo brasileiro é consagrada na figura da improbidade administrativa, a

que o legislador dedicou toda uma lei (nº 8.429/1992), com o conhecido desígnio de combate à corrupção e promoção da honestidade nos quadros do Poder Público. Segundo Giacomuzzi (2013, p. 295-296), elemento fundamental do ato ímprobo é o subjetivo (culpa ou dolo) e, por isso, a sua análise estará sempre às voltas com o “ponto de vista subjetivo do agente”, o que expressaria a consideração à boa-fé subjetiva do agente.

Em continuidade à sua explicação, o autor (Giacomuzzi, 2013, p. 296-298) afirma que todos os tipos de improbidade (dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992) apenas se configurarão mediante dolo e/ou culpa, sendo esse elemento subjetivo o critério para se aferir justamente a desonestidade do ato. Do contrário, tratar-se-ia de um ato de mera incompetência, e não de improbidade. Ademais, a partir de uma interpretação constitucional (artigo 37, §6º, CF), o modelo da responsabilidade extracontratual objetiva somente é previsto para pessoas jurídicas do Poder Público, e não para seus agentes, que responderão subjetivamente somente em ação de regresso. O autor conclui, por fim, que não se justifica a racionalidade de responsabilização objetiva em casos de improbidade, inclusive porque tal solução tão aberta permitiria enquadrar muitos atos como improbidade, o que proliferaria os casos de enquadramento na Lei nº 8.429/1992, conferindo um caráter de instrumento político arbitrário ou de pretensa panaceia aos problemas da Administração.

Ampliando o raciocínio exposto do parágrafo anterior, entende-se que a responsabilização do agente público, tratando-se de qualquer processo sancionatório, depende da demonstração da ausência de boa-fé subjetiva. Isso porque a tais processos se estendem princípios do direito penal, ou seja, o mesmo “núcleo principiológico”, conforme exposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia (2011, p. 3), de modo que seria um contrassenso impor a responsabilidade objetiva, independente da demonstração da má-fé, ou, tanto pior, havendo a presunção de má-fé. Por motivos similares, conforme será tratado mais adiante neste trabalho, entende-se que a configuração do desvio de poder também depende da má-fé no sentido de

contrariedade à boa-fé subjetiva, o que também coincidirá com a improbidade administrativa²⁰⁸.

Outra manifestação da boa-fé subjetiva em matéria de direito administrativo verifica-se nas demandas judiciais referentes à ocupação de bens públicos, conforme previsto no Decreto-lei nº 9.760/1946²⁰⁹. Isso porque a boa-fé na posse, em geral, em matéria de qualquer ramo do direito, diz respeito à sua dimensão subjetiva, pois, nos termos gerais colocados pelo artigo 1.201 do Código Civil, o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. O critério para a aferição da boa ou má-fé do particular em posse de um bem será justamente sua ignorância quanto ao vício que a macula, e tão logo a ignorância cesse, cessa também a boa-fé (artigo 1.202, do Código Civil).

A boa-fé subjetiva é tão característica em matéria de posse, que Francisco Eduardo Loureiro (2008, p. 195) contrapõe as previsões de boa-fé objetiva do Código Civil (artigos 113 e 422) à boa-fé prevista no artigo 1.201, que, segundo aponta, trata-se de uma boa-fé de outro tipo, relativa a um estado de ignorância e inconsciência sobre a ilegitimidade do direito.

Em matéria de direito administrativo, a relação da boa-fé subjetiva com a questão da posse de imóveis públicos também persiste, repetindo a mesma relação histórica, conforme anteriormente tratado, e, atualmente, encontra respaldo positivo, bem como jurisprudencial, conforme será analisado em capítulo posterior, com o estudo do REsp 808.708²¹⁰.

Contudo, embora o Decreto-lei nº 9.760/1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, preveja hipóteses mais benéficas àqueles que estiverem de boa-fé na posse de bens federais, o que será tratado em item seguinte, aproximando-se muito das formulações no Código Civil, existe um entendimento

208 Vide item 2.3.1.

209 Vide, conforme será exposto no item do mapeamento legislativo, os seguintes dispositivos do Decreto-lei nº 9.760/1946, que dispõe sobre bens imóveis da União: artigo 63, §2º; artigo 71, parágrafo único; artigo 132, §1º; artigo 173; artigo 174; artigo 5º, alínea e; artigo 5º, alínea f; artigo 63, §1º; artigo 48, §3º. Referidos dispositivos foram categorizados como expressão da boa-fé subjetiva, conforme será explicado adiante.

210 Vide item 3.8.3

na jurisprudência que considera juridicamente impossível a posse de bens públicos²¹¹. O entendimento mencionado é tomado pela previsão constitucional do artigo 183, §3º, e 191, parágrafo único, os quais vedam a usucapião de imóveis de propriedade do Estado. Admitir-se a posse de bens públicos, por lógica, seria admitir a prescrição aquisitiva de bens públicos, em afronta à Constituição Federal. Desse modo, entende-se que o particular nunca terá posse sobre bens públicos, mas sim apenas detenção. E daí se chega à conclusão de que o detentor particular, de seu turno, também não teria direito à indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, tampouco o direito de retê-lo, como prevê o artigo 1.219 do Código Civil, pois esses são direitos que somente podem decorrer da posse, e não da mera detenção – o que derogaria o direito dito “comum” em caso de posse de boa-fé de bens públicos. E, nesse sentido, na prática, a boa ou a má-fé de um particular é reduzida à indiferença.

Conforme expõe Celso Antonio Bandeira de Mello (2002, p. 772), desde o Brasil Colônia proibia-se a usucapião de terras públicas, sendo que a primeira lei de terras do Brasil, a Lei nº 601 de 1850, assim como seu regulamento (nº 1.318, de 1854), impunham referida proibição, e, atualmente, a Súmula 340 do STF²¹² a reitera. Com efeito, a característica da imprescritibilidade dos bens públicos²¹³,

211 Veja, nesse sentido da impossibilidade de posse de bem público por particular, os acórdãos proferidos no REsp 863939 (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 24/11/2008), REsp 556721 (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 03/10/2005), Resp 808708 (STJ, Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 04/05/2011); em sentido contrário, no qual a boa-fé é aferida a partir da ignorância sobre os vícios da posse, veja REsp 807970 (STJ, Rel. Min. José Delgado. DJ: 16/10/2006), REsp 635980 (STJ, Rel. Min. José Delgado. DJ: 27/09/2004), REsp 657213 (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão. DJ: 01/07/2005), REsp 1097980 (STJ, Rel. Min. Denise Arruda. DJ: 01/04/2009), MS 8032 (STJ, Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 02/12/2002).

212 A Súmula 340 do STF assim dispõe: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

213 Interessante este caso exposto por García de Enterría (1998, p. 94): o concessionário de um bem público que esteve em sua posse durante quase 150 anos, excedendo, portanto, o prazo convencional de tal concessão. O Conselho de Estado Espanhol procedeu ao julgamento da caducidade de tal concessão (originariamente prevista para vinte anos) em 1949, e, neste caso, diante das circunstâncias peculiares especialmente quanto ao prazo da posse, colocou-se em questão a imprescritibilidade aquisitiva dos bens públicos. O autor (1998, p. 115-130) trata da chamada “desafetação tácita”, que se operaria uma vez que o bem público deixasse de se prestar à sua finalidade pública, prevista pelo Estado, e passasse a servir aos fins particulares. No caso em questão, o Conselho de Estado considerou que houve o esgotamento da finalidade pública no bem ocupado pelo particular (consumação de efeitos), e o aproveitamento de fato dado à coisa tornar-lhe-ia revertida para o patrimônio do particular. Assim afirma García de Enterría (1998, p. 126): “El caso extremo, con cuyo ejemplo comenzamos este trabajo, tiene en este momento su lugar próprio: una larga posesión tal que

decorrente de seu regime jurídico geral, significa, como afirma Marçal Justen Filho (2005, p. 709-710), que a ausência do uso e da fruição dos bens por parte do Estado não autorizará a aquisição de sua propriedade por usucapião de particulares.

Apesar do impedimento histórico à aquisição de bens públicos pela usucapião de particulares, entendo ser possível discernir efeitos diferenciados da posse, dentre os quais se proíbe apenas o da prescrição aquisitiva. Assim, nas hipóteses do Decreto-lei nº 9.760/1946, concernente à União, devem ser indenizadas as benfeitorias, para o que importa a consideração da boa-fé subjetiva do possuidor. Conclusão diferente se chega quanto ao direito de retenção que se afigura, nessa hipótese, antilógico, tendo em vista a possibilidade de desapropriação de bens particulares pelo Estado, nos termos do Decreto-lei nº 3.365/1941, podendo inclusive deles assumir desde logo a posse, como no caso da desapropriação indireta. Se tanto pode o Estado, ao desapropriar, tanto mais poderá fazê-lo em relação a bens de seu próprio domínio, não persistindo, portanto, a retenção do bem até a indenização das benfeitorias, ainda que caracterizada a boa-fé subjetiva do possuidor.

Já a boa-fé objetiva pode ser entendida como dever de comportamento leal quanto às expectativas do *alter*, e, para Judith Martins Costa (2000, p. 412), é uma norma “necessariamente nuançada”, “cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso”, por isso não é possível tabular de antemão seu significado único e acabado.

No entanto, da boa-fé objetiva pode-se extrair um significado mínimo, compreendido especialmente quando justaposto ao significado de boa-fé subjetiva. Trata-se da faceta mais propriamente externa da boa-fé, isto é,

denuncie una desafectación de hecho de una parcela del demanio, debe prevalecer frente a una catalogación o reclamación tardías.”. O prazo de tal posse seria, à sugestão do jurista espanhol (p. 143-144), de 30 anos, pelo simples fato de ser o dobro do prazo da usucapião extraordinária no direito civil, mas o legislador é que deveria apresentar sua cifra. Coloca-se também a questão da possibilidade de recuperação da titularidade do bem pelo Estado, especialmente nos casos em que o particular ocupe os bens que não dependem de uma lei específica para configurar sua afetação pública – tais como os rios, mares e praias, ou seja, bens de uso comum do povo.

exteriorizada no mundo por meio de um ato ou de um encadeamento de atos no tempo, cuja valoração enquanto boa-fé cabe aos expectadores fazer. É a boa-fé que não se define subjetivamente, mas sim no horizonte intersubjetivo.

Judith Martins Costa (2000, p. 413-419) ressalta também que a boa-fé objetiva não deixa de ser norma jurídica, porque acena para uma solução jurídica, e não moral²¹⁴. Distingue três facetas da boa-fé objetiva extraída de jurisprudência comparada: “norma de conduta que ordena a consideração pelos interesses legítimos do “alter”; “norma ordinatória da atenção ao fim econômico-social do negócio; “requisitos que se impõem à justa oposição da exceção de contrato não cumprido”.

Em decorrência de tais manifestações exteriorizadas da boa-fé, gerar-se a confiança dos indivíduos envolvidos na ordem de coisas que a conduta em questão acarreta. A confiança, em tais casos, é juridicamente tutelada, de modo que a dimensão dita *objetiva* de dadas circunstâncias que conformam a boa-fé objetiva ascende à dignidade de tutela jurídica quando também houver a tutela de um estado *subjetivo* de confiança. Assim, deduz-se que o sentido objetivo de boa-fé legitima a tutela do aspecto subjetivo da mesma. Não se trata de uma simplificação, mas sim de realçar a necessidade de tratamento conjunto do que tradicionalmente tem sido aceito como um binômio (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva).

Por outras palavras, uma conduta, um ato, uma declaração ou qualquer outra espécie de manifestação exteriorizada (ou seja, de maneira objetiva) que seja a causa suficiente para a criação de uma crença ou representação plausível, mas subjetiva, da realidade (isto é, considerando o plano subjetivo individual ou coletivo), poderá constituir fundamento para a aplicação jurídica da teoria da boa-fé. E dessa noção derivam algumas figuras relevantes de tal matéria, dentre as quais a da proibição do *venire contra factum proprium*, teoria dos atos próprios,

214 E aqui se entende que daquilo que é moral para aquilo que é jurídico há um *quid* específico, qual seja, a positividade pelo Estado e a possibilidade de exercício da força para impor sua efetividade, embora haja as sanções de ordem patrimonial – mais sensibilizantes dos súditos, segundo Maquiavel (1983, p. 107).

favor acti, funcionário de fato, além das figuras do *surrectio* e *suppretio* em negócios jurídicos, entre outras, a serem tratadas oportunamente nesta dissertação.

No direito privado, a boa-fé objetiva encontrou larga acolhida – embora não suficiente, como aponta Antonio Junqueira de Azevedo (2011, p. 615) – no Código Civil, sendo expressamente mencionada em três artigos: 186 (boa-fé no exercício do direito), 112 (boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos) e 421 (boa-fé nos contratos). Sobre este último dispositivo, Azevedo (2011, p. 616-621) apresenta críticas sobre sua insuficiência, deficiência e obsolescência. O artigo seria insuficiente por quatro razões. Na primeira delas, porque não expressa o caráter cogente ou dispositivo da regra, de modo que não se sabe se as partes poderão convencionar livremente em sentido contrário ou não. A segunda razão expõe a omissão do Código em tratar da boa-fé na fase pré-contratual, momento no qual, segundo o autor, a incidência do princípio seria mais relevante, já que as partes não estão ainda vinculadas pelas obrigações de um contrato. O terceiro motivo da insuficiência diz respeito também a uma omissão, desta feita sobre a fase pós-contratual, na qual, segundo o autor, também são devidos os comportamentos de boa-fé. Por fim, o quarto motivo refere-se ao problema de a previsão do Código não ser coerente com o paradigma da *substantial performance*, ou adimplemento substancial, ou seja, a situação na qual o contratante cumpre o núcleo principal das obrigações, mas não uma pequena ou irrelevante parte (em relação aos fins do contrato).

Sobre as deficiências do artigo 421, Azevedo (2011, p. 619-621) menciona a falta de previsão sobre as funções criativa (ou integradora, referente aos deveres anexos) e de correção (em vista de um critério de justiça de uma cláusula contratual), havendo apenas a previsão da função interpretativa.

E, por fim, quando trata da obsolescência do Código, Azevedo (2011, p. 621-623) refere-se à concepção ultrapassada, segundo afirma, do legislador, ao considerar o papel ampliado do juiz na aplicação da lei, isto é, ao prever um termo muito indeterminado, sem que se tenha dado quaisquer parâmetros para balizar

seu alcance e seu sentido, tal como se fez com a boa-fé, ao juiz é dada ampla liberdade e maleabilidade de aplicação de tal previsão, de modo que a boa-fé poderá prestar-se às mais diversas finalidades e às mais diferentes soluções. O paradigma que o legislador deveria ter em vista, e que é o mais atual, para o autor, seria o da “fuga do juiz”, em outras palavras, a lei deveria discriminar de modo expresso os parâmetros da aplicação da boa-fé para que, justamente, não se conferisse tamanho poder ao juiz.

A exposição de Azevedo, embora não se olvide que tenha em conta o direito civil, afigura-se particularmente pertinente ao estudo que aqui se delinea. Ora, a Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal – LPA), previu expressamente a boa-fé, nos artigos 2º, parágrafo único, inciso IV, e 4º, inciso II, enquanto padrão de conduta a ser observado quer pela própria Administração Pública, quer pelos administrados, e, por isso, por prescrever tal parâmetro no modo de agir, trata-se, por excelência, da dimensão objetiva da boa-fé. A previsão, assim é possível supor, procurou dar a cogência legal da boa-fé às relações de direito administrativo. Todavia, aqui, para este diploma de direito administrativo, também é possível questionar se não seriam também cabíveis a tais previsões as críticas expostas, em relação à insuficiência, à deficiência e à obsolescência.

Os artigos mencionados, embora se lhes deva o mérito de atribuir o dever de conduta conforme a boa-fé tanto à Administração quanto aos administrados, podem não ser suficientes. E a tal constatação não se pode atribuir a justificativa da dúvida quanto à cogência da regra, uma vez que, por ser de direito público, cogente o é por definição. Contudo, pela vagueza inerente ao termo “boa-fé”, atrelada à falta de parâmetros para definição dos momentos, do sentido, e do alcance do dever de conduta, vê-se logo que é possível atribuir, ao mesmo tempo, a tudo e a nada a conduta de boa-fé, ao sabor do malabarismo retórico do aplicador da norma.

Como exemplo da necessidade de se estabelecerem parâmetros mínimos para a definição da boa-fé, tome-se o caso de um contrato firmado com particular

para prestação de serviços à Administração, que não tenha seguido o devido procedimento prévio para tanto, supondo que nesse caso seria devida a licitação, e não coubessem as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade. Conforme será exposto de modo mais detido logo adiante nesta dissertação, a jurisprudência é unânime ao considerar que é devida a indenização ao particular pelos serviços prestados, nos termos do parágrafo único, do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que o particular estaria de boa-fé – e a boa-fé dos particulares é, em todos os casos, assumida como dada, sem qualquer questionamento a respeito de eventuais conluíus ou mesmo conhecimento do particular a respeito da irregularidade. Contudo, é mesmo possível também aceitar – e aceitar enquanto assunção de uma possibilidade, e não necessariamente enquanto uma concordância – uma decisão em sentido diverso, que questionasse a boa-fé do particular, ou mesmo fosse mais longe e não somente a questionasse, como também concluísse pela má-fé do particular, uma vez que as contratações do Poder Público nos parâmetros do objeto do contrato em causa é conhecidamente precedida de licitação, e assim o foi praticado em casos anteriores com o mesmo particular contratante, e, desse modo, pelos padrões de conduta seguidos anteriormente, o reconhecimento da boa-fé (objetiva) não seria possível.

Note-se que, no exemplo acima, a questão relativa à boa-fé é muito mais retórica do que apoiada em uma precisão significativa do instituto. Assim, a previsão geral, sem maiores delimitações, do dever de boa-fé na lei reforça a ambiguidade do termo, o que reduz, com isso, e de modo paradoxal, sua carga normativa.

Às previsões também poderiam se apontar deficiências por motivos análogos ao da insuficiência. Nelas, não há algum parâmetro mais ou menos determinado do qual se possa extrair uma direção, um sentido próprio, um tino sequer. Apenas se impõe o dever da Administração e dos administrados agirem sob tal prisma. A lei plasma um conceito indeterminado no seu auge da indeterminação. Diferentemente do artigo 421 do Código Civil, que previu ao menos a função interpretativa, os artigos 2º, parágrafo único, inciso IV, e 4º, inciso

II, silenciaram quanto a qualquer delimitação da boa-fé. Essa deficiência pode não ser de todo prejudicial – pode, de um lado, significar um alcance expansivo da boa-fé, de modo que em todos os aspectos, para todas as finalidades, devem todos se portar de boa-fé e, afinal, as circunstâncias específicas a que se aplicaria seriam definidas na prática, casuisticamente. Contudo, é possível supor ser muito elevado o risco de, em função da indefinição normativa, ter-se o uso meramente retórico da boa-fé, em caráter de *obiter dictum*, ou seja, de modo secundário, e, talvez, mesmo de emprego dispensável, sem o devido protagonismo que em diversos casos lhe seria devido.

Sobre a deficiência das previsões, o exemplo anteriormente apresentado também é útil, pois não se estabelecem parâmetros suficientes para a precisão da função da boa-fé. Nesses casos, a jurisprudência menciona a boa-fé como argumento de legitimação da aplicação do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, sem aprofundar a questão ou mesmo indagar-se de modo específico se a conduta do particular contratado efetivamente coaduna-se com a boa-fé objetiva. Por outro lado, os numerosos casos de uso da boa-fé enquanto *obiter dictum* na jurisprudência serão também tratados mais adiante.

Sobre a obsolescência das previsões, há que se atenuarem as críticas. É preciso reconhecer que a previsão da boa-fé como padrão de conduta a ser seguido pela Administração e pelos administrados trouxe à luz o paradigma de uma relação mais equalizada entre as posições desniveladas do administrador e do administrado, de modo a também estimular a humanização das relações por vezes muito burocráticas e inflexíveis que são criticadas nos espaços das repartições públicas. Isso certamente representou um grande avanço para o recrudescimento do prestígio da burocracia, a qual já foi muitas vezes injustamente mencionada em contextos pejorativos. Contudo, é possível estender o argumento mencionado por Azevedo, a respeito da abertura da previsão, que confere desmesuradamente poderes ao juiz e ao aplicador da norma em geral, inclusive para o próprio controle judicial da atuação administrativa, inserindo-se, portanto, num horizonte de protagonismo do juiz, quando, em verdade, a “fuga do

juiz” vigora com maior atualidade.

Existem, contudo, saídas para referida vagueza da previsão da boa-fé como regra geral de conduta do administrador e do administrado. Uma delas, e que mesmo pode ser considerada a principal, é realizada pela doutrina, por meio da conciliação de referidas previsões a outros dispositivos da LPA, ou mesmo de outras leis, vistos como manifestações da boa-fé em direito administrativo. Assim, conforme apontam Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 54-55), em comentário ao artigo 2º, parágrafo único, em relação à boa-fé, tratam-na ao abrigo maior da moralidade e apontam como comportamentos derivados da boa-fé a proibição ao abuso de poder (mencionando o artigo 2º, da Lei nº 4.717/65), a vedação ao comportamento contraditório, a proibição de uma omissão irrazoável (em face das previsões do artigo 3º, inciso I – facilitação do exercício de direitos dos administrados – e artigo 6º, parágrafo único – proibindo a recusa imotivada do recebimento de documentos –, ambos da LPA), a vedação ao formalismo exacerbado (diante das previsões dos artigos 2º, parágrafo único, inciso VIII, e artigo 22, *caput*, da LPA), e também o “respeito ao tempo”, que determinaria a proibição do exercício prematuro de direitos e da estipulação de prazos inadequados, ou mesmo do retardamento da prática de atos processuais (inclusive diante da previsão do artigo 49 da LPA, sobre o prazo de 30 dias para conclusão da instrução do processo).

Desse modo, cumpre ao intérprete, também amparado na solução doutrinária integradora, conferir maior precisão às previsões sobre a boa-fé que não contam com parâmetros nítidos de definição. Cuida-se que mencionada indefinição não deve autorizar a aplicação aproblemática e simplista da boa-fé, no esquema de apenas mencioná-la sem maiores justificativas. Há um ônus argumentativo que se instaura no horizonte da aplicação da boa-fé e que não pode ser ignorado.

A propósito do plano constitucional, José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 270-277) entende ser o *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, o dispositivo que fundamenta os deveres objetivos de conduta administrativa conforme a

confiança dos cidadãos (no contexto de um Estado Democrático e Social) e a eficiência na Administração, no sentido de boas práticas para o melhor funcionamento do setor público, atrelado ao conceito de boa administração. Por tal razão, o princípio da boa-fé objetiva na Administração Pública estaria consagrado também constitucionalmente²¹⁵.

Com relação ao binômio boa-fé subjetiva – boa-fé objetiva, há um certo paradoxo. Enquanto a classificação assumida por boa parte da doutrina procura diferenciar a esfera psicológica da exterior, evidencia-se que, na prática, um e outro caso apresentam imbricações mútuas e complementares que podem minar as barreiras estanques das classes. Nesse sentido, é possível questionar se todas as manifestações que se dizem de “boa-fé” e nas quais efetivamente há o cabimento da evocação do instituto não poderão depender tanto da crença do indivíduo, como também o elemento da exteriorização de uma conduta em um e outro sentido.

Suponha-se então que alguém que alega boa-fé, por psicologicamente entender fazer o que é de direito, tenha agido de modo a expressar uma conduta anterior de má-fé. Tome-se por exemplo hipotético o caso de um indivíduo que deveria praticar um ato dentro de um prazo determinado. Esse prazo era determinado pela Administração como um “prazo razoável”. O indivíduo entende que um prazo razoável é de 1 mês (elemento psicológico). A Administração, contudo, entende que 15 dias são razoáveis. Essas mesmas circunstâncias poderiam também ilustrar o dever decorrente da boa-fé – objetiva, portanto – de atuação da Administração e dos administrados de acordo com a “lealdade no tempo”, definida por Egon Bockmann Moreira (2007, p. 109) como a “proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados”. Ora, especialmente nesse último aspecto da definição, relativo à adequação do prazo, é autorizado discutir se a conduta

215 Nas palavras de Giacomuzzi (2013, p. 275): “Da moralidade escrita no artigo 37 da CF de 1988 se deve – não só, mas sobretudo – extrair *deveres objetivos* de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos. Com o perigoso risco das simplificações, mas com o cuidado do alerta, posso dizer que a moralidade administrativa do art. 37 da CF de 1988 *obriga a um dever de transparência e lealdade* por parte da Administração Pública”.

administrativa observou o dever de lealdade no tempo. Há, neste exemplo, imbricações simultâneas da boa-fé subjetiva e objetiva.

Do mesmo modo, um indivíduo somente pode alegar que um comportamento reiterado da Administração gerou uma expectativa de direito se, subjetivamente, crer ou confiar (parâmetro subjetivo) que tal conduta praticada (parâmetro objetivo) até então era de direito.

Vê-se que um e outro sentido dificilmente podem ser cindidos e tratados de maneira apartada. Em razão disso, entende-se que os aspectos subjetivo e objetivo da boa-fé se reforçam mutuamente e apresentam ocorrências simultâneas nos casos em que legitimamente possam ser invocados. Por tal razão, na prática, os limites de uma e outra dimensão são tão sutis.

1.5.2 Funções interpretativa, limitativa e integradora da boa-fé

Tradicionalmente, atribuem-se três funções à boa-fé: interpretativa, integradora (ou criadora) e limitativa. No direito civil, tem-se que tais funções deslocaram-se da aplicação exclusiva aos contratos para o âmbito extracontratual, tamanha é sua relevância. E, pela sua utilidade, igualmente é possível nos valermos da classificação em matéria de direito administrativo.

Como princípio, a boa-fé presta-se a compor a base de interpretação de normas, em sopesamento com outros princípios, de maneira a se modular a melhor fórmula jurídica para o caso concreto²¹⁶. Além disso, e sobretudo, a boa-fé é princípio informador de todo sistema jurídico, ainda que para certos atos a lei não faça menção expressa dela. Assim, a boa-fé se prestará à interpretação de leis, contratos (e negócios jurídicos em geral), bem como atos (jurídicos ou não).

²¹⁶ A propósito, Wieacker (1977, p. 52) trata da aplicação da boa-fé com vistas à concreção de um plano legal do ordenamento, isto é, para a adequada realização na prática do plano valorativo do legislador. Nesse sentido, em um plano interpretativo, não há atuação para além dos limites da lei, mas um esforço de busca de seus melhores sentidos diante do caso concreto.

Por essa razão, uma norma sempre deverá ser interpretada com o sentido mais congruente ao comportamento leal e honesto²¹⁷. Em termos práticos, segundo Pérez (1989, p. 64-65), tem-se os seguintes efeitos da aplicação da interpretação pela boa-fé: (i) indeterminações normativas, devem ser interpretadas da maneira mais afinada à boa-fé; (ii) normas com sentido ambíguo ou obscuro, a interpretação será extensiva (além da norma) se os termos forem excessivamente restritos e a interpretação será restritiva se os termos forem excessivamente amplos, de modo a reduzi-los apenas aos significados de acordo com a boa-fé; (iii) toda interpretação que contrarie a boa-fé será afastada.

Especialmente no caso do exercício interpretativo do item ii, tratado no parágrafo anterior, poderá haver uma forte resistência jurisprudencial²¹⁸ ao administrador que assim proceda, ou a qualquer tomador de decisão em matéria administrativa, uma vez que se tem sedimentado no ideário jurídico a noção de que o agente administrativo e tudo que envolve o direito administrativo está adstrito a um sentido “exegeta” do princípio da legalidade, e nessa sede somente caberia um exercício de subsunção dos fatos à norma. Todavia, a aplicação da norma conforme parâmetros da boa-fé será também conforme o direito, e, por

217 Nesse sentido, manifesta-se Pérez (1989, p. 63): “Al aplicarse, las normas reguladoras de la constitución de las relaciones jurídicas, así como las que regulan el desenvolvimiento de las relaciones en sus dos facetas (ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones), se interpretarán siempre en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos”.

218 Em 25 de janeiro de 2016, a pesquisa com os seguintes parâmetros: “Interpretação restritiva' mesmo ' Administração Pública” e “Interpretação extensiva' mesmo ' Administração Pública” no sítio eletrônico do STJ retorna por volta de 80 acórdãos que, com unanimidade, afirmam que o administrador deve ater-se ao princípio da legalidade, sem quaisquer possibilidades de extensão ou restrição na atividade interpretativa. É representativo do posicionamento do STJ a seguinte ementa de um acórdão: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE ASSUNTOS PARTICULARES. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo (Lei 10.261/68), vigente ao tempo do afastamento da servidora não considera na contagem do tempo de serviço a licença para tratamento de assuntos particulares. 2. In casu, não há falar em direito líquido e certo da recorrente pois, em obediência ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa. Precedentes: AgRg no REsp 1.231.752/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 11/4/2011; RMS 26.944/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/6/2010. 3. Agravo regimental não provido.” (Superior Tribunal de Justiça, nos EDcl no RMS 38810 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, turma 1. DJ 27/08/2013).

isso, de acordo com a legalidade administrativa. Não se preveem, *a priori*, determinados problemas na redação da norma que demandarão sua interpretação conforme a boa-fé e, em algumas situações, serão ampliativas ou restritivas. Daí a necessidade de reflexão sobre o uso da boa-fé como expediente interpretativo no direito administrativo.

Teresa Negreiros (1998, p. 226-235) trata da suposta tautologia da função interpretativa da boa-fé, que “não tem conteúdo até o instante em que seu conteúdo é invocado”²¹⁹. Alerta ainda para a importância de se definirem critérios prévios à sua aplicação para que a boa-fé não resulte “vazia de conteúdo” ou “prestando-se a toda sorte de valoração”. No entanto, diante da grande influência das circunstâncias concretas para definição do conteúdo da boa-fé, questiona como considerar sua função interpretativa de modo a fixar-lhe um conteúdo *a priori*. A solução para a autora seria considerar a boa-fé como veículo de interpretação das circunstâncias do caso à luz da finalidade da relação jurídica em questão. Em razão disso, a boa-fé tende à efetivação de valores sociais, sem que necessariamente conduza-se para a exata vontade individual dos envolvidos numa relação jurídica. Por isso, ainda que se esteja tratando de uma interpretação fundada na boa-fé, a mesma “acaba por configurar-se como uma fonte de deveres ou de limitação a direitos subjetivos”.

Uma consequência, talvez a mais relevante, da função interpretativa da boa-fé seria o aporte fático do caso concreto para as decisões. Ora, se uma norma (lei, regulamento, cláusula contratual etc.) deve ser interpretada e, por isso, aplicada de acordo com a boa-fé, pressupõe-se que as circunstâncias que efetivamente se desenrolaram em uma situação específica deverão ser consideradas, a fim de se apurar se o comportamento da Administração e do administrado se deu de acordo com os deveres de boa-fé, ou se foi suscitada a confiança do administrado na aparência²²⁰ de legitimidade da uma atuação

219 A propósito da boa-fé como cânone interpretativo-integrativo da relação jurídica, afirma Teresa Negreiros (1998, p. 232): [...] “a boa-fé, como princípio que é, há de configurar-se abstratamente, ainda que se reconheça que a sua aplicação não admite um raciocínio do tipo lógico-subsuntivo, mas que será necessariamente influenciada pelas circunstâncias que informem a relação concreta sobre a qual incida”.

220 Segundo explica Konder (2006, p. 114-115): “A teoria da aparência, fazendo uso da

administrativa, ou, ainda, se o administrado favoreceu-se da ignorância real em relação a algum fato, a que a lei atribui consequências menos severas pela infração da norma, entre outros. Desse modo, a boa-fé deslocará o foco argumentativo do mero plano normativo-textual para a realidade que se tem em vista.

A função integrativa (ou criadora) da boa-fé consiste na complementação ou preenchimento de vazios jurídicos em regras e negócios jurídicos em geral que não tenham se pronunciado completamente sobre a solução em determinada situação de fato. Assim, havendo alguma lacuna em determinada relação jurídica, seja em termos de direitos ou de obrigações, a boa-fé revelará a solução para superar a omissão normativa. Daí também designar-se tal função como “criativa” ou “criadora”. A mesma restrição encontrada na primeira função poderá ser evocada pelos operadores do direito a esta função, tendo em vista a concepção arraigada do administrador “boca da lei” ou mero burocrata, assim como a supremacia da lei como dogma absoluto em direito administrativo.

Ademais, ainda sobre a boa-fé como norma integrativa e de criação de deveres jurídicos, Teresa Negreiros (1998, p. 236) trata como fundamento para tanto a compreensão da relação jurídica como um todo voltado a uma finalidade global, de modo que as partes devem cooperar entre si para o atingimento da mesma. Menciona-se a obra de Clóvis do Couto e Silva (“A obrigação como processo”), cuja abordagem aponta para esse sentido. Os chamados “deveres anexos” ou “laterais” são expressão dessa função da boa-fé e exercem fundamental importância nas relações jurídicas massificadas, como se dá entre o Estado e os cidadãos, conforme se destaca a seguir.

Em relações contratuais, são relevantes as considerações de Teresa

denominação mais utilizada em doutrina, é um instrumento por meio do qual, em nome da proteção do sujeito de boa-fé, se desconsidera o vício interno de uma situação aparentemente válida para fazer valer a situação como se perfeita e regular fosse. Para proteger aquele que, de boa-fé, negocia com um falso titular do direito, a lei impõe a produção dos mesmos efeitos jurídicos que o negócio surtiria se ocorresse com o assentimento do verdadeiro legitimado, invadindo, portanto, seu patrimônio”. Em direito administrativo, pode-se afirmar que a proteção à aparência encontra fundamento no próprio atributo de presunção de legitimidade dos atos administrativos, que, por tal razão, suscita a confiança dos cidadãos em tal sentido, bem como em relação à sua estabilidade e não contradição.

Negreiros (1998, p. 240), que menciona a teoria dos atos existenciais ou do contrato social como fontes geradoras de deveres anexos e autônomos em relação à vontade efetivamente manifestada das partes. Para a autora (p. 244), Trata-se de uma “radical objetivação da vontade”, pela qual se verificam os deveres de cada qual a partir do suporte fático e circunstancial envolvido, e não pela consideração subjetiva da vontade. Isso seria de especial relevância para os contratos massificados que, ao abrangerem inúmeros contratantes, em situações fáticas peculiares, deveriam ter tratamento próprio voltado à satisfação da finalidade global do contrato. Ora, os serviços públicos poderiam encontrar uma fonte de obrigações nessa teoria. Observe-se o princípio da cortesia na prestação dos serviços públicos, previsto no artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei 8.987/1993, necessário à configuração de um serviço adequado. Trata-se, com efeito, da consubstanciação de um dever anexo resultante mais das circunstâncias práticas e específicas do usuário do que do contrato firmado.

Em matéria de direito administrativo, também se considera relevante para a função criativa da boa-fé, em especial relação com o efeito prospectivo da boa-fé (cuja definição será exposta no próprio item), a sua decorrência para a flexibilização da lei. Como já foi apontado por Marrara (2012a, p. 231-232), a boa-fé do administrado poderá ampliar as possibilidades de atuação administrativa para além do previsto em lei, e aponta dois efeitos principais: a manutenção de efeitos de atos ampliativos ilegais e a revisão sancionatória diante de fatos novos. A primeira hipótese incidiria em caso da decadência quinquenal prevista no artigo 54, *caput*, da LPA, sendo a boa-fé requisito imprescindível para a perpetuação dos efeitos do ato nulo. Já a segunda hipótese afastaria o instituto da coisa julgada administrativa em favor da boa-fé do administrado, na revisão da sanção (nos termos do artigo 65 da LPA), favorecido com o fato novo surgido que impactará na justiça da decisão.

A função limitadora ao exercício de direitos (e prerrogativas)²²¹ é aquela

221 Como exemplo do abuso de direito, tem-se a situação em que se impõe o dever de aplicar uma sanção grave, cuja efetiva concretização ocorre mais de uma década depois. Assim se pronunciou o STJ: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. RENOVAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. EXONERAÇÃO. OMISSÃO

que procurará modular ou legitimar o exercício de posições jurídicas em parâmetros de lealdade e honestidade vigentes em determinada relação jurídica, ou seja, considerando os sujeitos envolvidos e o que se esperava de sua atuação. Diz especial respeito à figura do abuso de direito, que é tratada em item próprio nesta dissertação²²².

Ainda sobre a função limitadora da boa-fé, são pertinentes algumas considerações sobre sua repercussão perante a discricionariedade administrativa. Esse instituto, conforme exposto por Thiago Marrara (2012a, p. 212)²²³, antes de ser um atributo global de um ato, na verdade o será em relação a um ou mais elementos do ato administrativo, de modo que sempre alguma vinculação remanescerá, especialmente se se considerar a legalidade da Administração, que somente age sob o império da lei. De modo geral, a discricionariedade pode ser definida como o atributo de um dos elementos do ato administrativo (com exceção da finalidade e dos motivos jurídicos, que sempre serão vinculados) que confere ao administrador certas margens, em maior ou menor grau, de escolha.

No entanto, a discricionariedade do administrador, ao contrário do que se possa supor num primeiro momento, não será exercida de modo totalmente livre, devendo exercer-se dentro das possibilidades do direito, e, mais restritamente, e conforme expôs Juarez Freitas (2009, p. 20-24), da boa administração. Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 137), sendo a discricionariedade

ADMINISTRATIVA. SUPRESSIO. BOA-FÉ OBJETIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA. 1. Publicada a sentença que reformou a decisão liminar autorizativa da permanência do candidato no certame, incumbia à Administração imediatamente promover a exoneração do servidor, sob pena de o longo período em omissão criar a justa certeza e expectativa de que a questão acerca do ingresso do autor na carreira estava resolvida e consolidada. 2. A exoneração do servidor após decorrido 12 anos do tempo devido, aliada à prática de atos sem sentido contrário pela Administração (aprovação em estágio probatório, promoções na carreira, declaração de tempo de serviço/contribuição adquirido para aposentadoria), atenta contra os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, máxime porque inspirou a confiança do jurisdicionado de que não mais efetivada, gerando desequilíbrio na esfera patrimonial do autor e abuso de direito de revisão administrativo, segundo a teoria da supressio e da vedação ao venire contra factum proprium. 3. Apelo provido” (STJ. Decisão monocrática no AREsp 728993. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ 25/06/2015).

²²² Vide item 2.3.2.

²²³ Marrara (2012a, p. 211-217) distingue as discricionariedades *de agir* (exercer ou não a competência, conforme o caso concreto), *no agir* (a respeito do conteúdo do ato, supondo que na prática ele poderá assumir mais de uma substância), e *como agir* (ou seja, relacionado ao procedimento, ao formato do ato, bem como a suas possibilidades de divulgação).

administrativa possibilitada e oferecida na medida em que o legislador assim prevê, o que legitima, de antemão, as escolhas possíveis do administrador, e, considerando que o princípio da legalidade, em sentido amplo, compreende também um conteúdo axiológico, ou seja, não só a lei, mas também os princípios de direito, é possível afirmar que “o princípio da legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa”.

A boa-fé, se, de um lado, é um conceito jurídico indeterminado, pois confere uma abertura ou maior liberdade para o aplicador da norma que a tem em vista, de modo a, em tese, ampliar sua discricionariedade, de outro, também limita essa discricionariedade. Essa função limitadora da boa-fé é aplicada não só à conformação do exercício normal de direitos – funcionando como parâmetro para a configuração do abuso de direito ou de poder, conforme será visto mais adiante –, mas também às possibilidades de escolha do administrador quando se vê diante da possibilidade, franqueada pelo legislador, do exercício da discricionariedade. Sua escolha deverá considerar a boa-fé, seja enquanto princípio (objetiva), seja enquanto fato (subjéctiva).

Marrara (2012a, p. 231-243) distingue dois enfoques específicos de limitação à discricionariedade administrativa pela boa-fé: boa-fé do administrado e boa-fé do administrador. No caso da boa-fé do administrado, a discricionariedade administrativa será reduzida em favor da proibição do comportamento contraditório da Administração, em face, especialmente, da proteção da coisa julgada administrativa, do respeito à jurisprudência administrativa, à vinculação das promessas inequívocas da Administração, e, por fim, em favor da sua consideração para a dosimetria sancionatória (na qual a boa-fé subjéctiva atuará na redução do rigor punitivo). Já no caso da boa-fé do administrador, a discricionariedade será limitada pelos deveres de conduta que a sua dimensão objetiva impõe: deveres de probidade, de colaboração e de razoabilidade.

Saliente-se que as figuras mencionadas da proibição do comportamento contraditório, bem como as consequências advindas da confiança do

administrado e do dever de boa-fé da Administração serão abordadas em momento posterior nesta dissertação. Por ora, basta relacionar a função limitativa da boa-fé à limitação da discricionariedade, até mesmo para que se possa justificar a classificação aqui proposta.

Há também, por vezes, uma imbricação entre as funções da boa-fé, de modo que a mesma manifestação dessa última poderá abranger duas ou mesmo as três funções²²⁴. Além disso, entende-se ainda que a classificação pelo critério funcional somente pode se aplicar à dimensão objetiva da boa-fé, não abrangendo as manifestações subjetivas da mesma, o que diminuiria o espectro de aplicação e, por tabela, de alcance da mesma. Apesar disso, remanesce a utilidade da classificação, especialmente para a explicação das expressões objetivas da boa-fé.

1.5.3 Efeitos prospectivo e retrospectivo da boa-fé

É importante relevar que a presente classificação, embora seja muito útil para os fins deste estudo, não pode ser considerada convencional. Isso porque se propõem aqui as dimensões prospectiva e retrospectiva da boa-fé.

Explica-se. Já foi referido que a boa-fé, em razão de carrear às relações jurídicas a realidade de fato que lhes subjaz, bem como por impor deveres de conduta condizentes com as expectativas gerais em um Estado Democrático de Direito, arejando por suas funções um sentido de ética na atuação administrativa, apresenta a propriedade de inserir-se como referencial médio na tensão entre direitos fundamentais e interesse público. E, nesse papel, ora preservará relações constituídas, ora criará deveres de ação.

Nessa toada, é possível vislumbrar efeitos retrospectivos e prospectivos da

²²⁴ Vide acórdão proferido no REsp 808708, o qual aplica o sentido objetivo da boa-fé, em franca ruptura com o sentido consagrado para tais matérias, em caso referente a ocupação de bem público.

boa-fé em matéria de direito administrativo. No efeito retrospectivo, tratar-se-ia de um móbil para preservação do estado de coisas já praticado pelo Estado e que o particular invoca contra mudanças. A boa-fé, por sua vez, podendo englobar o sentido retrospectivo, apresentaria também um potencial prospectivo: de criação de direitos a partir de novas práticas.

A tipologia aqui apresentada aparenta utilidade para os fins de análise, considerando as premissas teóricas e metodológicas adotadas nesta pesquisa. Nesse sentido, e de modo mais específico, os dois sentidos de efeitos que se expôs nesta classificação para a boa-fé em matéria de direito administrativo são:

- (i) *Sentido retrospectivo de boa-fé*: apresenta um conteúdo de preservação de situações, tutela do quanto já praticado pela Administração, e filia-se ao significado do princípio da confiança e da segurança jurídica.
- (ii) *Sentido prospectivo de boa-fé*: conteúdo corretor do direito posto, que se desencadeia pelo fundamento de criação de deveres de conduta e limitação de direitos subjetivos e exercício de prerrogativas.

Nota-se que ambos os efeitos atribuídos à boa-fé nesta classificação apresentam o condão de instrumentalizar diversos atributos que lhe são dados como características. Assim, tanto para o prospectivo, como para o retrospectivo, é possível supor a decorrência de flexibilização da letra da lei, de primazia dos fatos, da tutela da aparência de legitimidade, e da conformação normal do exercício de direitos.

De outro lado, há, contudo, inúmeras especificações casuísticas que não são apreendidas ou visibilizadas por essa classificação. Outra crítica que se pode fazer a esta classificação, assim como se fez quanto à funcional (exposta no item acima), diz respeito ao alcance limitado quanto às manifestações da boa-fé objetiva, o que reduz sua extensão explicativa.

Em que pesem referidas limitações, entende-se que, ainda assim, os esclarecimentos que decorrem da instrumentalização desta classificação são muito úteis, especialmente considerando o princípio da boa-fé em matéria de

direito administrativo, que se situa na tensão entre direitos fundamentais e interesse público, em meio a, também, um conjunto de normas que distinguem uma relação de direito administrativo. Os efeitos, quer prospectivos, quer retrospectivos, refletirão, sobretudo, como se consubstancia o desfecho da referida contenda na presença da boa-fé no caso concreto.

Tal distinção nas categorias de efeitos da boa-fé no direito administrativo será empregada como variável de pesquisa na análise de jurisprudência.

1.6 Mapeamento legislativo da boa-fé no direito administrativo

Neste item, apresento um panorama dos dispositivos de lei que abordam a boa-fé em matéria de direito administrativo, tendo como fonte principal a legislação federal atualmente em vigor. Não me ative à produção legislativa estadual, municipal ou distrital em função da profusão do material que seria então analisado, o que inviabilizaria, por sua amplitude, a pesquisa. Além disso, como não me propus a uma investigação propriamente histórica neste momento, também optei por me deter apenas nas normas em vigor.

Feitas referidas delimitações metodológicas, foram analisados 43 diplomas legais federais (compreendendo leis, lei complementar, decretos-lei e decretos), e selecionados os dispositivos que mencionavam a boa-fé, ou em sua formulação oposta, a má-fé²²⁵. Os diplomas foram selecionados conforme sua relevância para o campo do direito administrativo, justamente por disciplinarem questões afetas a esse último. Foram também consultadas compilações de legislação de direito administrativo, para se apurar a falta de algum diploma relevante.

Os dispositivos encontrados que mencionam a boa-fé seguem na tabela abaixo:

²²⁵ Assinale-se que os dispositivos de lei com conteúdo relevante ao tema da boa-fé em direito administrativo, mas que não mencionam “boa-fé”, serão também contemplados neste trabalho, no capítulo III, mas não na presente análise, pelas próprias limitações do método.

Tabela 1 – Dispositivos que mencionam a boa-fé

Lei nº	Dispositivos sobre boa-fé
9784/1999	Art. 2º, IV; art. 4º, II; art. 54;
12527/2011	art. 32, III
8112/1990	Art. 133, §5º; art. 133, §6º; art. 185, §2º;
12846/2013	Art. 19, §4º; art. 19, I;
Decreto-lei	
9760/1946	Art. 63, §1º; art.63, §2º; art. 71, par. Único; art. 132, §1º; art. 173; art. 174; art. 5º, alínea e; artigo 5º, alínea f; art. 48, §3º.
Decreto	
3555/2000	Art. 18, §2º;
5450/2005	Art. 29, §2º

Depois da leitura dos dispositivos, foi realizada uma categorização do emprego da boa-fé nos mesmos, no esforço e na tentativa de compreender, em uma escala mais geral, os papéis que assume a boa-fé enquanto categoria jurídica em matéria de direito administrativo na perspectiva legislativa. Foram criadas as seguintes categorias: (i) Princípio; (ii) Restrição a poderes da Administração; (iii) Terceiros de boa-fé; (iv) Direitos do particular decorrentes de posse de bem público; (v) Garantia ressarcitória a particular relacionado à Administração.

A categoria “Princípio” foi adotada para indicar a boa-fé empregada no sentido de imposição de deveres de conduta à Administração e/ou aos administrados. Referida categoria é utilizada nos termos mais gerais no texto da lei, não havendo indicação específica ou precisa de um contexto ou de circunstância no qual se aplica. Dentre os dispositivos de lei analisados, os que se enquadram em tal categorização foram os artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, segundo os quais a Administração deve atuar nos padrões da

boa-fé²²⁶ e o administrado deve proceder com boa-fé²²⁷.

A categoria “Restrição a poderes da Administração” foi adotada para sintetizar os dispositivos que preveem a boa-fé como garantidora de limites à atuação administrativa que restringe direitos dos administrados. Nesse sentido, por ela são abrangidos os seguintes dispositivos: artigo 54, da Lei nº 9.784/1999²²⁸; artigos 133, §§ 5º e 6º²²⁹, e 185, §2º²³⁰, da Lei nº 8.112/1990; artigo 32, inciso III, da Lei nº 12.527/2011²³¹.

O mencionado artigo 54 da Lei de Processo Administrativo Federal impõe o prazo decadencial de 5 anos para o exercício da autotutela administrativa em relação a atos inválidos que beneficiem o administrado, desde que esse último esteja de boa-fé, sendo a mesma um requisito para que exista o limite temporal ao exercício referido. Expressa a tutela da confiança e das expectativas legítimas do particular que não deu causa ou que confiou na aparência de legitimidade e legalidade do ato administrativo em questão. Não havendo a boa-fé, desde que

226 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e **boa-fé**; [...] [negrito da autora].

227 Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: [...]

II - proceder com lealdade, urbanidade e **boa-fé**; [...] [negrito da autora].

228 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**. [negrito da autora]

229 Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: [...]

§5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua **boa-fé**, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a **má-fé**, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. [negritos da autora].

230 Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem: [...]

§ 2º O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou **má-fé**, implicará devolução ao erário do total auferido, sem prejuízo da ação penal cabível. [negrito da autora]

231 Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: [...]

III - agir com dolo ou **má-fé** na análise das solicitações de acesso à informação; [...] [negrito da autora]

isso reste comprovado, o prazo decadencial não se aplicará e, portanto, quedam os limites temporais para o exercício da autotutela administrativa previstos no artigo mencionado.

Os parágrafos 5º e 6º do artigo 133 da Lei nº 8.112/1990 preveem a boa-fé como limite ao poder disciplinar no contexto do acúmulo ilegal de cargos públicos. Os dispositivos determinam certa conduta do servidor como indicativa de boa-fé: a opção por um dos cargos até um dado prazo (termo para a apresentação de defesa) no âmbito do processo administrativo disciplinar. O parágrafo 6º reforça a previsão de que somente se configurada a má-fé do servidor (isto é, sua conduta não se procedeu de acordo com o previsto no parágrafo 5º) estará autorizada a Administração Pública a aplicar a pena de demissão. Desse modo, o dispositivo em questão não reflete a lógica anteriormente exposta no sentido de que a dimensão subjetiva da boa-fé deveria figurar em processos sancionatórios. Ora, ao impor uma conduta para a configuração da boa-fé, o §5º consagra a boa-fé objetiva.

O parágrafo 2º do artigo 185 da Lei nº 8.112/1990, por sua vez, impõe como restrição à determinação de devolução do valor de benefícios previdenciários indevidamente recebidos a comprovada má-fé do beneficiário. Assim, sua boa-fé, que se presume, atuará como blindagem à fulminação do patrimônio do particular pela Administração Pública, daí a categorização de tal dispositivo como uma restrição aos poderes dessa última.

O artigo 32, inciso III, da Lei nº 12.527/2011, estabelece como requisito para a caracterização da conduta ilícita de agente público ou militar na análise de solicitações de acesso à informação os elementos subjetivos do dolo e da má-fé. Desse modo, cria-se um ônus probatório da Administração Pública referente à má-fé ou ao dolo do agente para que se caracterize a infração administrativa e se possa responsabilizá-lo.

A terceira categoria, “Terceiros de boa-fé”, foi adotada para os dispositivos que, ao preverem restrições a direitos de administrados pela Administração Pública, salvaguardavam dos efeitos de tal restrição os terceiros de boa-fé, ou

seja, os indivíduos alheios à ilegalidade envolvida na restrição de direitos, mas que se engajaram em relações jurídicas patrimoniais com os particulares envolvidos. Foram nela incluídos os seguintes dispositivos: artigo 19, inciso I, e §4º da Lei nº 12.846/2013²³²; artigos 48, §3º²³³, e 63, §1º²³⁴, da Lei nº 9.760/1946.

O artigo 48, § 3º, da Lei nº 9.760/1946, prevê a salvaguarda de interesses de terceiros de boa-fé afetados pela decisão proferida em sede de processo judicial de discriminação de terras da União, quanto às benfeitorias realizadas. O artigo 63, § 1º, do mesmo diploma, prevê uma forma de advertência aos terceiros de boa-fé quanto à irregularidade de ocupante de imóvel pertencente à União, tornando pública por edital a decisão que assim o declare. O artigo 19, inciso I e § 4º, da Lei nº 12.846/2013, preveem, respectivamente o perdimento e a indisponibilidade de bens e demais vantagens resultantes de prática de infração contra a Administração Pública, desde que se resguardem os direitos de terceiros de boa-fé.

A categoria “Direitos do particular decorrentes de posse de bem público” cunhou os dispositivos, todos do Decreto-lei nº 9.760/1946, que previam

232 Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de **boa-fé**; [...]

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de **boa-fé**. [negritos da autora]

233 Art. 48. Proferida a sentença e dêle intimados os interessados, iniciar-se-á, a despeito de qualquer recurso, o levantamento e demarcação do perímetro declarado devoluto, extremado das áreas declaradas particulares, contestes e incontestes; para o que requererá a Fazenda Nacional, ou qualquer dos interessados, designação de dia, hora e lugar para começo das operações técnicas da discriminação, notificadas as partes presentes ou representadas, o engenheiro ou agrimensor e os peritos.

§3º Serão desde logo avaliadas, na forma do direito, as benfeitorias indenizáveis dos interessados que foram excluídos ou de terceiros, reconhecidos de **boa fé** pela sentença. [negrito da autora]

234 Art. 63. Não exibidos os documentos na forma prevista no art. 61, o S.P.U. declarará irregular a situação do ocupante, e, imediatamente, providenciará no sentido de recuperar a União a posse do imóvel esbulhado.

§ 1º Para advertência a eventuais interessados de **boa fé** e imputação de responsabilidades civis e penais se fôr o caso, o S.P.U. tornará pública, por edital, a decisão que declarar a irregularidade da detenção do imóvel esbulhado. [negrito da autora]

ressarcimento ou regularização da situação em decorrência da ocupação de imóveis pertencentes à União. São eles: art. 5º, alínea e e f²³⁵, artigo 63, §2º²³⁶; artigo 71, parágrafo único²³⁷; artigo 132, §1º²³⁸; artigo 173²³⁹; artigo 174²⁴⁰. Da constatação da boa-fé dependerá a indenização pelas benfeitorias realizadas ou até mesmo a expedição de títulos de domínio (para áreas diminutas). Por tratar-se de dispositivos que regem a posse, entende-se, forte na doutrina e mesmo seguindo seu teor originário, conforme exposto anteriormente, que a boa ou má-fé em questão são de dimensão subjetiva.

Quanto à categoria “Garantia ressarcitória a particular vinculado à Administração” incluíram-se os dispositivos que disciplinam a indenização do contratado de boa-fé em razão da anulação do procedimento licitatório, em função das despesas realizadas e fundamentadas na legítima expectativa dispensada à contratação com o Poder Público. Os dispositivos são: artigo 18, §2º, do Decreto

235 Art. 5º São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprios nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado: [...]

e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e **boa fé**, por termo superior a 20 (vinte) anos;

f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e **boa fé**; [...]. [grifos da autora]

236 Art. 63. Não exibidos os documentos na forma prevista no art. 61, o S.P.U. declarará irregular a situação do ocupante, e, imediatamente, providenciará no sentido de recuperar a União a posse do imóvel esbulhado.

§ 2º A partir da publicação da decisão a que alude o § 1º, se do processo já não constar a prova do vício manifesto da ocupação anterior, considera-se constituída em **má fé** a detenção de imóvel do domínio presumido da União, obrigado o detentor a satisfazer plenamente as composições da lei. [grifo da autora]

237 Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513,515 e 517 do Código Civil.

Parágrafo único. Excetuam-se dessa disposição os ocupantes de **boa fé**, com cultura efetiva e moradia habitual, e os direitos assegurados por este Decreto-lei. [grifo da autora]

238 Art. 132. A União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação, observados os prazos fixados no § 3º, do art. 89.

§ 1º As benfeitorias existentes no terreno somente serão indenizadas, pela importância arbitrada pelo S.P.U., se por este fôr julgada de **boa fé** a ocupação. [grifo da autora]

239 Art. 173. Aos brasileiros natos ou naturalizados, possuidores de áreas consideradas diminutas, atendendo-se às peculiaridades locais, com títulos extremamente perfeitos de aquisições de **boa fé**, é lícito requerer e ao S.P.U., conceder expedição de título de domínio, sem taxa ou com taxa inferior à fixada no presente Decreto-lei. [grifo da autora]

240 Art. 174. O Governo Federal negará legitimação, quando assim entender de justiça, de interesse público ou quando assim lhe ordenar a disposição da lei, cumprindo-lhe, se fôr o caso, indenizar as benfeitorias feitas de **boa fé**. [grifo da autora]

nº 3.555/2000²⁴¹, e artigo 29, §2º, do Decreto nº 5.450/2005²⁴².

Observe-se ainda que a maioria das previsões legislativas expressas sobre a boa-fé dizem respeito à sua dimensão objetiva, talvez porque tais previsões sejam reflexos da confiança devida pela aparência de legalidade e legitimidade, verdadeira áurea que acompanha a atuação da Administração Pública. Trata-se de boa-fé objetiva, porque é aferida a partir da conduta externalizada pelo particular que pauta seus atos tal como se nenhuma ilegalidade maculasse as circunstâncias em que se fia.

Além disso, conforme visto, a legislação contempla diferentes áreas da atuação administrativa, embora sem delimitar maiores critérios concretos para aferi-la. Daí resulta um argumento adicional à análise de jurisprudência para que se verifique como tal indeterminação se define nos casos concretos.

1.7 Conclusões do capítulo

(i) A boa-fé em direito administrativo assume manifestações e sentidos próprios, porém não absolutamente estanques, em relação à boa-fé do direito civil ou de outro ramo de direito privado;

(ii) Em razão de tal conteúdo específico, a boa-fé em direito administrativo,

241 Art. 18. A autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de **boa-fé** de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato. [negrito da autora]

242 Art. 29. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de **boa-fé** de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato. [negrito da autora]

por ter em vista o sistema de regras e princípios que é próprio de tal ramo, e nele se inserir, nele se molda e interage com as peculiaridades normativas e fáticas vivenciadas pelo mesmo;

(iii) Nesse sentido, a boa-fé representaria, além do tradicional aporte ético ao direito, um vetor de equalização na tensão entre interesse público e direitos fundamentais, ou, pondo os termos de outro modo, entre a Administração e os cidadãos.

(iv) Foram apresentadas as classificações doutrinárias da boa-fé (dimensões subjetiva e objetiva, e funções interpretativa, limitativa e integradora), mais tradicionais, ao lado da classificação aqui proposta e inferida a partir dos marcos teóricos expostos (boa-fé retrospectiva e prospectiva). Tais classificações, contudo, na prática, muitas vezes são tênues e pouco nítidas.

(v) Em termos históricos, verificou-se que a boa-fé esteve atrelada a um sentido eticizante e flexibilizador das normas. Além disso, a boa-fé subjetiva manifestou-se em matéria possessória, e, a objetiva, em matéria contratual.

(vi) Na legislação analisada, a boa-fé manifesta-se tanto em sua dimensão objetiva, como também subjetiva, em modos diversos do agir administrativo, embora sem circunscrevê-la a um sentido mais concreto.

2 TEORIA E EMPIRIA DA BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS GERAIS

2.1 Esclarecimentos iniciais do capítulo

A boa-fé é uma categoria jurídica empregada em ramos diversos do direito, em diferentes manifestações *de lege*. Em que pese a forte carga emocional e mesmo mística que podem evocar as palavras componentes da expressão – o que, conforme já tratado, foi seu epíteto histórico de origem – deve ser compreendida em seu sentido normativo pelos juristas. No entanto, como mesmo revela a intuição prática, “o que deve ser” não necessariamente se concretiza; por isso, a expectativa de significação que acompanha todo conceito é deturpada na prática e a ciência do direito não pode ficar alheia à realidade. Em razão disso, procede-se ao tratamento de temas mais *teóricos*, por assim dizer, sobre a boa-fé em matéria de direito administrativo, sem se olvidar sua inviável autossuficiência para apreender a inteireza do objeto.

Por isso, em um segundo momento, neste capítulo, apresentarei desde a concepção até os resultados da pesquisa de jurisprudência realizada, na qual se instrumentalizaram inúmeras reflexões apresentadas na parte *teórica* do estudo. A exposição segue o intuito de demonstrar um panorama mais geral e quantitativo sobre os dados obtidos, os quais fornecem relevantes considerações para o problema de pesquisa.

2.2 A boa-fé e os princípios de direito administrativo

2.2.1 A boa-fé e a moralidade

O princípio da boa-fé e o da moralidade guardam, segundo ensina Lúcia Valle Figueiredo (2001, p. 52), “estreita simbiose”. Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 122-123) afirmou que a boa-fé e a lealdade são princípios que se desprendem da moralidade, compondo a sua definição.

O sentido jurídico de moralidade não equivale, de maneira absoluta, ao império da moral no direito, como se os juízos éticos equivalessem à fonte primeira das leis, na assunção de um espírito, por excelência, naturalista. Contudo, para abordar a relação entre moralidade jurídica e boa-fé não assumirei a tão árdua quanto imemorável tarefa de definir as fronteiras entre direito e moral. Basta tomar como premissa a necessária tonalidade moral da conduta humana que passou a ser positivada no direito²⁴³.

Sérgio de Andréa Ferreira (2000, p. 126) compreende a origem da moralidade administrativa em uma dimensão interna, isto é, forjada dentro de práticas institucionais internas ao Poder Público, e não impostas externamente pelo legislador. Para o autor, a moralidade em questão se inscreve na noção de *boa administração*, que surgiu a partir da análise do desvio de poder na jurisprudência francesa, quando se atentou para a questão além da legalidade

243 No plano do direito positivo constitucional, podem-se encontrar as seguintes expressões da moralidade administrativa: (i) art. 37, caput, com menção expressa ao princípio da moralidade como reitor das atividades da administração Pública; (ii) moralidade administrativa como bem jurídico tutelado por meio da ação popular, no art. 5º, inciso LXXIII; (iii) previsão do crime de responsabilidade do Presidente da República, mediante violação à proibidade administrativa, no art. 85, inciso V; (iv) figura da “improbidade administrativa” e previsão de sanções a ela, nos arts. 15, inciso V, e 37, §4º; (v) casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação para tutela da proibidade administrativa e da moralidade para exercício de mandato, no art. 14, §9º, regulamentado pelas Lei Complementares nº 14/1990 e 135/2010; (vi) Previsão do decoro parlamentar no art. 55, inciso II e §1º (abuso de prerrogativas e percepção de vantagens indevidas), hipótese cuja violação pode implicar na perda de mandato de Deputados e Senadores, com regulamentação no Regimento Interno Parlamentar.

estrita, com parâmetro na lei propriamente dita, isto é, ato geral e abstrato produzido pelo Legislativo, mas também para as práticas institucionais administrativas, a conduta imposta pela condição de atuação na Administração Pública²⁴⁴.

A moralidade administrativa deveria ter em vista o sentido finalístico determinado por alguma lei e pelo ato concreto, fundado na mesma lei, o que permite inferir que a finalidade que determina o valor moral da conduta do administrador é atrelada à competência legal atribuída ao órgão administrativo que compõe²⁴⁵.

Na sequência dos raciocínios, de um lado, ao compreendermos a moralidade administrativa como um aporte moral de determinado tipo (interpretado dentro da sistemática propriamente jurídico-normativa, ou seja, à luz do Estado Democrático de Direito) na atividade de administrar o Estado, seus órgãos e entidades, pouco ou nada se esclarece, conforme já nos alertou Marrara (2012b, p. 161). De outro lado, se se associar simplisticamente a boa-fé administrativa a algum padrão de conduta atribuído quer ao Estado, quer ao administrado, ou como algum estado de espírito não doloso e que, atrelado a algumas outras circunstâncias contextuais do indivíduo ou do objeto da transação jurídica, é merecedor de tutela do direito, é inegável ou mesmo intuitiva a intersecção de alguma ponderação moral na aplicação da boa-fé.

Ademais, a estreita relação entre boa-fé e confiança, quer no seu sentido normativo ou de instituto jurídico (“proteção da confiança legítima”), quer ainda no seu sentido sentimental (uma vez violada a boa-fé, quebra-se sobremaneira a relação de confiança entre as partes), reforça o matiz moral associado ao conteúdo da boa-fé. Muitos, inclusive, tratam a boa-fé, a moralidade, e a

244 Nas palavras de Ferreira (2000, p. 126): “Enquanto a *legalidade* é imposta, ao administrador público, pelo *poder legiferante*, os preceitos da *moralidade administrativa* o são de dentro, vigorando no próprio ambiente *institucional*, e condicionando o exercício de qualquer poder jurídico, inclusive o discricionário, informados pela finalidade institucional da consecução do *bem comum*.”

245 Maiores considerações sobre o desvio de poder neste trabalho são feitas mais adiante. Vide item 2.3.1.

confiança conjuntamente.

Note-se também o caráter significativo amplo comum aos termos “moralidade” e “boa-fé”. Ambos estão sujeitos a generalizações universalizantes das definições menos técnicas, de maneira que um raciocínio mais liberto, por assim dizer, de uma preocupação conceitualista poderia evocar em cada norma, em cada figura do direito, em cada formulação jurídica, a moralidade e a boa-fé.

Especificamente sobre a moralidade do Poder Público, em um Estado Democrático de Direito, vincula-se ao sentido de legitimidade e de legalidade (considerados como distintos), e, embora deles se distinga, neles não se esgota, pois assenta-se também em princípios gerais de direito. Assim, a atuação do Estado e de seu aparato pessoal deve ser legítima, pois deve servir aos interesses maiores da coletividade e da justiça, bem como legal, ajustada às determinações contidas em fórmulas legais postas pelos representantes do povo no Poder Legislativo²⁴⁶.

Dessa forma, há uma clara ênfase na finalidade da ação estatal quando abordada da perspectiva de sua qualidade moral²⁴⁷, de modo que os atos de uma autoridade pública somente podem ser válidos se apoiados, não só na norma, mas também nos valores em que a norma se fia, conforme aponta Marrara (2012b, p. 163). Para esse autor, a moralidade administrativa pode ser analisada sob três prismas: da probidade, da razoabilidade e da cooperação no exercício da função administrativa.

A probidade enquanto faceta da moralidade administrativa identifica-se com a tutela jurídica contra a má administração desonesta de agente que se ocupa de

246 E mais, é possível mesmo depreender-se que a legitimidade se superposiciona em relação à legalidade. Nesse sentido, a lei ilegítima deve perecer, bem como a ação ilegítima fundada em lei também deve sucumbir. Os critérios para a legitimidade no Estado democrático devem se assentar na vontade popular, aferida de diversos modos, especialmente diante da viabilidade de publicidade exacerbada de opiniões com as redes em internet. O Estado precisa repensar sua ação com base na legitimidade, o que pode ser obtido por meio da multiplicação de instâncias de participação popular, inclusive valendo-se da internet, como prevê o Decreto nº 8.243/2013, embora sem grau de normatividade suficiente para sua aplicabilidade imediata.

247 Daí o atrelamento nas origens da ideia de moralidade administrativa ao instituto do desvio de finalidade, como bem tratou Giacomuzzi (2013, p. 85-90).

funções estatais, ou seja, contra a improbidade administrativa assim designada por leis (como a Lei nº 8.429/1992 e a Lei nº 10.257/2001), embora não sejam exaustivas quanto ao significado da improbidade, conforme tratado por Marrara (2012b, p. 166-171).

A moralidade enquanto razoabilidade, seguindo a sistemática conceitual da moralidade proposta por Marrara (2012b, p. 171-174), pode ser entendida como a adequação (aptidão para alcançar o fim público), a necessidade (dentre os atos possíveis, os efeitos negativos do ato escolhido serão os mais brandos) e proporcionalidade em sentido estrito (os benefícios da escolha administrativa devem superar os malefícios) em decisões a serem tomadas pelo administrador público com certa margem de discricionariedade.

A cooperação na Administração Pública como expressão da moralidade, ainda segundo Marrara (2012b, p. 174-177), pode ser distinguida em duas possibilidades: cooperação intra-administrativa (operada no âmbito dos entes da Administração Pública, pois, em que pesem os interesses e atribuições peculiares de cada qual, todas elas devem servir aos objetivos maiores do Estado Democrático de Direito) e cooperação entre o Poder Público e o cidadão (para fins de cumprimentos de deveres e exercícios de direitos, e, por tabela, a realização da cidadania e o bom exercício das funções administrativas que dependem dos particulares).

Diante dessas considerações, sem pretensões de historicismo ou de transposição temporal de um instituto, parece que a boa-fé, em sua acepção jurídica, não propriamente e nem sempre implicará um mecanismo cujo fundamento seja a tutela da moralidade, como de fato verificou-se em suas origens. Sublinhe-se que o termo “fundamento” não foi empregado gratuitamente na assertiva anterior. Isso porque acredita-se que a implicação da aplicação da boa-fé, ou seja, a consequência da verificação de uma ação humana relacionada positiva ou negativamente com a boa-fé, ressoe nas instâncias morais, do direito ou não, como consequência da sempre possível valoração dos efeitos do direito,

neste caso, relativamente à moralidade administrativa.

Um exemplo poderá elucidar melhor o ponto em questão. Tome-se o caso do servidor público que percebe, dentre seus ganhos, alguma parcela indevida, ilegalmente inserida na sua remuneração. Nesses casos, a jurisprudência é pacífica em sua decisão: invoca-se a boa-fé do servidor para impossibilitar a repetição das verbas, ou seja, a devolução dos ganhos indevidos não é realizada. Ao interpretar este caso à luz da moralidade administrativa, isto é, como já foi dito, tendo como parâmetro os valores de um Estado Democrático de Direito, pode-se entendê-lo de modo a não encontrar respaldo da moralidade na posição unânime da jurisprudência aplicadora da boa-fé. Ora, o orçamento público restará comprometido com a estabilização das verbas recebidas indevidamente e, por isso, o prejuízo financeiro é de todo o povo, em favor da situação individual do servidor. Além disso, viola-se a legalidade, um dos fundamentos do direito financeiro, uma vez que é regra básica e elementar a realização de gasto do dinheiro público apenas mediante lei em sentido formal.

Por isso, o princípio republicano e do Estado de Direito parecem não subsistir em tais casos. A propósito da *res publica*, é de se salientar que a moralidade inaugurou-se no nosso ordenamento jurídico nacional nos tempos primevos da República brasileira, com o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930²⁴⁸, determinando a instauração do governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, o que denota seu caráter de tutela da coisa pública em prol de uma coletividade, e não do príncipe.

Sobre os princípios citados no exemplo exposto, seria a boa-fé mais forte ou mais prevalente do que eles? Parece-me que não. A questão é que a intersecção, no plano dos fundamentos, da moralidade com a boa-fé não é necessária, uma vez definida tecnicamente a moralidade administrativa.

248 Mencionava-se expressamente no artigo 7º do Decreto nº 19.398/1930 a moralidade administrativa: Art.7º Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa.

De uma perspectiva pragmática, considerando a lei brasileira, em matéria de direito administrativo, e as variadas menções à moralidade, pode-se inferir uma intenção propriamente ético-pedagógica dirigida aos administradores no trato com a coisa pública²⁴⁹, de modo a fomentar uma Administração honesta. Não é por outro motivo que em diversos dispositivos nos quais a moralidade é tratada, há, subtendido, o combate à corrupção em questão, de modo que a tutela da conduta moral administrativa equivale a um sentido geral de punição de condutas propriamente corruptas, conforme já denotado por Caio Tácito (1999). O autor, ao tratar da moralidade administrativa, justifica o princípio pela menção de numerosos eventos de corrupção na Administração Pública.

O fundamento da boa-fé, contudo, aparenta estar mais relacionado com os objetivos gerais do direito, de estabilidade e pacificação social, enquanto um instrumento de redução do formalismo e de flexibilização da letra da lei, características essas que, desde sua origem histórica, parece conservar. Desse modo, conclui-se que o estado de coisas proporcionado pela boa-fé pode, ou não, coincidir com a moralidade administrativa.

No entanto, não é possível deixar de intuir uma certa confluência entre moralidade e boa-fé em direito administrativo. Por se tratar de conceitos vagos, pode-se expandir o sentido de um e outro, esticá-los ou espremê-los até que um alcance o outro com simplificações forçadas, dizendo que um conceito contém o outro. Todavia, com as explicações diferenciadoras feitas anteriormente, sabe-se que a relação entre ambos é mais complexa do que uma mera continência.

É verdade que muitos doutrinadores, ao tratar de moralidade, falam de boa-fé²⁵⁰ na Administração Pública. É também possível assumir que a boa-fé exerce, ainda que reflexamente, uma função moralizadora na Administração

249 Não se ignora aqui a discussão doutrinária em torno do conceito de moralidade administrativa (seja em sua faceta funcional ou obtida a partir da disciplina interna do órgão administrativo, bem como sua aproximação com a ideia de boa administração). A compilação das principais correntes doutrinárias sobre o conceito de moralidade administrativa pode ser encontrada em Mello (2004), Ferreira (2000) e Giacomuzzi (2013).

250 Vide José Guilherme Giacomuzzi (2013) e Egon Bockmann Moreira (2007).

Pública²⁵¹, embora, como já tratado, haja casos que não se enquadram na assertiva.

Apenas pode-se concluir que, embora moralidade e boa-fé não se confundam, bem como não guardem uma relação de continência ou tangência necessária ou absoluta, ambas podem atuar como geradoras de deveres jurídicos não previstos expressamente na lei ou no contrato, ou como vetores de valoração de legitimidade de uma conduta na esfera da Administração Pública, sendo, portanto, significativamente muito próximas.

2.2.2 A boa-fé e a segurança jurídica

Costuma-se pensar na segurança jurídica como o que é estável no direito, ou seja, o que se espera que na normalidade jurídica ocorra, pois os fatos ou as normas desenrolaram-se até então em um determinado sentido. Assim, por exemplo, se a Administração tem interpretado uma determinada norma em um sentido, é juridicamente possível que a expectativa de que a norma continue sendo interpretada daquela forma, mantido o mesmo contexto normativo e fático, seja tutelada²⁵². E, se um indivíduo, em tais circunstâncias, tem referida

251 Mello (2004, p. 110) destaca a função moralizadora da boa-fé nas relações obrigacionais, na forma de “fonte normativa de deveres jurídicos contratuais que não estão estabelecidos em lei ou no instrumento contratual, mas que decorrem de uma exigência da moralidade interna específica às relações contratuais”. Para o autor (p. 112), ambos seriam “cânones que impõem aos envolvidos em relações jurídico-administrativas padrões de conduta que transcendem os deveres previstos em lei e nos contratos, porque decorrem de exigências da moralidade inerente às relações de direito administrativo”.

252 O Projeto de Lei nº 349/2015 propõe normas de transição para mudanças normativas ou de orientações decisórias. A justificativa, conforme prevê expressamente o projeto, é a promoção de segurança jurídica. A proposta visa a inserir, dentre outros, o artigo 22 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo teor reproduz-se: “Art. 22. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso”. Observa-se à previsão de segurança jurídica

expectativa jurídica, pode-se muito facilmente dizer que ele age de boa-fé com base no comportamento que esperava da Administração, ao passo que essa última, ao mudar de comportamento ou de um entendimento reiteradamente praticado sem a devida razão para tanto, rompe a boa-fé (objetiva), havendo inclusive quem classifique tal conduta da Administração como um comportamento contraditório inadmissível.

Conforme expôs Thiago Marrara (2012a, p. 230), uma síntese muito clara do significado de segurança jurídica, adotada por Paulo Modesto, consiste em considerá-la *do direito, no direito, e pelo direito*. A segurança do direito se identificaria com a certeza do direito, isto é, com a precisão e previsibilidade de normas jurídicas. A segurança no direito consistiria nas normas referentes tanto à preservação de posições jurídicas como a alterações das mesmas, o que coincidiria com a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, da jurisprudência administrativa, entre outros. A segurança pelo direito representaria a efetividade das dimensões anteriores de segurança, por meio de instrumentos processuais e subjetivos para a sua tutela.

Em que pese a suposta tranquilidade do pensamento exposto sobre a segurança jurídica, há atualmente algumas situações e práticas que não são, em qualquer hipótese, tão aporéticas quanto o primeiro raciocínio mencionado, de modo que as águas aparentemente tranquilas da segurança jurídica são, contudo, um tanto turvas²⁵³. O direito administrativo se ocupa do tema da

mescla-se um forte cunho consensualista com a possibilidade de negociação dos termos de transição normativa com o destinatário da norma. Quanto a tal proposta, além da análise de outros aspectos do PL, Irene Nohara (2016) aventa a possibilidade de captura privada da norma.

253 Com a expressa finalidade de promoção da segurança jurídica em suas justificativas, o Projeto de Lei nº 349/2015 prevê a inserção de dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que podem ser assim resumidos: “- Consagram alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21); - Conferem aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas (art. 22); - Estabelecem o regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares (art. 23); - Criam a ação civil pública declaratória de validade, com efeito erga omnes, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (art. 24); - Impedem a invalidação de atos em geral por mudança de orientação (art. 25); - Disciplinam os efeitos da invalidação de atos em geral, para torná-los mais justos (art. 26); - Impedem a responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões (art. 27); - Impõem a consulta pública

regulação de setores econômicos de repercussão no interesse coletivo ou, ao menos, a regulação de tais setores se realiza em instâncias administrativo-estatais. Pois bem, muito dessa regulação diz respeito a atividades reflexamente afetadas pela dinâmica da evolução tecnológica e do mercado, de forma que a regulação, ao albergar as normas relacionadas a essa realidade, termina por abocanhar uma parte crescente da normatização das mesmas.

Ora, se antes a instância produtora de normas gerais e abstratas era, por excelência, o Legislativo, diversos entes administrativos passaram a exercer esse papel, como as agências reguladoras. A este fenômeno, que recrudesce a olhos vistos, chama-se “deslegalização”.

Sabe-se também que a produção normativa na Administração Pública²⁵⁴ tende a ser muito mais rápida e, por isso, mutável, do que a do Legislativo (inclusive por tratar-se de um procedimento por vezes não democrático). Nesse contexto, é possível questionar se a base em que se fia a expectativa do administrado não é, em verdade, muito instável, e porque sistematicamente instável, restringiria em muito as possibilidades de evocação da segurança jurídica para tutelar determinada expectativa do administrado em outros tempos dita “legítima”. Vê-se que a deslegalização pavimentou com areia movediça referido argumento.

Ainda, em relação às expectativas do administrado, apresenta-se um questionamento que determinará o maior ou menor grau de sua concretude, e, por isso, de sua legitimidade. Isso porque a expectativa legítima não diz respeito a apenas o que a pessoa realmente esperava, mas sim ao que ela tem direito de esperar. Esta formulação subtrai à doutrina das expectativas legítimas seu fundamento concreto (o que, de fato, esperava o sujeito), segundo afirma Elliott

obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28); e: - Determinam a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 29)” (MARQUES NETO; SUNDFELD, 2013, p. 280).

254 Mencione-se aqui a tese de doutorado de Juliana Bonacorsi de Palma (2014), intitulada “Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo”, que, de maneira muito esclarecedora, aborda o processo de produção normativa na Administração.

(2005, p. 282-283), e a imbui de um sentido mais abstrato – ao remeter a outros conceitos igualmente ou ainda mais abstratos. Por exemplo, direito a esperar uma atuação *razoável* da Administração (razoabilidade apresenta uma textura aberta).

A par de tais problematizações, adota-se a conceituação segundo a qual a segurança jurídica compreende duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva²⁵⁵. A subjetiva identifica-se com a confiança legítima, a ser tratada no item seguinte desta dissertação. A dimensão objetiva, por sua vez, diz respeito à faceta estática da segurança jurídica, isto é, a de preservação das situações jurídicas e fáticas já consolidadas, bem como a de obediência esperada das leis e do direito como um todo. Há nesse último sentido uma conotação de previsibilidade por parte dos cidadãos, cujas decorrências práticas são, segundo Almiro do Couto e Silva (2004, p. 273), as regras da irretroatividade dos atos do Poder Público, de proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, e de respeito à coisa julgada.

A boa-fé abrange referida noção de previsibilidade ou preservação de situações, ou, ainda, de atendimento de expectativas legítimas. Por essa razão, não se vê, de antemão, por que não abranger, no plano conceitual, o significado de boa-fé para a segurança jurídica – de modo que, por assim dizer, a boa-fé é isso, mas também não só isso.

A boa-fé engloba planos jurídicos não somente utilizados como argumentos de defesa do administrado; antes, é também parâmetro de verificação da

255 Nesse sentido, também Almiro do Couto e Silva (2004), Heleno Taveira Torres (2013), Irene Nohara (2012) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012). Essa última autora (p. 170) ressalta também que o sentido central do princípio da proteção à confiança legítima, por consistir na faceta subjetiva do princípio maior da segurança jurídica, seria a proteção da crença dos cidadãos da legalidade dos atos praticados pelo Estado. E sobre a distinção entre o princípio da confiança legítima e o princípio da boa-fé, não obstante reconheça que as linhas fronteiriças são tênues, aponta um critério de abrangência para diferenciá-los. Em suma, Di Pietro (2012, p. 170-171) distingue os dois princípios com base na aplicação de um e outro à Administração e aos administrados ou a apenas esses últimos, de modo que, de seu entendimento, é possível inferir que o princípio da boa-fé abarca o da confiança. A autora (p. 171-186) aponta ainda algumas situações em que os princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé se imbricam, quais sejam: manutenção de atos administrativos inválidos; determinação do prazo para anulação e; regulação dos efeitos já produzidos por ato ilegal.

juridicidade do comportamento do administrado e de modulação de conduta do próprio Estado, bem como dos direitos e deveres do cidadão perante aquele, por meio das funções interpretativa, limitativa e criadora. Desse modo, a operatividade da boa-fé é bem mais ampla do que a que somente se presta à previsibilidade de situações.

O mais comum na doutrina é o tratamento conjunto da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé²⁵⁶, sendo que, muitas vezes, as fronteiras entre um e outro não são expressas. Costuma-se apontar a segurança jurídica como o princípio maior dos quais se desdobrariam a proteção da confiança e da boa-fé. Grosso modo, busca-se preservar as legítimas expectativas dos cidadãos, tanto sobre situações consolidadas como sobre situações futuras.

À parte das noções anteriormente mencionadas e, sequer sem tratar sobre a boa-fé, Jellinek (2005, p. 437), por sua vez, concebe a doutrina da chamada “força normativa dos fatos”, que pode ser aqui compreendida, e sempre ponderada com parcimônia e crítica²⁵⁷, como uma teoria de confluência entre boa-fé e segurança jurídica. Segundo expõe o autor, como as pessoas procedem em suas relações de acordo com os fatos, aos mesmos estão psicologicamente

256 A partir dos apontamentos de Michel Fromont (2006, p. 294-296) sobre os sentidos da segurança jurídica nos estados europeus, entende-se que a mesma realidade parece se repetir. Em linhas gerais, nos direitos alemão e francês, a segurança jurídica assume um papel de proteção da segurança dos cidadãos ao impedir o efeito retroativo de atos e normas com efeito prejudicial aos particulares. Destaque-se o direito italiano, no qual o princípio da boa-fé sobressaiu-se em relação aos demais, passando a ser o princípio maior dos quais esses se deduzem.

257 Para Jellinek (2005, p. 437-441), “lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformase en obligatorio. Por este ocurre en el campo del sistema del Derecho que el hecho social dado sea el que exista como Derecho, y todo aquel que pretenda introducir una modificación em este estado de Derecho, tiene que probar su mejor derecho. [...] las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas.” [...] “La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado, se infiltra em las instituciones mismas, aun cuando no se haya modificado una letra de la Constitución.”. Desse modo, para o jurista alemão, a força normativa dos fatos se presta a justificar a submissão das classes dominadas pelas dominantes. Em outras palavras, para Jellinek, *no princípio era a força, e a força estava com o fato, e o fato era a força*. E as relações de força se transformarão em relações jurídicas, se assim ditarem os fatos. Para o autor, esse desdobramento pode ocorrer de muitas maneiras, a depender do caráter enérgico ou indolente do povo, da torpeza ou da sagacidade crítica do povo, da capacidade dos que detêm o poder de unir as massas para suas causas, entre outras (2005, p. 443). Ora, abre-se em tal entendimento uma janela de vista autoritária para a compreensão do direito. Daí a necessária parcimônia mencionada para a aplicação desta relevante teoria.

condicionadas e por isso se converte o real em normal. Em razão disso, entende, ainda, que as concepções normativas derivam do que é real.

Desse modo, é possível estabelecer uma conexão entre as abordagens teóricas. Ora, a boa-fé se prestaria a veicular a força normativa dos fatos, flexibilizando a aplicação fria e, por vezes, pouco realista das normas positivas e, ao mesmo tempo, assegurar a expectativa dos cidadãos em relação às práticas de fato.

A teoria e a interpretação sobre a força normativa dos fatos, aqui exposta, parece encontrar respaldo na jurisprudência, conforme se constatará na análise de capítulos subsequentes. Com efeito, após o mapeamento mais amplo de acórdãos da boa-fé em matéria de direito administrativo, verificou-se que alguns acórdãos²⁵⁸ empregavam a boa-fé justamente no sentido de se conferir primazia aos fatos. Desse modo, em tais casos a ordem dos fatos dava a toada da norma, e não a norma regia os fatos, havendo, portanto, uma inversão significativa da fonte do direito. Seria esta uma expressão do momento de autorreflexão do direito administrativo, mencionada no Capítulo 1?

2.2.3 A boa-fé e o princípio da proteção à confiança legítima

Sobre o princípio da proteção da confiança legítima é mesmo possível se reproduzirem as considerações sobre a segurança jurídica, tamanha é a proximidade de um instituto e outro²⁵⁹. Conforme já adiantado no item anterior, há autores que consideram a confiança legítima²⁶⁰ como a dimensão subjetiva do

258 Vide, por exemplo, os seguintes acórdãos: REsp 1.112.443, REsp 1231646 e REsp 1.359.465, todos do Superior Tribunal de Justiça.

259 Em razão disso, afirmou Pérez (1989, p. 52): “La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico, y, concretamente, el valor de confianza”.

260 Reproduz-se a definição de confiança legítima de Odete Medauar (2005, p. 117), muito esclarecedora e sintética: “A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar,

princípio da segurança jurídica²⁶¹. Ocorre que, no estado atual da teoria (ou seja, considerando a evolução da doutrina, que tem tratado razoavelmente sobre a figura em questão, com a designação específica), e considerando a posição de muitos que não tratam da confiança legítima sem tratar da boa-fé, bem como associam um a outro por um critério de abrangência, ou de causa e efeito, ou de pura semelhança em si, é de rigor que sejam dedicados alguns momentos sobre o instituto.

A confiança legítima é um preceito que se faz presente em todas as relações jurídicas e é considerado um dos princípios mais relevantes de teoria geral do direito²⁶². É possível afirmar ser consenso que, na atual conjuntura e considerando a desvolta, porém jovem, democracia nacional, espera-se do Estado condutas que em nada destoem da legalidade, assim como se rechaçam condutas autoritárias ou ilegítimas, com fulcro no mandamento maior do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal). Além deste aspecto geral, como o Estado, na figura de seus órgãos ou autoridades públicas, pode adotar diferentes condutas ou insinuar a prática das mesmas sob o cabedal da democracia e do direito, deve-se observar quais foram as expectativas criadas em tal ou qual sentido nos cidadãos.

Como fundamento da confiança legítima, encontra-se, como esclarece Almiro do Couto e Silva (2004, p. 275-276), a tutela jurídica da aparência de legalidade e legitimidade que detêm os atos provenientes do Poder Público, tutela

ou não, a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes”.

261 Nesse sentido, dentre os referidos autores, citem-se Almiro do Couto e Silva (2004) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012).

262 Nesse sentido, Maffini e Rigon (2014, p. 46-47) afirmam: “O princípio da confiança é pressuposto em todas as relações jurídicas, e tem na sua origem etimológica o vocábulo *cum fides*, que ocorre quando o cidadão tem fé (*bona fide*) na realização de determinado comportamento administrativo” [...] “Um dos princípios de maior relevância na teoria geral de direito, mesmo não encontrado de forma explícita na Constituição da República Federativa do Brasil (CF), ou seja, no elenco dos princípios constitucionais da administração pública, é o princípio da proteção da confiança”.

essa que é observada desde o Direito Romano. O autor menciona o caso de Barbarius Philippus, o primeiro funcionário de fato²⁶³ da história. Como consequências do princípio da proteção da confiança, cita a limitação à modificação da conduta e dos atos da Administração que acarretem benefícios aos administrados, ainda que ilegais, bem como a responsabilidade do Estado, quando, por tais alterações, haja prejuízo patrimonial²⁶⁴.

Valter Shuenquener Araújo (2009, p. 34-36), ao buscar um fundamento para o princípio da confiança, encontra na boa-fé objetiva o pilar individualista que lhe sustenta, apontando em seguida a diferença quanto à necessidade de confronto com uma situação concreta para a boa-fé, enquanto que a confiança pode ser definida em abstrato. Essa diferença, para o autor, desautoriza a relação de embasamento entre um e outro, mas não se apontam razões mais específicas para tal afirmação. Menciona também mais diferenças relativas ao endereçamento de um e outro princípio: a boa-fé seria dirigida tanto para agentes públicos como para os particulares, enquanto a confiança seria dirigida apenas do particular para com o Estado. Isso porque a confiança consistiria, sobretudo, numa consciência – certa ou equívoca – a respeito de uma situação jurídica ou de fato, fundada nas expectativas geradas pela presunção de legitimidade dos atos do Poder Público, situando-se, portanto, no plano das crenças e expectativas dos administrados.

Para Patrícia Baptista (2006, p. 82), a tutela da confiança legítima no direito público consiste essencialmente no principal conteúdo desse princípio, que é a proteção das expectativas despertadas pelos cidadãos pela conduta estatal. A confiança legítima também proporcionaria “a submissão do poder ao direito, reduzindo a margem de discricionariedade incontrolável do Estado”. Além disso, “assegura aos cidadãos tutela jurídica em hipóteses que, até aqui, não eram

263 A figura do funcionário de fato será tratada mais adiante nesta dissertação. Vide item 3.5.

264 Nas palavras do autor (p. 274), o princípio da proteção à confiança “(a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais. ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”

amparadas pelo ordenamento jurídico”. A estabilidade das relações jurídicas levaria à maior aceitação da conduta administrativa e, por conseguinte, à sua maior eficácia (BAPTISTA, 2006, p. 127).

Karl Larenz (1985, p. 96), por sua vez, encontra na confiança a própria definição de boa-fé. A boa-fé, enquanto princípio, isto é, conceito revestido de forma normativa jurídica, consagra a tutela da confiança despertada em um indivíduo por outro, que, por sua vez, sabia que a mesma seria infundida naquele (o que constituiria, segundo o autor, uma *confiança despertada de modo imputável*). A partir de tal definição é possível ampliar o significado da boa-fé para o respeito recíproco exigido em toda relação jurídica²⁶⁵. Diante de tais considerações, pode-se em geral afirmar que o indivíduo que se conduz na confiança de alguma conduta legitimamente esperada da Administração está de boa-fé. Eis que a confiança é, por excelência, expediente de proteção do administrado, e, de modo amplo, do indivíduo em relação com a Administração (compreendendo particulares e agentes públicos). O sentido de confiança enquanto sentimento de um ser humano, real, individual e não fictício, parece mais acentuado, uma vez que – reforce-se – somente o indivíduo em relação com a Administração poderá evocar sua confiança legítima em determinado contexto, e não a Administração (ela mesma).

Para tanto, é preciso verificar se, diante de determinadas circunstâncias, uma postura ou padrão de conduta da Administração (que também compõe os elementos para configuração da boa-fé objetiva) ocorreu de fato (elemento objetivo), para que gerasse a expectativa de determinados resultados por parte do administrado (elemento subjetivo), dentro de um contexto no qual, de fato, a Administração mudou de conduta ou de entendimento (elemento jurídico). Nesses

265 Assim pronuncia-se Larenz (1985, p. 96): “Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La situación de la confianza es ‘imputable’ cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. En esta medida es idéntico al principio de la confianza. Sin embargo, lo sobrepasa y va más allá. Demanda también un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada colaboración, respeto al otro también en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico”.

casos, haverá a possibilidade de anulação de atos contrários à confiança, ou, no caso de sua impossibilidade, a responsabilização do Estado por violação à confiança legítima. Isso porque, em tais condições, da confiança legítima se desprenderiam limitações à mudança de conduta ou entendimento administrativos, do contrário, não havendo expectativas criadas a tutelar, a Administração poderia alterar seus atos ou opiniões. Tal é o mecanismo de operação da confiança legítima, muito semelhante ao da boa-fé objetiva²⁶⁶.

Para Maffini e Rigon (2014, p. 50-51), a confiança legítima tem eficácia positiva e negativa em relação ao Estado²⁶⁷. Quanto à eficácia negativa, compete ao Estado uma inação em favor da preservação de situações já estabilizadas. Em relação à eficácia positiva, deve o Estado atuar em favor da concretização das expectativas legitimamente geradas nos cidadãos.

Esse último entendimento afina-se com o de Judith Martins Costa (2000, p. 136), para quem a Administração deve não só preservar as situações de confiança, nas quais há “a boa-fé dos cidadãos na legitimidade dos atos ou na regularidade de certa conduta”, mas também deve “agir segundo impõe a boa-fé, considerada como norma de conduta, produtora de comportamentos *ativos e positivos de proteção*”²⁶⁸. A autora (p. 132-134) ainda atrela ao sentido de

266 Anote-se, contudo, que a boa-fé objetiva opera tal como um algoritmo do sistema jurídico como um todo, isto é, figura enquanto um procedimento lógico complexo que pode ser aplicado a um conjunto de situações para a obtenção de soluções conforme sua própria lógica, e, em matéria de direito administrativo, poderá ser exigida tanto da Administração, como também do indivíduo. Exemplo de tal afirmação diz respeito ao padrão de conduta exigido do servidor para a configuração de boa-fé no caso de acúmulo de cargos públicos, previsto no artigo 133, §5º, da Lei nº 8.112/1990.

267 “A eficácia do princípio da confiança pode se manifestar de duas maneiras: negativamente e positivamente. Na primeira, obrigações de não fazer, assegurando, por parte da administração, a estabilização das relações jurídicas emergentes de seus atos ou procedimentos, e na segunda, as obrigações de fazer atribuídas à administração, a fim de preservarem as expectativas legítimas depositadas pelos destinatários na função administrativa. E, nesse contexto, extraem-se dessa confiança legitimamente depositada como consequências possíveis a preservação do próprio ato inválido ou a preservação de parte ou da totalidade de seus efeitos” (MAFFINI e RIGON, 2014, p. 51).

268 São nessas palavras que Judith Martins Costa associa a boa-fé, um instituto jurídico de seu profundo conhecimento, no direito civil mais notadamente, à aplicação nas relações de direito público. Ora, segundo a autora (2000, p. 136), a postura Estatal, deixando de ser meramente negativa (típica do Estado Liberal), tornando-se positiva e intervencionista, gera expectativas de atuações num determinado sentido nos cidadãos. Esse viés positivo também contribuiu para ressignificar a segurança jurídica, antes mais atrelada a um sentido legalista rígido, de

segurança jurídica a permanência, enquanto que ao da confiança associa o dinamismo, uma vez que a confiança impõe deveres de ação (e não meramente de abstenção) ao Estado, não se tratando apenas de preservar situações.

Frente ao exposto, entendo que a boa-fé, por um lado, embora não exclua, mas antes abranja a confiança legítima, por força da proximidade com a boa-fé objetiva, aparentemente, é menos um instituto de defesa do indivíduo e mais de defesa de situações jurídicas, em favor da pacificação social. De outra forma, isso pode ser dito nos termos que seguem. A boa-fé se consubstanciaria no adjetivo “legítima” da confiança tutelada, que é, justamente, o aspecto da confiança suscetível da proteção pelo direito. As outras confianças, ilegítimas, simuladas, insensatas ou néscias, conforme cada caso, não serão abrangidas pela boa-fé.

Ora, em que pese dever-se considerar tanto as condutas da Administração como do administrado (e esse último, muitas vezes, também terá considerado seu estado de espírito), a boa-fé não tutela meramente a confiança do administrado, mas também se presta como vetor de correção de disfuncionalidades sistêmicas, seja do ponto de vista de uma injustiça (entendida como o desvirtuamento de uma norma pela sua aplicação desligada do fim a que almejava originalmente), bem como de defasagem do direito posto. Há um sentido mais contextual, e menos individual, na boa-fé, que condiciona os critérios legítimos para sua evocação em determinado caso.

2.2.4 A boa-fé e a razoabilidade

Como referido anteriormente, a razoabilidade pode ser compreendida como uma das facetas da moralidade²⁶⁹, à medida que evoca um critério de bom senso na avaliação de uma decisão (legislativa ou administrativa)²⁷⁰. Contudo, por força

que o Estado deve seguir a lei e somente intervir na liberdade individual quando a lei assim ditar.

269 Segundo entendimento de Marrara (2012b). Vide item 2.2.1.

270 A razoabilidade é princípio aplicável às atividades estatais que envolvem alguma margem de

de seus contornos próprios de significado, bem como por sua sofisticação conceitual, o presente item será dedicado à sua comparação com a boa-fé.

O princípio da razoabilidade, segundo a doutrina, inscreve-se implicitamente na Constituição Federal, na cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), e, em termos infraconstitucionais, resta consagrado no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que dispõe sobre os princípios processuais de observância obrigatória para a Administração Pública²⁷¹.

Em termos mais teóricos, a razoabilidade, ou proporcionalidade em sentido amplo, encontra seu sentido unitário por meio da associação de outros três conceitos: adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito). Para Fábio Pallaretti Calcini (2003, p. 48), adotando terminologia e sistemática de definição semelhante, o conteúdo normativo do princípio da razoabilidade se define pelos subprincípios da adequação ou idoneidade, da necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Tais conceitos, conforme explica Marrara (2012b, p. 171), serão a medida para considerar uma decisão razoável ou não.

A adequação é a dimensão teleológica do conceito. Verifica-se se a decisão tomada pode atingir o fim pretendido pela decisão, fim esse que, em matéria de direito administrativo, deve ser o público. Por outras palavras, “[a] regra da adequação configura, portanto, um mandamento de correlação lógica entre o ato estatal (ato administrativo, normativo ou ato material) e a finalidade pública que o justifica” (Marrara, 2012b, p. 171).

À adequação deve-se combinar a necessidade da decisão, isto é, a decisão tomada, além de ser vocacionada ao fim público, deve também ser aquela sem a qual não seria possível atingir tal fim, de modo que os direitos dos administrados sejam restringidos o menos possível e o objetivo otimizado tanto

discricionariedade por parte do agente público. Por isso, diz respeito às atividades legislativa e administrativa. Vide Marrara (2012b, p. 172).

271 *Ipsis litteris*: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

quanto possível na prática. Por isso, pode-se entender que a necessidade coincide com “a decisão mais branda possível”, no entender de Marrara (2012b, p. 171).

Por último, o terceiro componente da razoabilidade é a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual os benefícios (definidos pelo interesse público) da decisão devem superar os malefícios. A proporcionalidade deve ser acumulada com os critérios da adequação e com a necessidade para perfazer uma decisão razoável no sentido técnico do termo.

Conforme destaca Marrara (2012b, p. 172-173), a razoabilidade volta-se à avaliação do conteúdo da decisão em si, e não para a intenção ou para qualquer qualidade do agente da decisão. Além disso, a razoabilidade não se confunde com a atividade de interpretação de regras, com a qual o agente define seu agir na prática. Desse modo, o atributo da razoabilidade, no sentido próprio aqui exposto, somente pode dirigir-se a uma decisão estatal, na qual se compreendem, segundo expõe Irene Nohara (2006, p. 102), três dimensões: “a elaboração da lei pelo legislador”; “a regulamentação da lei por parte do Executivo”; “a edição e execução de atos administrativos de efeitos concretos pelo agente público”. Ou seja, o poder decisório estatal distribuído pelas funções legislativa e executiva poderá ser valorado pela sua razoabilidade²⁷².

Considerações também aprofundadas sobre o princípio da razoabilidade são feitas por Fábio Pallaretti Calcini (2003, p. 145-146). Para o autor, a razoabilidade se apresenta como princípio constitucional voltado à limitação dos atos do Poder Público, e que se identifica com o *substantive due process of law* (uma evolução desdobrada das lacunas de justiça observadas com a aplicação única do *due process of law*, originado na Inglaterra e desenvolvido mais

²⁷²Seria possível mesmo questionar se atualmente, diante do protagonismo assumido pelo Judiciário em decisões de impacto nacional, além do seu ativismo muito difundido, a razoabilidade também deveria ser parâmetro de avaliação das decisões proferidas por juízes e tribunais. Um exemplo muito pungente, que repercutiu vividamente nos mais diversos círculos jurídicos, diz respeito às decisões de bloqueio do funcionamento de aplicações de mensagem, quando a pessoa jurídica delas encarregadas não cumpre ordens judiciais. Mas essa é uma discussão que foge ao escopo deste trabalho.

robustamente na Alemanha e nos EUA). Ademais, o princípio se apresentaria como um critério disponível, por excelência, ao Judiciário para fins de controle dos atos do Poder Público em termos de justiça²⁷³.

O princípio da razoabilidade firma-se como parâmetro decisório por excelência do Judiciário. É um critério de controle dos atos discricionários do Poder Público ou, mais especificamente, de atos legislativos e administrativos. Por isso, um ato administrativo pode ser invalidado por não atender aos critérios da razoabilidade. O mesmo vale para o ato legislativo, que pode ser declarado inconstitucional por irrazoabilidade. José Afonso da Silva (2000, p. 28) chama também atenção para a medida da constitucionalidade de um ato legislativo pela verificação de sua razoabilidade²⁷⁴.

Tecidas as considerações sobre a razoabilidade, passa-se à sua comparação teórica com a boa-fé. Para tanto, vale-se do entendimento de Pérez (1989, p. 49) sobre o tema, o qual, embora adote terminologia diferente, pois em vez de empregar o termo “razoabilidade” emprega “proporcionalidade”, mas com o mesmo significado daquela²⁷⁵, e aproxima-se, portanto, da terminologia

273 “O princípio da razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo poder público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça.” (Calcini, 2003, p. 146).

274 Em um parecer em caso de matéria urbanística, no qual se questiona a inclusão de uma zona de transição (que, para o caso, a principal implicação é a construção de edifícios acima de 25 metros de altura) entre duas zonas residenciais. Para o autor, a lei municipal (lei específica de efeitos concretos, assemelhando-se a um ato administrativo) que assim dispõe não é razoável, pois não atende aos fins da política urbana, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal. Em razão disso, afirma que a lei questionada não atende aos parâmetros de razoabilidade. Nas palavras do autor (SILVA, 2000, p. 349), segundo a razoabilidade, “a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa”, e é pelo requisito da racionalidade da classificação (ou seja, na terminologia mais recente: requisito da razoabilidade da classificação), que se abre ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa, repelindo como *undue process of law* [ou seja, como indevido processo legal] a lei caprichosa, arbitrária. Pois, o ato legislativo fixador de um tratamento concreto para um caso individual, não sendo mais que um ato administrativo com forma de lei, deve ser apreciado como se apreciaria um ato do Poder Executivo”.

275 Citando a definição de Pérez (1989, p. 49): “El de proporcionalidad es uno de los principios que han de informar toda la actividad administrativa y, muy especialmente, en el campo de la policía administrativa. Principio que no postula otra cosa que una adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer”.

alemã²⁷⁶.

Segundo Pérez (1989, p. 50), é possível entender que uma ação desproporcional não é uma ação de boa-fé, enquanto se considera que o sujeito em conduta violadora da proporcionalidade não age normalmente conforme se esperaria de uma conduta administrativa média²⁷⁷. Portanto, o autor reconhece os pontos de tangência entre boa-fé e razoabilidade, ao que considero acertado.

No entanto, não se pode falar que ambos os conceitos se confundem. Conforme tratado acima, a razoabilidade não diz respeito a aspectos mais orgânicos e menos “estéticos”, por assim dizer, tais como lealdade, honestidade, confiança. Infere-se da razoabilidade um sentido mais praticamente orientado para sua operacionalização, enquanto à boa-fé é preciso um esforço maior para definir como tomará forma na prática. Embora se possa dizer que uma decisão de boa-fé é uma decisão razoável, nem sempre tal critério de avaliação da decisão será aplicável para ponderar-se a boa-fé.

Adicionalmente, o alcance de aplicação da razoabilidade é mais restrito, tendo por parâmetros de avaliação somente decisões estatais discricionárias. Ora, a boa-fé, mais especificamente no âmbito do direito administrativo, tem uma

276 Sobre a distinção ou a aproximação entre “proporcionalidade” e “razoabilidade”, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 28) afirma que “os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas” e aponta que a confusão da proporcionalidade com a razoabilidade é um equívoco, pois a primeira, oriunda da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, é constituída de modo sistemático e refinado pelos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a segunda, desenvolvida nos Estados Unidos, representaria a mera associação entre meios e fins. Em oposição, conforme expõe Irene Nohara (2006, p. 115-123), é possível afirmar que a razoabilidade e a proporcionalidade não se distinguem nem ontológica, nem pragmaticamente, pois, na realidade, aquele que se vale dos termos estará o aplicando para ponderar um sentido de equilíbrio, de bom senso, proveniente de ambos. Afirma que “é mesmo uma falácia supor que os elementos da proporcionalidade são intuídos de forma pré-definida pelo operador jurídico”, sendo que a insistência na distinção entre os termos uma decorrência da metodologia positivista, que “conferiu excessivo valor ao rigor lógico-formal ou à precisão da linguagem na ciência do Direito, daí a preocupação com a questão terminológica”.

277 “No es normal exigir algo más de lo que es necesario exigir para cumplir el fin perseguido. No actúa de buena fe el que grava a otro innecesariamente, el que impone limitaciones superiores a las necesarias para cumplir a la finalidad pretendida o exige prestaciones desmesuradas. El principio de proporcionalidad vendrá a coincidir en ciertos aspectos con el principio de la buena fe.” (Pérez, 1989, p. 50).

incidência vertical (do Estado para com os cidadãos, e vice-versa), bem como horizontal (dos cidadãos entre si), tanto em relação a suas decisões, como também a seus atos, a seus contratos e ao processo decisório. A boa-fé pode também qualificar o estado psicológico dos indivíduos, diferentemente da razoabilidade.

Por fim, os efeitos da boa-fé impactam na criação ou desfazimento de posições jurídicas, tornando os sujeitos titulares de determinados direitos em razão de atos, decisões, contratos ou intenções de boa-fé. A razoabilidade, por sua vez, implicará apenas na deslegitimação da decisão tomada, podendo implicar em sua nulidade para reformulação de acordo com os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Em comum, em termos práticos, ambas, razoabilidade e boa-fé, podem assumir a estrutura e o valor de princípios jurídicos, e, por isso, delas decorrem normas de conduta, que funcionam com contornos mais nítidos no horizonte de casos concretos. Ademais, é possível atribuir a ambas a função de limitação da discricionariedade, na medida em que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 150-151), o administrador, casuisticamente, ao deparar-se com regras abstratas para aplicar aos fatos, terá muitas soluções possíveis para tanto, mas que serão reduzidas em atenção aos princípios jurídicos, tais como a razoabilidade e a boa-fé.

Por tais razões, em que pesem algumas semelhanças, boa-fé e razoabilidade não se identificam em absoluto. E, pelas razões expostas, embora não sejam conceitos excludentes ou contraditórios, são apenas diferentes.

2.3 Relação da boa-fé com outros institutos

Por se tratar de um conceito aberto, com funções decorrentes também múltiplas e variadas casuisticamente, cumpre fazer a distinção da boa-fé com

outras figuras que, de um modo ou outro, também se atrelam à moralidade e cuja delimitação favorece a própria clareza da construção de uma teoria da boa-fé no direito administrativo. Algumas das figuras são de teoria geral do direito (como a equidade, a fraude e o erro), outras próprias do direito público (como o desvio e abuso de poder)²⁷⁸.

2.3.1 Desvio de poder

O desvio de poder consiste no exercício de poderes administrativos para fins diversos dos previstos na lei, no caso, para um órgão ou agente administrativo, ou, nas palavras de Marcel Waline (1946, p. 126), “é o uso, por um administrador, de seus poderes em vista de um fim ilícito²⁷⁹”. Para cada finalidade atribuída pelo ordenamento a um órgão administrativo, a lei deve lhe conferir poderes adequados para cumpri-los. Conforme afirmou Caio Tácito (1959, p. 28) sobre as regras de competência e sua relação com o objeto discricionário do ato administrativo, o exercício da função administrativa não constitui um “cheque em branco”, pois “[a] administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados”, que estão “expressos ou implícitos” no enunciado de uma norma. Para o autor, o desvio de poder seria, então, uma ruptura da “legalidade interna” do ato administrativo.

No Brasil, consoante expôs Cretella Júnior (1970, p. 163-164), os casos

278 Não se inclui dentre as figuras analisadas neste item a do *estoppel*, muito embora não se desconheçam, tampouco se neguem, as imbricações do instituto com o da boa-fé. A opção pela sua não inclusão deve-se ao fato de que é pouco ou praticamente não utilizada, ao menos nominalmente, na doutrina e na prática publicista brasileira. Em suma, conforme apontado por Giacomuzzi (2001, p. 65), o *estoppel* no sistema anglo-saxão e a boa-fé no sistema continental cumprem papéis análogos no direito público. Vide a monografia do autor, intitulada “*Common Law Doctrine of Estoppel and Brazilian Constitutional Principle of Administrative Morality*”, na qual uma análise comparada mais profunda é desenvolvida. Para os delineamentos do *estoppel* é muito elucidativo o artigo intitulado “Never trust a bureaucrat: estoppel against the government”, 42 S. Cal. L. Rev. 391, 1968-1969. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scal42&div=25&id=&page=>>>.

279 No original: “*C'est l'usage, par un administrateur, de ses pouvoir em vue d'une fin illicite.*” (WALINE, 1946, p. 126).

mais antigos de desvio de poder envolvem matéria de desapropriação e datam de 1940. Consta que uma autoridade municipal decretara a desapropriação de um cemitério particular, cuja área abrangia um templo evangélico anexo. O ato aparentava ser legal e preencher todos os requisitos da substância e da forma previstas, contudo, a finalidade almejada não era legítima. Tratava-se, na verdade, do conflito entre dois grupos religiosos que motivou a referida desapropriação.

A figura em questão é prevista com a designação de “desvio de finalidade” na Lei nº 4.717/1965, nela constando sua definição no artigo 2º, parágrafo único, alínea e²⁸⁰. Nos termos do dispositivo mencionado, se, em concreto, o órgão administrativo praticar um ato para o qual os poderes atribuídos são suficientes (do contrário, haveria um vício de competência, e não se questionaria da substância do ato), com uma finalidade diversa, contudo, daquela prevista pela lei, haverá desvio de poder.

Conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 104; 386), “é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração”, e, ocorrendo desvio de poder, haveria um “mau uso da competência que o agente [público] possui”. Desse modo, descumprir a finalidade da lei equivale a desvirtuá-la. E a finalidade circunscrita na lei, para o autor (2006, p. 105), pode ser de dois tipos: geral, correspondente ao interesse público, e específica, ou seja, a finalidade precisa e menos geral que a lei assinala para determinado ato.

Também para Waline (1946, p. 126), há duas categorias de desvio de poder. A primeira delas compreende os atos praticados pelo administrador público contrários ao interesse público em geral. A segunda categoria diz respeito aos atos que contrariam o interesse público determinado em lei pelo legislador. A primeira categoria comportaria duas subdivisões, segundo a finalidade do

280 *Ipisis literis*: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

administrador estranha ao interesse público: objetivos pessoais ou objetivos políticos. A segunda categoria implica que o administrador deve seguir o objetivo mais ou menos preciso estipulado pelo legislador, e nenhum outro – nem mesmo se tal objetivo “desviado” também corresponder à utilidade pública. Em qualquer das hipóteses, haveria ilegalidade e, por isso, desvio de poder.

A atuação da Administração Pública deve pautar-se tão somente pelo interesse público e não por quaisquer outros escopos. Desse modo, diz-se que a atividade administrativa, com especial atenção ao ato administrativo, apenas se justifica na medida em que persegue a finalidade pública. Diante disso, o desvio de poder ocorrerá, segundo explica Nobre Júnior (2002, p. 168), em duas situações possíveis: quando o agente vale-se de um ato administrativo para obter vantagens pessoais ou favoritismos em geral e na situação em que, apesar de a atividade compreender uma dimensão pública, não corresponde à finalidade prevista para o ato.

Ainda que se trate de um ato discricionário, nos quais o motivo e o conteúdo do ato são definidos com uma certa margem de liberdade decisória pelo administrador competente, a finalidade (ao lado do sujeito e da forma) do ato será sempre vinculada ao interesse público²⁸¹. Por conseguinte, vale a afirmação de Afonso Rodrigues Queiró (1946, p. 56): “O agente [público] só pode agir, no exercício do seu poder discricionário, tendo em vista o interesse público”.²⁸²

281 Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 214) compreende na finalidade do ato administrativo um duplo aspecto. De um lado, a finalidade, considerada em perspectiva geral, estando atrelada ao interesse público e a noções gerais que geralmente dele emanam, tais como ordem pública, paz pública, segurança, entre outras, seria discricionária, pois seus aspectos concretos de efetivação não estariam previstos em lei, dando margem à escolha do administrador sobre qual seria a finalidade em concreto mais adequada para atingir a finalidade mais geral. Por outro lado, há a vinculação da finalidade do ato em determinadas previsões legais, seja implícita ou explicitamente, da qual o administrador não poderá afastar-se. Como exemplo, a autora aponta a finalidade da demissão, que consiste na punição do servidor que praticou uma infração grave.

282 Queiró (1946, p. 53) também afirma que em casos de discricionariedade administrativa deve o agente decidir conforme seu juízo que fizer sobre a decisão mais adequada e conveniente, fundando-se em critérios teóricos (referenciados nas normas) e práticos (constituídos à luz da realidade e do programa legislativo). Em razão disso, conclui o autor (1946, p. 77) que o desvio de poder diz respeito tanto a situações de ilegalidade como de discricionariedade: “O desvio de poder cinde-se, pois, numa dupla natureza jurídica: ou cabe na incompetência, e se situa no domínio da ilegalidade (e é o caso, por ex., do desvio com objetivos ou interesses financeiros ou fiscais, por parte de uma autoridade com poderes de polícia, isto é, com

Sérgio de Andréa Ferreira (2000, p. 12), de seu turno, apresenta uma associação entre a noção de boa administração e boa-fé, a qual impõe a verificação da desconformidade da finalidade administrativa em dois níveis: (a) a partir da compatibilidade com os fins institucionais atribuíveis ao órgão administrativo que praticou o ato nos termos da lei abstrata, e (b) a partir da análise dos resultados práticos e interesses específicos contemplados pelo ato individualmente considerado²⁸³.

Há, como se infere de sua definição, uma proximidade intrínseca do desvio de poder com as figuras do abuso de direito e da fraude, visto que nos conceitos inclui-se uma espécie de acobertamento da conduta espúria por uma norma jurídica legítima²⁸⁴.

Deve-se ressaltar que se espera a prova inequívoca e cabal de que o agir administrativo deu-se de má-fé, isto é, contrariamente ao sentido subjetivo da boa-fé, para caracterizar todas as figuras mencionadas, em razão mesmo da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Com efeito, a atuação administrativa em desacordo com o fim previsto na lei constitui-se em patologia pública necessariamente em desacordo com as exigências de uma conduta de boa-fé. No entanto, a conduta determinada pela boa-fé não se limita àquelas finalidades previstas em lei, de modo que poderá haver violação à boa-fé sem que se configure alguma das figuras mencionadas, inclusive o desvio de poder, e vice-versa.

poderes relativos a fins de polícia); ou se refere à discricionariedade (e é o caso de desvio de poder com um fim de animosidade pessoal, de caráter privado, etc.).”

283 Nesse sentido, vale reproduzir os esclarecimentos de Ferreira (2000, p.127): “Neste campo, mais abrangente, da *moralidade administrativa*, devemos distinguir entre, de um lado, o *bem jurídico* cuja tutela é a finalidade atribuída à *competência* do órgão público (v.g., saúde, segurança pública, defesa nacional: cf. art. 2º, parágrafo único, c, da *Lei nº 4.717/65*), *finalidade* essa sempre *genérica*; e, de outro, os *interesses específicos, concretos*, que vão ser atendidos pelo *objeto*, pelo *resultado* do ato praticado (v.g., interdição de um estabelecimento por motivos sanitários). Em relação a este último conjunto é que pode inserir-se, a par da *ilegalidade*, a questão da *imoralidade*: é que, embora esteja em jogo, por exemplo, a *saúde pública*, o *interesse concreto* perseguido pode ser *imoral*”.

284 Assim explica Pérez (1989, p. 48) a relação entre fraude, abuso e desvio de poder: “Porque, en efecto, en la desviación de poder la Administración realiza una actividad contraria al Ordenamiento jurídico utilizando como cobertura la norma reguladora del ejercicio de una potestad que utiliza para un fin contrario a otra norma jurídica.”

Nesse sentido, Pérez (1989, p. 49) afirma que é possível exercer um direito nos termos dos fins previsto no ordenamento, de modo a não praticar desvio de poder, ao passo que essa mesma conduta poderá violar a boa-fé. Isso ocorreria, porque essa última não considera, para sua definição, as finalidades perseguidas ou não pelo ordenamento, mas sim razões distintas que podem ou não coincidir com essa²⁸⁵. Todavia, pode-se afirmar que uma conduta de desvio de poder, especialmente se se considerar o elemento subjetivo atrelado à prática (dolo), não será uma conduta de boa-fé (em sua dimensão subjetiva).

Há duas possíveis manifestações do desvio de poder, segundo expõe Bandeira de Mello (2002, p. 387), a depender da espécie de finalidade desviada daquela prevista na lei. Na primeira manifestação, tem-se uma finalidade alheia ao interesse público e, na segunda, uma finalidade alheia à devida para a categoria do ato praticado, ainda que não afronte de todo o interesse público. Como exemplo da primeira espécie, o autor exemplifica com o caso de um servidor removido para um local afastado em razão de inimizade e, como exemplo da segunda espécie, a remoção do servidor como sanção pelo cometimento de infração que deveria ser punida, na verdade, com a demissão.

A relação mais intrincada entre desvio de poder e boa-fé, antes de consistir em uma diferença ou antagonismo, diz respeito aos atos de improbidade administrativa, que pressupõem a dimensão subjetiva daquela última para se configurarem. Sobre a informação anterior esclareça-se que, conforme afirmou Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 4)²⁸⁶, atos de desvio de poder são atos de

285 Nas palavras de Pérez (1989, p. 49): “Puede ejercitarse un derecho o potestad para los fines previstos en el Ordenamiento jurídico, y, por tanto, no incurrir en desviación de poder, y ser contrario a las exigencias de la buena fe. Las limitaciones que el principio general de buena fe comporta, operan al margen de si la finalidad perseguida es o no la prevista por el Ordenamiento jurídico. Una determinada actuación será contraria a las exigencias de la buena fe, por razones distintas a que la finalidad perseguida sea o no la contraria a la de la potestad ejercitada. Una Administración pública en el ejercicio de una potestad para los fines previstos por el Ordenamiento jurídico puede atentar contra las exigencias de la buena fe”.

286 A autora entende que “hoje o desvio de poder é um ato de improbidade administrativa. O artigo 12 da lei de improbidade, quando fala dos atos que atentam contra os princípios da administração, sem usar a palavra desvio de poder, dá um conceito que equivale ao de desvio de poder. Uma autoridade que pratica um ato com uma finalidade diversa, está praticando um ato de improbidade administrativa” (DI PIETRO, 2003, p. 4).

improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, pois a prática de qualquer ato administrativo com a finalidade estranha ao interesse público configurará, a um só tempo, um ato de improbidade, e um ato em desvio de poder, atentando sobremaneira contra algum dos princípios de direito administrativo e requerendo a presença de má-fé (contrariedade à dimensão subjetiva da boa-fé).

Em sentido diverso, Bandeira de Mello (2002, p. 388) afirma que, embora seja usual haver vício de intenção na prática de um ato em desvio de poder, nem sempre o elemento subjetivo é necessário para a configuração do instituto. Tal entendimento foi firmado pelo autor a partir da 5ª edição do seu *Curso de Direito Administrativo*. Desse modo, segundo entende atualmente, o desvio de poder existirá em caso de erro por parte do agente público que praticou o ato administrativo, ou seja, quando ele pressupunha que determinada finalidade seria a da lei, quando, na verdade, a finalidade prevista em lei era outra²⁸⁷.

Adere-se aqui ao entendimento que se pode obter a partir da análise de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003), conforme já exposto, pois compreende-se que atos praticados em desvio de poder correspondem a atos de improbidade administrativa, uma vez que a ausência do elemento subjetivo contrário à boa-fé na persecução de uma finalidade contrária à prevista na lei, “por equívoco”, portanto, nos termos de Bandeira de Mello (2002), dará origem à outra figura que aqui é tratada como instituto distinto do desvio do poder, qual seja, o erro. Erro e desvio de poder não se confundem não só pela presença ou ausência de má-fé, mas também pelas consequências jurídicas de um e outro. O erro dará lugar a uma nulidade, enquanto o desvio de poder, além da nulidade, acarretará o enquadramento da conduta enquanto improbidade administrativa. Assim, em favor da maior precisão terminológica e jurídica, entende-se que o desvio de poder compõe-se não só da finalidade distinta do quanto previsto em lei, mas também

287 Bandeira de Mello (2007, p. 73-74) afirma que o desvio de poder seria um vício objetivo, pois “é sempre o objetivo descompasso entre a finalidade a que o ato serviu e a finalidade legal que por meio dele poderia ser servida”. Assim, se o agente descumpriu uma finalidade, incidirá em desvio de poder, não porque teve a intenção, mas sim porque a descumpriu. Por tal razão, sustenta que “o *vício subjetivo* não é a razão jurídica pela qual o ato é invalidado”.

da má-fé do agente que o pratica.

A coibição à improbidade administrativa, prevista no artigo 37, §4º, da Constituição Federal, e considerada por Giacomuzzi (2002, p. 309) a faceta subjetiva do princípio da moralidade, por sua vez, tem por função, como é mesmo lógico, tutelar a probidade administrativa, um subprincípio da moralidade. A improbidade administrativa consiste no ato imoral na condução da coisa pública atrelado a um elemento subjetivo para sua consecução, e dele poderá advir proveito próprio, dano ao erário, ou somente violação a um dos princípios de direito administrativo.

Segundo Wallace Paiva Martins Junior (2014, p. 362-363), a probidade identifica-se com a “honestidade de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, sublinhando valores convergentes à ideia de boa administração”, e, dentre outros valores, menciona também a boa-fé. Conforme aponta o autor, a probidade administrativa não é somente tutelada político-administrativamente pela Lei nº 8.429/2012, mas também, enquanto corolários do artigo 85, inciso V, da Constituição Federal, pela Lei nº 1.079 (regula os crimes de responsabilidade nos níveis estadual e federal) e pelo Decreto-lei nº 201/1967 (crimes de responsabilidade no âmbito municipal). Além disso, a repressão à improbidade administrativa também é veiculada pela previsão do artigo 55, II, §1º, da Constituição Federal, aplicado aos membros do Legislativo. A prática de improbidade pode ser punida com demissão, nos termos do artigo 132, IV, da Lei nº 8.112/1990, e também será causa de inelegibilidade, nos termos da Lei Complementar nº 64/1990, artigo 1º, inciso I, alíneas *g* e *l*.

Concluo, portanto, que a má-fé, no sentido da contrariedade à boa-fé subjetiva, compõe o instituto do desvio de poder, o qual, por sua vez, configurará improbidade administrativa, que é reprimida por diversos mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro. Considera-se, por fim, que um ato de improbidade, na modalidade de violação a princípios de direito administrativo, poderá igualmente violar algum padrão ou dever de conduta decorrente da boa-fé

objetiva, esta enquanto considerada sob o cabedal da moralidade. Nesse último caso, configura-se a *máxima violação* à boa-fé, ou uma *dupla violação* à boa-fé, pois o ato ímprobo fulminaria, simultaneamente, suas dimensões subjetiva e objetiva.

2.3.2 Abuso de direito

A ação de boa-fé delimita as fronteiras fora das quais se dará lugar ao abuso de direito. Por tal razão, o exercício anormal e antissocial de um direito não poderá se sustentar na boa-fé. Conforme foi tratado anteriormente, uma das facetas funcionais da boa-fé é, justamente, o limite ao exercício de direitos. O direito exercido fora de tais lindes será, portanto, abusivo e contrário à boa-fé (no sentido objetivo, pois o que se tem em vista aqui é uma conduta).

H. C. Gutteridge (1935, p. 22-25) associou à figura do abuso de direito a repressão ao exercício egoísta de um direito, pois “um direito não pode ser transformado em um instrumento de gratificação da maldade privada, ou da promoção da chicanaria”²⁸⁸. Definia esta figura a partir de uma perspectiva ampla, pois considerava que o conceito implicava na ideia de que “o direito deveria proibir o exercício de um direito para um propósito que choca a consciência da humanidade em geral”²⁸⁹.

Para Pérez (1989, p. 28-30), a diferença entre boa-fé e abuso de direito é de amplitude. Enquanto o limite ao exercício de direitos aponta para os costumes sociais e para a consciência social de uma época, o limite ao exercício de direitos pela boa-fé toma em consideração não a sociedade, mas o comportamento

288 No original: “a rule of law shall not be transformed into an instrument for the gratification of private spite or the promotion of chicanery”.

289 No original: “the law should prohibit the exercise of a right for a purpose which shocks the conscience of mankind in general”. Gutteridge também teceu críticas ao fato de que a figura, à época, não era adotada no direito inglês, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, que já a acolhiam, sob a rubrica de *détournement des droits*, no direito francês, *atti emulativi*, no direito italiano, e *Schikane*, no direito alemão.

esperado das partes na específica relação jurídica em consideração, no sentido próprio de reciprocidade albergado pela boa-fé. Desse modo, pode-se ter em vista uma situação na qual, a despeito de não haver abuso de direito, haverá violação à boa-fé (objetiva).

Assim, determinado direito poderá ser exercido sem incorrer em abuso se estiver dentro dos limites determinados pela moral e pela sociedade, em dado lugar e dada época. Se, todavia, tal exercício de direito configurar atos em desacordo com o que se esperaria normalmente naquela relação jurídica específica, haverá violação à boa-fé.

Ressalte-se também que, em direito administrativo, a figura do abuso de direito²⁹⁰ se desdobra no abuso de poder, identificado, segundo Caio Tácito (1959, p. 28), com a “violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica”, abrangendo tanto a *legalidade externa* do ato (que diz respeito a vícios de competência, forma prevista ou não proibida em lei, e objeto lícito) como a *legalidade interna* do ato (compreendendo os motivos e a finalidade). Observa-se que o sentido proposto pelo autor posiciona a figura do abuso de poder na centralidade do direito administrativo, o qual deveria todo se realizar justamente na *negação* do abuso de poder.

Sobre o abuso de poder, Roberto Rosas (2011, p. 62-63) explica que essa noção “recolheu os princípios correntes na noção de *abuso de direito* para caracterizar o uso indevido do poder”, de modo que a aplicação do abuso de direito ao direito administrativo configuraria o abuso de poder. Como exemplo, aponta-se a fixação de horários de abertura do comércio de uma cidade, competência do Poder Público, mas em parâmetros que prejudiquem a economia local, o que configura o abuso de poder.

No direito positivo brasileiro, a figura de que aqui se trata consubstancia-se no *abuso de autoridade*, previsto na Lei nº 4.898/1965, definido nos termos dos

290 Hely Lopes Meirelles (2002, p. 106-110) emprega classes terminológicas próprias ao tratar da figura em questão como *excesso de poder* que se desdobraria da figura maior do *abuso de poder*, o qual também compreenderia o *desvio de finalidade*.

artigos 3^{291o} e 4²⁹², como atentados em geral a direitos fundamentais do indivíduo perpetrados por qualquer agente que exerça função pública (artigo 5²⁹³). O abuso de autoridade será sancionado em âmbito administrativo, civil e penal (artigo 6²⁹⁴).

Ainda em relação jurídica de direito administrativo, vislumbro também o abuso de direito por parte do administrado, sendo que, nesse caso, a figura não será designada por abuso de poder, pois essa somente se conforma quando aquele que abusa do direito é autoridade pública em relação à restrição de direitos dos administrados. Por exemplo, a Lei nº 9.874/1999 prevê no artigo 38²⁹⁵ o direito de produção de provas por parte do interessado no processo administrativo, e, de outro lado, dispõe no §1^{o296} do mesmo artigo que serão recusadas provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias e protelatórias. A qualificação das provas admissíveis consubstancia, enquanto interpretação possível do dispositivo, a coibição ao abuso do direito do administrado de produzir

291 Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

292 Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)

293 Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

294 Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal.

295 Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

296 § 2o Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

provas.

Sobre o abuso de direito do interessado, especificamente no processo administrativo de apuração das infrações previstas na Lei nº 12.846/2013, a “lei anticorrupção”, destaque-se a previsão de seu artigo 14, que determina a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de processo administrativo se a mesma houver sido empregada com abuso de direito, “para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial”, sendo que, nesses casos, as sanções que se aplicariam somente à pessoa jurídica poderão se aplicar a seus administradores e sócios com poderes de administração.

Para Egon Bockmann Moreira (2007, p. 111), os dispositivos da Lei nº 9.784/1999 que determinam a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito e vedam a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias – respectivamente, artigos 30 e 38, §2º - manifestam o dever de boa-fé processual, bem como moldam os limites para o exercício normal do direito de o interessado participar no processo administrativo. Ora, a atuação do interessado deve colaborar, e não atrapalhar, o desenvolvimento do processo e a tomada de decisão. Desse modo, a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias excederia a finalidade para a qual se oportuniza a atividade dos interessados, o que configuraria abuso de direito.

Conforme apontado anteriormente em relação ao abuso de direito, a boa-fé, em sua função limitativa, desempenha um importante papel para a delimitação do exercício normal de posições jurídicas. De modo a abalizar o exercício de direitos, incluindo os direitos atribuídos ao Poder Público para o exercício da função administrativa, a boa-fé será o parâmetro para avaliar determinada conduta administrativa como abuso de suas prerrogativas, por meio de parâmetros considerados como médios, éticos, leais e correspondentes à confiança dos particulares na atuação do Estado.

Dessa forma, pode-se afirmar que a relação da boa-fé com o abuso de

direito (e abuso de poder) é de conformação, a partir de sua função limitativa. A constatação se justifica pelo fato de o abuso de direito/poder configurar-se no instante em que excede seu exercício normal e aceitável em dada sociedade, em dado momento histórico. Os parâmetros para tanto serão firmados pela função limitativa da boa-fé.

2.3.3 Equidade

É possível intuitivamente inferir uma proximidade entre boa-fé e equidade, na medida em que ambos se prestariam a flexibilizar normas rígidas, ou a adequar ao caso concreto normas abertas²⁹⁷.

Faço uma breve digressão para fins explicativos da equidade. O sentido jurídico da equidade, que dá a toada às suas previsões nos códigos modernos, conforme explica Alejandro Alvarez (2015, p. 82-88), é introduzido por Aristóteles, por suas diversas obras, desde a *Magna Morália*, passado por *Ética a Nicômaco*, e atingindo a teoria jurídica acabada na *Retórica*. Em suma, Aristóteles concebe um aspecto material (relacionado à razoabilidade de uma medida) e um funcional (ou procedimental, relativo à dinâmica jurídica).

A dimensão material da equidade é utilizada para analisar a ação de uma pessoa, a fim de avaliar em quais de seus atos seria “razoável e humano imputar-lhe as consequências da lei e quais ações poderiam ser perdoáveis” (ALVAREZ, 2015, p. 88). A dimensão funcional, por sua vez, reconhece a limitação da generalidade da lei em prever todos os casos possíveis que podem ocorrer na prática, e, diante disso, em nome de uma justiça maior, o julgador corrige a lei tal como o faria o legislador caso tivesse em mente aquele caso específico.

Como resta notório nas considerações anteriores, pode-se inferir a

297 Pérez (1989, p. 32) nota referida semelhança e afirma: “En cuanto la buena fe sirve asimismo para atenuar una norma demasiado rígida, o para completar o llenar outra demasiado escueta, son incuestionables las conexiones entre equidade y buena fe”.

proximidade da equidade com a razoabilidade, na medida em que o aspecto material da primeira implica um juízo de proporcionalidade para uma espécie de “dosagem” ideal na aplicação da lei, variando entre mitigá-la a aplicá-la inflexivelmente, papel esse que também se pode dizer da segunda. No entanto, tal aproximação não se faz frequente, e, ao passo que a razoabilidade encontra ampla acolhida jurisprudencial, legislativa e doutrinária no direito administrativo, pouco se fala sobre a equidade, e quando se fala, como o fez Gordillo (2003, p. 348), se diz que a equidade não é fonte do direito administrativo²⁹⁸, muito embora deve ser tida em conta pela Administração em suas decisões. O autor encontra no reajuste de tarifas (em um contrato de concessão de serviço público) para fins de financiar outros projetos relativos ao serviço um exemplo de aplicação da equidade.

Não obstante, para fins de esclarecimento e delimitação teóricos, deve-se distinguir a boa-fé da equidade, tal como o propôs o administrativista espanhol Pérez (1989, p. 32). Basicamente, a diferença entre boa-fé e equidade reside em sua operacionalização. Enquanto a equidade é uma regra voltada especificamente ao julgador, isto é, àquele que irá dirimir um conflito já instaurado, a boa-fé deve ser observada pelas próprias pessoas envolvidas na relação material, bem como deve ser considerada pelo julgador ao constatar se as partes agiram ou não de boa-fé. A equidade, contudo, não é atributo das partes, mas sim da decisão. E há um conteúdo de proporcionalidade no conceito de equidade, ou, ao menos, lhe é muito próximo.

Desse modo, ainda que tacitamente, percebem-se as amplas possibilidades de utilização da equidade pelos órgãos decisórios administrativos. Isso porque, com a equidade, busca o julgador a correção da lei conforme a justiça, a fim de determinar o que teria o legislador determinado se tivesse certo caso em mente quando da formulação da lei. A equidade é, assim, um critério de justiça individualizado, adequado ao caso concreto.

298 Igualmente não mencionam a equidade como fonte do direito administrativo os autores: Thiago Marrara (2014b), Hely Lopes Meirelles (2008) e Edmir Netto de Araújo (2007).

Assim, em matéria de direito administrativo, com fundamento na equidade, o órgão decisório poderá arrogar-se maior liberdade argumentativa para, então, considerar, dentre outros aspectos, o critério da boa-fé na relação jurídica material. Contudo, é possível questionar a possibilidade do uso da equidade *contra legem*. Em direito administrativo, a Administração somente pode agir com fundamento na lei, e nos termos do quanto é disposto em lei, não sendo admitido que a equidade, que sequer é fonte do direito administrativo (diferentemente do costume, por exemplo), possa derrogar a lei. Assim, entende-se possível somente o seu uso *secundum legem*, para fins de conformar a aplicação da lei às peculiaridades do caso concreto, de modo a adaptá-la, mas não a contrariar.

Não obstante ambas, equidade e boa-fé, atentarem para circunstâncias do caso concreto, a equidade se dirige à interpretação da norma em função de circunstâncias objetivas, enquanto a boa-fé se volta para a valoração da conduta do sujeito. Segundo Pérez²⁹⁹, haveria, portanto, planos distintos de operação. Por exemplo, a equidade considerará a escolaridade do indivíduo, a origem socioeconômica, o nível de conhecimento técnico e especializado em determinado ramo de negócios. Já a boa-fé considerará, independentemente da classe social, do grau de formação escolar, ou da inserção em determinado ramo do mercado, se o indivíduo agiu com honestidade, transparência e colaboração.

Isto é, enquanto a equidade concentra-se mais em *quem* é o indivíduo, a boa-fé prende-se mais ao *como* agiu o indivíduo em dada situação. Tal deslocamento de enfoques é fundamental para que não se confunda uma noção com a outra, e para que, na análise subsequente deste trabalho, se tenha em conta com clareza referida distinção.

Desse modo, em matéria de direito administrativo, ou mesmo público em

299 Considero útil reproduzir as considerações de Jesus Gonzalez Pérez (1989, p. 33): “Tanto la equidad como el principio general de la buena fe comportan la necesidad de examinar las circunstancias que concurren en el acto concreto. Las diferencias entre una y otro radican, simplemente, en los distintos planos en que operan: la equidad opera en relación con la norma que se aplica y es interpretada; el principio general de la buena fe en relación con los actos jurídicos, con los derechos que se ejercitan y las obligaciones que se cumplen. La primera atenuará la aplicación de la norma en función de circunstancias fundamentalmente objetivas; el principio general de la buena fe, en función de la conducta del sujeto.”

geral, a boa-fé, enquanto princípio, dará lugar a determinadas regras de conduta definidas conforme os padrões observados, a aparência das condutas e segundo a confiança dos administrados. A equidade, por sua vez, poderá ser analisada, dentre outras possibilidades, à luz de medidas de discriminação positiva e de correção da aplicação da norma conforme critérios de vulnerabilidade econômica e social dos sujeitos.

2.3.4 *Erro*

O erro sempre pressuporá um equívoco da parte de quem erra, e pode ser de fato ou de direito. Erro de fato é a formulação representativa equivocada dos fatos, ocasionada por informações distorcidas ou confusas. O erro de direito consiste, em toda hipótese, em um equívoco, seja da lei em si, seja da interpretação da lei. Por isso, segundo classificação de Alípio Silveira (1972, p. 19-16), diz-se que pode ser material ou ideológico.

Explica Silveira que o erro material leva ao descumprimento efetivo da lei. A ignorância da lei não é alegada para afastar seu cumprimento, mas sim para anular um ato que não cumpriu com alguma circunstância ou elemento qualquer exigido na lei como requisito de validade. Com efeito, a ignorância da lei não desobriga de seu cumprimento, sendo essa uma condição da eficácia global do ordenamento jurídico.

Como exemplo do erro material que encontra ampla ressonância na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, tem-se a situação de pagamento indevido de verbas a servidor, na qual a associação da boa-fé do recebimento de tais valores com o erro interpretativo (a respeito dos pagamentos) da Administração, em que pese a ilegalidade, resulta na mitigação de responsabilidade do beneficiário, pois ele não deverá, se estiver de boa-fé, restituir os pagamentos indevidos a partir do conhecimento da irregularidade dos

mesmos pelo órgão público responsável. Tal é o sentido da súmula nº 106 do TCU: “O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente”. Ora, nas circunstâncias consideradas do exemplo e da súmula há o efetivo descumprimento das normas de direito em função de erro, assim como prejuízo ao erário.

O erro ideológico não leva ao descumprimento da lei, ainda segundo Silveira, mas consiste no equívoco interpretativo que leva a fins não almejados inicialmente pelo agente; confronta-se, portanto, o efeito da lei com o efeito pretendido pelo sujeito. Como exemplo no direito administrativo, tem-se o acórdão nº 1921-09/11-2, também proferido pelo Tribunal de Contas da União, em cujo enunciado se lê: “No âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito”.

Por outras palavras, para o órgão de controle externo, a conformidade às normas jurídicas faz presumir a boa-fé. Em sequência, sobre a forma de análise, afirma-se que ela “é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé, mas apenas da ausência de boa-fé”, sendo a consequência dessa ausência o julgamento imediato das contas com a cobrança de juros. O exemplo apresentado consiste na prática de um erro ideológico, uma vez que, em que pese tenha havido o cumprimento das normas de direito, o que fez o TCU presumir a boa-fé do gestor público, houve prejuízo ao erário.

A partir dos exemplos apontados para os erros ideológico e material, observa-se que as figuras somente poderão ser evocadas em favor da preservação da situação jurídica favorável ou dos efeitos do ato uma vez presente a boa-fé. A admissibilidade da figura do erro encontra fundamento na boa-fé subjetiva. Isso porque a boa-fé não pode ser confundida com a culpa grave e, deste modo, um agente que evoca o erro em seu benefício não pode agir em

culpa, e sim, de boa-fé (subjéitiva).

Adicionalmente, a situação de fato deverá proceder-se de modo a incutir a confiança do administrado (se a relação jurídica se der entre Administração e particular) ou do agente público (em casos de relações jurídicas internas) na regularidade e legitimidade das circunstâncias, num sentido mais propriamente de boa-fé objetiva. Desse modo, para que alguém possa evocar o erro em seu benefício, deverá, portanto, demonstrar-se não contrário à boa-fé, na confluência de ambas suas dimensões, para a obtenção de seu efeito retrospectivo, isto é, de preservação de situações consolidadas.

2.4 Figuras parcelares da boa-fé

Em uma das obras mais clássicas sobre a boa-fé no direito civil, Menezes Cordeiro (2001) identifica em oito preceitos as suas figuras parcelares, que seriam variações de sentido jurídico-normativo referencialmente ao significado central da boa-fé. São elas: *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *exceptio doli*, desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*, inalegabilidade das nulidades formais, desequilíbrio no exercício jurídico, *suppressio* e a *surrectio*.

As figuras mencionadas serão tratadas nos itens que seguem. Embora o objeto desta pesquisa refira-se à boa-fé no direito administrativo, ramo do direito público, empresta-se a sistematização referida do direito civil por seu alcance de teoria geral. Desse modo, guardadas as diferenças, e acrescentando-se certo matiz próprio do campo publicista, as categorias mencionadas de figuras parcelares ajustam-se às finalidades deste estudo.

2.4.1 *Nemo potest venire contra factum proprium*

O *nemo potest venire contra factum proprium* representa a coibição ao comportamento contraditório. O comportamento contraditório vedado é aquele consistente em (1) uma conduta (ato, não necessariamente jurídico, ou manifestação qualquer); (2) lícita, que (3) gera expectativas nos sujeitos interessados, os quais (4) determinarão sua conduta e tomarão decisões com fundamento no ato anteriormente praticado, (5) podendo realizar transações econômicas e planejamentos de impacto financeiro nele baseados (havendo aqui dever de indenizar).

Passando a minudenciar o conceito, exige-se apenas que se exteriorize uma conduta, que inicialmente poderá não ser obrigatória, mas o será na medida em que gere confiança na parte afetada. Conforme anotou Schreiber (2007, p. 137), basta que o *factum proprium* “possa, sob o ponto de vista fático e objetivo, repercutir na esfera alheia, gerando legítima confiança”. Por isso, deverá ser uma conduta lícita, ou ao menos com aparência de licitude, uma vez que o direito não tutelarão afrontas ao ordenamento, assim como apenas excepcionalmente condutas ilícitas gerarão confiança legítima nos interessados.

Ora, sendo a Administração Pública a autora do ato original, ou seja, do ato que será contradito por um ato subsequente (este sim, o ato contraditório), é de se esperar que o mesmo perdure e se implemente para atingir os objetivos supedâneos de sua formação. Isso se justifica não somente em função da presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo (o que enseja a confiança do administrado na regularidade e acerto do ato), mas também pela necessidade da boa administração.

A figura mencionada no parágrafo anterior, a boa administração, é considerada por Juarez Freitas (2009, p. 22-23) um direito fundamental do cidadão, como resultado do exercício, pelo Poder Público, de uma discricionariedade legítima. A boa administração compreenderia, para o autor, a

caracterização da Administração Pública enquanto transparente, dialógica, imparcial, proba, atenta à legalidade temperada, preventiva, precavida, eficaz, “comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição”, e, por fim, redutora dos conflitos intertemporais e custos de transação³⁰⁰. Em simetria a esse direito fundamental do cidadão, espelha-se o respectivo dever fundamental do Estado. A coerência na atuação do Poder Público consiste não só em padrão de conduta decorrente da boa-fé, mas também condiz com os parâmetros de uma boa administração, cujas condutas não serão desfeitas ao alvedrio das flutuações de uma arbitrariedade e em afronta à confiança do cidadão na ação estatal. Assim, verifica-se que a contradição dos atos administrativos deve ser, em todo caso, excepcional.

Acerca da confiança legítima, pode-se aferi-la por circunstâncias objetivas relativas às pessoas e à dinâmica da relação jurídica em questão. Normalmente, a confiança se presume, ainda mais considerando relações em que num dos polos encontra-se o Poder Público³⁰¹. A má-fé, por outro lado, é que deve ser provada.

Para Luciano de Camargo Penteado (2009, p. 15), o *nemo potest venire contra factum proprium* assume um papel de figura rainha das figuras parcelares,

300 São estes os exatos termos nos quais Juarez Freitas (2009, p. 22) conceitua a boa administração: “trata-se do *direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social, e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.*” (itálicos do autor). Gustavo Justino de Oliveira (2012, p. 116), de seu turno, distingue a penetração do conceito e das práticas de governança na concepção das funções estatais, conformando o que se designa por Administração Consensual, isto é, fundada em mecanismos de cooperação e diálogo, tais como parcerias e contratos. Assim, verifica-se que não só as finalidades do Estado se redefinem para abranger a tutela democrática de diferentes interesses públicos, como também o próprio modo de agir do Estado também se redefine para fins de conciliação da máxima eficiência com o maior consenso em suas decisões, garantindo ao cidadão tomar parte na atuação do Estado.

301 Schreiber (2007, p. 141-142) enumera algumas circunstâncias que demonstrariam faticamente a confiança da parte: “(i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante”.

em função da remissão interpretativa das segundas ao primeiro³⁰². Para o autor, as demais figuras reproduziriam a estrutura geral dessa, a qual mereceria um papel de destaque em matéria de boa-fé.

Tutelam-se promessas que se inferem da conduta praticada pelo Estado. O administrado, fiando-se no comportamento estatal em um sentido, determina seus atos em função do mesmo. Do conceito do *venire contra factum proprium* se infere a teoria dos atos próprios, sendo essa apenas uma espécie daquele, segundo a qual, simplificadamente, descabe à pessoa evocar nulidades de um ato por ela mesmo praticado. Em razão disso, a confiança do administrado encontra salvaguarda jurídica, desde que se cumpram os requisitos enumerados no conceito acima e a seguir tratados mais detalhadamente.

O ato ou comportamento estatal deve se expressar no sentido inequívoco da expectativa do administrado. Desse modo, caso haja alguma ressalva contextual (compreendida por meio da própria natureza de determinada atividade administrativa, e, portanto, implícita) ou por parte da Administração (logo, expressa) acenando para prováveis mudanças em seus próprios planos, para a instabilidade de sua atuação ou para a flutuação de cenários políticos, econômicos ou sociais que demandarão mudanças de conduta, não há que se falar em comportamento contraditório. Nesses casos, se a conduta futura adotada diferir da conduta anteriormente adotada, a Administração não violará a boa-fé e o administrado não poderá evocar a figura do *venire contra factum proprium*.

A figura aqui tratada será evocada havendo uma contradição do sentido objetivo do comportamento inicialmente manifestado em relação ao sentido objetivo do comportamento posterior, conforme registrou Schreiber (2007, p. 149). Em razão dessa contradição ocorrerá a ruptura da confiança e da base de boa-fé

302 Faz-se referência também a Franz Wieacker (1977, p. 60-62), para quem a máxima do *venire contra factum proprium* expressa de forma tão imediata a essência jurídica da boa-fé, que por ela é possível vislumbrar a totalidade do princípio. Segundo o autor, o elemento ético jurídico trazido pela máxima consiste na constância, na lealdade e na veracidade. Na sequência, afirma que são casos de aplicação do *venire contra factum proprium* a caducidade (*Verwirkung*) e a inadmissibilidade de invocação de vícios de forma. A conduta contraditória no primeiro caso relaciona-se à inatividade e, no segundo, à provocação do vício formal.

da relação jurídica. Por fim, havendo dano, em razão de a parte ter se determinado em função da sua expectativa frustrada, tal prejuízo deverá ser reparado, como consequência da tutela da boa-fé.

Além disso, o ato ou conduta administrativa deverá ser lícita, isto é, em conformidade com a lei *lato sensu*, incluindo não somente a Constituição e a legislação, mas também regulamentos, resoluções, portarias, etc. Isso porque, caso uma conduta ilegal permanecesse vigente apoiando-se na tutela da boa-fé do administrado, haveria desconsideração à premissa de que todos conhecem a lei, e, por isso, prejuízo à eficácia global do ordenamento, além de outra razão, específica ao campo do direito administrativo, que diz respeito ao comprometimento da legalidade administrativa (reserva de lei e supremacia da lei), que se sustenta em maior vigor em relação ao direito privado, campo no qual vige a autonomia da vontade. Por tal lógica, o administrado não poderia evocar a tutela da confiança na manutenção de um estado de coisas gerado por uma atuação ilegal. Havendo possibilidade, contudo, de convalidação dos vícios no ato – desde que não haja lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros, nos termos do artigo 55, da Lei nº 9.784/1999 –, o mesmo poderá ser mantido até mesmo por um critério de eficiência na atuação da Administração, bem como pelo dever de *favor acti*, mencionado por Egon Bockman Moreira (2007, p. 108) como derivado da boa-fé, impondo a preservação dos atos administrativos tanto quanto possível, por meio da convalidação dos mesmos.

Como exemplo, o caso citado por Luciano de Camargo Penteado (STJ, 4ª Turma, REsp 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.03.1998, DJU 22.06.1998³⁰³) apresenta uma situação na qual é impossível ao ente

303 Segue a ementa do acórdão: “LOTEAMENTO. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. - Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40, da Lei nº 6766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre próprios passos, prejudicando terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Recurso não conhecido”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700523888&dt_publicacao=22-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 22 set. 2016.

administrativo, o município, convalidar o vício de transferência de propriedade de lotes localizados em zona urbana na qual se proíbe o loteamento do terreno municipal. Haveria, segundo consta, violação ao plano urbanístico, uma norma jurídica com força vinculativa imperativa, e com respaldo constitucional (embora essa não tenha sido a opinião dos julgadores).

Além disso, o comportamento estatal contraditório deve afrontar as expectativas legítimas dos administrados. Caso o ato contraditório não interfira na esfera de direitos subjetivos, sejam esses do administrado ou mesmo de agentes público, não há que se evocar o *venire contra factum proprium*. Se não houver a criação de expectativas nos administrados ou agentes, não há o que ser tutelado³⁰⁴.

Por fim, para que haja responsabilização do Estado pelo comportamento contraditório, é preciso que se demonstre que as expectativas frustradas ocasionaram prejuízos concretos ao administrado. Assim, se decisões foram tomadas com base na expectativa gerada pelo comportamento inicial da Administração, engendrando planejamentos e mobilização de ativos financeiros em tal favor, haverá prejuízo ao administrado, que deverá, portanto, ter seu patrimônio recomposto pelo ente administrativo responsável.

A proibição do comportamento contraditório da Administração enquanto decorrência do dever de boa-fé objetiva voltada aos agentes públicos, de um lado, e da boa-fé em seu sentido de confiança legítima infundida nos cidadãos pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, de outro, encontra ressonância no que se denomina “autovinculação administrativa”, segundo expõe

³⁰⁴ É pertinente expor a relação entre a tutela das expectativas legítimas e o abuso de poder, exposto por Mark Elliott (2005). Ora, considerando o abuso de poder como a circunstância na qual uma norma que deveria ser observada não o foi ou foi afastada indevidamente no processo administrativo, constata-se que a expectativa legítima será violada quando houve tal abuso. Por isso, a verificação de existência de abuso de poder é a medida para se determinar a autorização para a intervenção nas circunstâncias do abuso (p. 285). Desse modo, para o autor, mais significativo do que se perguntar sobre a expectativa legítima, seria questionar-se se houve abuso de poder: “More significantly, where a policy did exist, its non-application in a given case would not be unlawful per se, 31 just as breach of legitimate expectation is not; rather, the question would be whether non-application constituted an abuse of power” (ELLIOTT, 2005, p. 287).

Paulo Modesto (2010). Essa autovinculação, para o autor, poderia ser classificada em autovinculação *stricto sensu* e *lato sensu*.

O sentido estrito da autovinculação se delimitaria pela redução da discricionariedade da Administração Pública, a partir da invocação de precedentes administrativos, isto é, decisões tomadas em tal ou qual sentido para casos análogos. A autovinculação seria, para Modesto (2010, p. 2), “especialmente útil para impedir atuações caprichosas de agentes públicos ou alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público”.

Já o sentido lato de autovinculação não estaria restrito às decisões administrativas prévias e poderia, de seu turno, segundo o autor (MODESTO, 2010, p. 7-12), ser subdividido em outras duas categorias: (a) autovinculação involuntária ou não intencional; b) autovinculação deliberada ou intencional (que compreendia a autovinculação unilateral e a bilateral). A primeira corresponderia ao sentido de autovinculação *stricto sensu*. A autovinculação deliberada unilateral concreta diz respeito a qualquer comportamento ou manifestação prévia da Administração em face de um administrado, que, no tempo, será contradito. A autovinculação deliberada unilateral abstrata são os atos normativos da Administração, aos quais ela se vincula, e que somente pode se desvincular por outro ato normativo do mesmo tipo, ou advindo de instância administrativa de hierarquia superior. A autovinculação bilateral diz respeito a todos os instrumentos que manifestam o fenômeno da contratualização na Administração Pública.

Tome-se como exemplo de comportamento contraditório da Administração o apresentado por Cahali (2012, p. 296), em relação à emissão de alvarás para construção e funcionamento de indústrias. Quando a Administração não cumpre seu dever de fiscalizar construções e indústrias, tendo em vista valores como saúde, sossego e segurança da população, e, após autorizar a sua instalação, vem a proibir seu funcionamento, age com culpa, causando prejuízo ao particular e deve, por isso, indenizá-lo.

Ora, no exemplo descrito a Administração agirá não só com culpa, mas em

oposição à boa-fé do particular, que, pela autorização, confiava no ato liberatório do Estado para o exercício de direitos, e não contava com a contradição representada por sua cassação, especialmente pela mesma decorrer de falta no dever de fiscalização da Administração.

O ato contraditório também poderá ser praticado pelo particular em relação com a Administração Pública. Nesse caso, a contradição também deverá ser coibida, desde que haja prejuízo aos andamentos do funcionamento administrativo, ou ao interesse público em geral. Isso porque o ato contradito (ou seja, o ato original) também deverá gerar expectativas na Administração, que deverá então proceder com base nelas. Caso não se vislumbre prejuízo à Administração, apesar de haver ato contraditório do particular, não há por que sancioná-lo. Do contrário, havendo coibição ao particular por contradição que não ocasionou prejuízo, a conduta administrativa não poderia se caracterizar como razoável, pois é desnecessária, e, por isso, anulável.

Como exemplo do que se expôs no parágrafo anterior, tem-se a impulsão de ofício de processo administrativo no caso de desistência dos interessados que o deflagraram. Se o administrado, iniciando um processo, desiste do mesmo, contradizendo sua conduta anterior, não há qualquer prejuízo à Administração, uma vez que essa poderá, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso XII, e artigo §2º, ambos da Lei nº 9.784/1999, continuar a apuração dos fatos no mesmo processo, não havendo qualquer prejuízo decorrente da contradição do particular. Trata-se, em verdade, de uma contradição lícita, que, por isso, não deverá ser repreendida.

2.4.2 *Tu quoque*

O *tu quoque* é a figura que mais claramente expressa a reciprocidade inerente à boa-fé, como já anotou Pérez (1989). Consiste na recusa ao

cumprimento de um dever pelo sujeito na relação jurídica que a evoca quando já houve o descumprimento de um dever pelo outro. Há também, como se vê, um comportamento contraditório. Por exemplo, no âmbito dos contratos administrativos, a parte que descumpriu uma cláusula contratual vem a exigí-la da contraparte. Em termos mais gerais, a situação compreendida pelo *tu quoque* diz respeito a uma contradição de comportamentos de um indivíduo originada pela violação de uma norma e que vem a pretender exercer a posição jurídica que aquela norma concede. Com isso, o *tu quoque* também compõe as figuras de defesa do direito contra o comportamento contraditório³⁰⁵.

Ora, se a parte que descumpriu um contrato exige o cumprimento das obrigações da outra parte e, se nada viesse a socorrer essa última, ter-se-ia efetivada arbitrariamente a mutação para um contrato unilateral. Ademais, registre-se o entendimento de Wieacker (1977, p. 67-68), para quem o *tu quoque* representa uma conduta de violação da igualdade, e, desse modo, da reciprocidade, por parte de quem pratica a conduta contraditória. Por outras palavras, se alguém alega em seu favor algo devido pela outra parte, que ela mesma infringiu, intenta certamente obter um benefício diferenciado para si.

Além disso, procura-se preservar o equilíbrio entre os envolvidos numa relação jurídica, para que haja, de fato, um sinalagma nas obrigações e nos direitos dos mesmos, sem que um deles domine todos os benefícios da relação jurídica, ao outro restando apenas os ônus. Por tais razões, Luciano de Camargo Penteado (2009, p. 11-12), discorrendo sobre o tema, afirma que a figura que melhor representa o *tu quoque* é a exceção do contrato não cumprido.

Como clássica positivação do *tu quoque* tem-se a exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil: “nos contratos bilaterais,

³⁰⁵ A figura do *tu quoque*, conforme já afirmado, aproxima-se muito do *nemo potest venire contra factum proprium*. Há uma diferença, contudo, apontada por Schreiber (2007, p. 185), que merece menção. O *tu quoque* remeteria fundamentalmente a um sentido de malícia, de deslealdade por parte daquele que pratica a conduta contraditória, sendo, por isso, uma figura subjetiva. O *venire contra factum proprium*, por sua vez, pressuporia, acima de tudo, a violação da confiança da parte afetada pelo comportamento contraditório, definindo-se, portanto, por um critério objetivo.

nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Por outro lado, no caso dos contratos regidos pelo direito administrativo, há algumas limitações ou mesmo uma proibição à evocação do *tu quoque*³⁰⁶. Em uma relação jurídica de direito administrativo, a Administração situa-se em posição jurídica superior ao administrado, em razão das prerrogativas que lhe conferem o regime jurídico que lhe é próprio. Em razão disso, especialmente em suas relações contratuais, nas quais se espera que exista um mínimo de sinalagma como característico da relação, o *tu quoque* mostra-se mais restrito enquanto argumento de salvaguarda do particular.

Por tais razões, por exemplo, caso a Administração atrase o pagamento ao particular contratado, esse não poderá deixar de executar o contrato, sem que se

306 A título de exemplo, tem-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o caso em que este órgão indeferiu pedido de agente público, então investigado pelo cometimento de crimes contra a administração pública e afastado de suas funções por sofrer processo administrativo disciplinar, que alegava ser direito líquido e certo o exercício de suas funções. Referido processo administrativo teria seguido todos os trâmites legais, no esforço de oportunizar todas as garantias processuais para o agente. No entanto, esse último alega impropriamente que o PAD desrespeitou o devido processo legal, o que, assim entende o relator, configuraria o comportamento contraditório, “sintetizado no anexim *tu quoque*”. Para fins ilustrativos, reproduz-se a ementa: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO – TITULAR DE SERVENTIA JUDICIAL SUSPENSO PREVENTIVAMENTE - LEGALIDADE –AUTO TUTELA DA MORALIDADE E LEGALIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (TU QUOQUE) - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. No caso dos autos, alega o recorrente violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções - oficial de registro de imóveis -, pelo Juiz de Direito, com a finalidade de apurar denúncias de diversos crimes que o recorrente supostamente teria cometido contra a Administração Pública, em razão da sua função. 2. Observância do devido processo legal para o afastamento do indiciado. Índícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro. 3. Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face a fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, inclusive já com a quebra do sigilo bancária decretada, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório - expressão particular da teoria dos atos próprios -, sintetizado no anexim *tu quoque*, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial. 4. Ausência do direito líquido e certo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que nada obsta o afastamento preventivo do titular de serviço notarial e de registro, por prazo indeterminado, a teor do disposto nos artigos 35 e 36 da Lei n. 8.935/94. A suspensão preventiva não tem caráter punitivo, mas sim cautelar. Precedentes. Recurso ordinário improvido. (STJ. Segunda Turma. RMS 14908/BA. Rel. Min. Humberto Martins. DJ: 20/03/2007).

transcorram 90 dias do referido atraso, nos termos do artigo 78, inciso XV, Lei nº 8.666/1993³⁰⁷, dependendo ainda de sentença transitada em julgado para que seja possível a rescisão contratual.

Segundo explica Egon Bockmann Moreira (2007, p. 108), a figura do *tu quoque* é comum em licitações, nas situações de inabilitação ou desclassificação de um dos concorrentes, por qualquer dos motivos previstos na lei, e esse mesmo concorrente impugna as propostas dos demais por defeitos semelhantes à sua, “na esperança de conduzir todos ao naufrágio”. O autor menciona a máxima do “*equity must come with clean hands*”, que também se relaciona ao dever de boa-fé que proíbe a conduta em vista do *tu quoque*.

Outra situação que se consubstancia na figura do *tu quoque*, desta vez a favor do administrado, ocorre no decurso do prazo de 5 (cinco) anos para o exercício da autotutela, prevista no artigo 54, da Lei nº 9.874/1999, sem que haja a anulação de ato administrativo inválido. Caso a Administração não tenha se valido do recurso próprio previsto em lei, na forma e no tempo devidos, não deverá buscar o mesmo efeito de invalidação do ato por outros meios, como, por exemplo, a decisão judicial. Configura-se o *tu quoque* da Administração, que descumpriu seu poder-dever de anular atos inválidos nos termos da autotutela, e que promove posteriormente aos 5 (cinco) anos uma ação anulatória do ato.

Também representativa do *tu quoque* da Administração ocorre quando um ato de restrição de direitos do administrado foi motivado com base em invalidade decorrente da própria atuação administrativa. Exemplifica-se. Se os órgãos públicos encarregados do registro de gravames a veículos automotores, como o DETRAN, não o fizerem, não se pronunciando sobre quaisquer ressalvas na emissão do certificado de registro e licenciamento de veículos, não poderão, posteriormente, impor as referidas restrições pretéritas ao novo proprietário do

307 Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XV- o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; [...].

veículo. Tal foi o caso tratado no acórdão do REsp 1.139.486³⁰⁸, sendo o ocorrido verificado nos mesmos termos do exemplo, acrescentando-se também a menção à súmula nº 92 do STJ³⁰⁹.

As situações de aproveitamento de uma ilegalidade cometida contra uma pessoa em favor da própria infratora serão inúmeras, ao sabor das variações de fato. Percebe-se, desse modo, que o *tu quoque* da Administração poderá ser mais ou menos limitado, em relação ao alcance do instituto no direito privado, a depender das diferenciações do regime jurídico de direito administrativo e das circunstâncias concretas.

2.4.3 *Exceptio doli*

A exceção do dolo é o recurso utilizado pela pessoa de boa-fé para expor a posição jurídica da outra obtida com dolo. Para Franz Wieacker (1977, p. 59), a *exceptio doli* enquadra-se como máxima de conduta ético-jurídica derivada da boa-fé, sendo um instrumento de exceção contra condutas contrárias à mesma.

É mesmo intuitivo que a atuação de boa-fé, que deve pautar toda e qualquer relação jurídica, por todo o *iter* que remete à sua origem, bem como após sua conclusão, não admite comportamentos mal intencionados, dolosos. A *exceptio doli* desdobra-se em duas espécies, a *generalis* e a *specialis*.

308 Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.139.486/DF. Rel. Min. Humberto Martins. DJ: 24/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=931509&num_registro=200901722930&data=20091207&formato=PDF>. Acesso em: 13 set. 2016.

309 *Ipsis literis*: “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor”.

(a) *Exceptio doli generalis*

Quanto à *exceptio doli generalis*, trata-se de uma exceção evocada em casos de injustiça por parte de algum dos envolvidos na relação jurídica, no caso do direito administrativo, particular, Administração Pública, ou agente público, por força de o outro não ter adquirido a posição jurídica suficiente para exigir em juízo o cumprimento da mesma, agindo em dolo. Destaca-se, por isso, o sentido de justiça material que a figura carrega para a resolução do conflito.

Conforme ressalta Luciano de Camargo Penteadó (2009, p. 13), a *exceptio doli generalis* tem aplicação incipiente no Brasil, embora se afigure como um bom instrumento jurídico para impedir o exercício indevido de direitos subjetivos. Aliás, seu próprio sentido evoca uma grande amplitude potencial para aplicação, no que se incorreria em riscos de apropriação indevida por esta figura de outras espécies parcelares da boa-fé.

Assim, conforme expôs Schreiber (2007, p. 180), seria até mesmo possível ampliar seu sentido para abranger a tutela de qualquer violação à boa-fé. Contudo, referida expansão de sentido anularia as demais figuras, já consolidadas na teoria da boa-fé, e prejudicaria a técnica jurídica mais adequada, que aponta para a delimitação de conceitos, e não para sua confusão.

Em verdade, entende-se que esta figura parcelar opera como uma espécie de veículo das demais e de qualquer padrão de conduta ou dever decorrente da boa-fé ou mesmo, em geral, derivado da própria relação jurídica, tendo sido violados numa relação de fato. Ou seja, se um dos envolvidos na relação jurídica procurar fazer valer algum direito que dela derivaria, mas tiver agido nessa relação com má-fé (isto é, contrariamente à boa-fé subjetiva) ou descumprido um dever da boa-fé (boa-fé em seu sentido objetivo, enquanto princípio de direito), ou qualquer dever decorrente da própria relação jurídica (nos termos impostos pelas regras do ordenamento jurídico), a outra pessoa poderá valer-se da exceção que aqui se tratou para fins de expor o exercício indevido do direito.

Assim como nos demais ramos do direito, a aplicação da *exceptio* em questão é também incipiente na prática, assim como seu tratamento teórico em matéria de direito administrativo. Todavia, por tal amplitude, a potencial operacionalização desta figura nesse ramo pode ser, também, muito abrangente. Reitere-se que o objeto veiculado pela *exceptio generalis* (descumprimento de dever ou elemento subjetivo de um dos agentes da relação jurídica) deve ser conformado em face das peculiaridades do caso concreto, e, por isso, deve-se atentar para o descumprimento de uma norma decorrente quer das regras, quer dos princípios de direito administrativo. Daí as amplíssimas possibilidades de utilização da figura.

Um exemplo poderá elucidar a exposição anterior. Se um agente público (ou privado, que exerce funções delegadas pelo Estado, tal como os titulares de serventia judicial) for investigado por infrações administrativas graves, e, no curso do processo administrativo disciplinar, for suspenso do exercício de suas funções, havendo indícios suficientes para motivar tal medida, nos termos do artigo 147, da Lei nº 8.112/1990³¹⁰, ele não poderá ingressar em juízo alegando, por exemplo, violação de direito seu ao exercício do cargo, caso o processo administrativo tenha se desenvolvido no esteio da legalidade, da ampla defesa e do contraditório. Se o fizer, a Administração poderá valer-se da *exceptio doli generalis*, pois o particular, nesta situação hipotética, não terá qualquer embasamento jurídico para o exercício do direito pretendido. A depender da robustez do conjunto probatório e da convicção que ensejaram o afastamento preventivo, se os indícios das faltas graves forem incisivos, poder-se-á até mesmo questionar se o agente não procura ser reintegrado ao exercício do cargo com a intenção de obstar as investigações³¹¹.

310 Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

311 Situação muito semelhante foi objeto do acórdão no RMS 14.908/BA, no qual um titular de serventia judicial foi suspenso temporariamente do exercício de suas funções, por decisão judicial, em razão de “indícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro”. O oficial recorreu da decisão alegando violação de direito líquido e certo ao exercício do cargo e o STJ considerou

(b) *Exceptio doli specialis*

De outro lado, a *exceptio doli specialis* é a *exceptio doli* alegada em casos de negócios jurídicos. Difere da outra espécie pela particular fonte jurídica em questão – um negócio jurídico. Há similitude de aplicação em relação à outra, ou seja, é aplicável quando uma das partes exerce a posição jurídica em dolo. Assim, a figura aplica-se à situação de descumprimento de uma norma por uma das partes em um negócio jurídico, a qual, posteriormente procurará exercer uma posição jurídica que seria legítima em caso de não descumprimento, podendo, então, a outra parte valer-se da *exceptio*.

A *exceptio doli specialis* em matéria de direito administrativo conserva a finalidade exposta no parágrafo anterior, com a ressalva de que o objeto que veicula deve ser composto em atenção às normas específicas que regem os negócios jurídicos de interesse a esse ramo do direito. Isto é, devem ser observadas as regras relativas não só a contratos administrativos, como também a todos os referidos “módulos convencionais”, na terminologia empregada por Menezes de Almeida (2012, p. 239). Desse modo, assim com a *exceptio generalis*, a *specialis*, embora na realidade tenha tratamento teórico e aplicação prática incipientes, demonstra um potencial muito abrangente para seu emprego.

Como exemplo de aplicação da figura, tome-se o caso hipotético, a que faço referência no item 4.3 desta dissertação, da alteração unilateral de contrato (nos termos do artigo 65, inciso I, da Lei nº 8.666/1993) que vise dolosamente

que o recurso consistiu em comportamento contraditório do recorrente, tratando-o sob a figura do *tu quoque*, pois os indícios de cometimento de crimes contra a Administração era muito fortes e não houve violação ao contraditório e à ampla defesa para o afastamento. Assim se lê no acórdão: “Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face de fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório, expressão particular da teoria dos atos próprios, sintetizado no anexim *tu quoque*, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial”.

agravar a situação do contratado particular, ou seja, seja praticada em desvio de poder. O particular poderá recorrer de referida alteração – supondo-se que, pelo fato de a medida de alteração do contrato implicar a restrição de direitos do contratado, sejam-lhe franqueados a ampla defesa e o contraditório, em procedimento instaurado para tanto –, valendo-se da *exceptio doli specialis*, ainda que nominalmente não a identifique.

Outra manifestação da *exceptio* em questão pode ser encontrada no artigo 48, inciso II, da Lei nº 13.019/2014³¹², na redação dada pela Lei nº 13.024/2015, especialmente na parte que determina que, quando constatado o desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos no âmbito das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, referidas parcelas não serão liberadas e ficarão retidas até o saneamento das irregularidades. Desse modo, a Administração valer-se-á da alegação do desvio de poder da organização social parceira para fins de justificação da retenção dos recursos, o que, embora não lhe seja nominalmente atribuído, configuraria a *exceptio*.

Verifica-se o caráter excessivamente geral de ambas as figuras em questão, o que poderá fazer surgir em juízo as mais diversas modulações particulares da *exceptio doli*. A crítica também é reproduzida por Luciano de Camargo Penteado (2009, p. 13), pois, para ele, referida generalidade poderá tornar sua aplicação “perigosa em termos de segurança jurídica”, risco esse que não se reproduziria nas demais figuras parcelares, que preservariam referido valor, “na medida em que têm pressupostos concretos de verificação”.

312 Art. 48. As parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo cronograma de desembolso, exceto nos casos a seguir, nos quais ficarão retidas até o saneamento das impropriedades: [...]

II - quando constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da organização da sociedade civil em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento; [...].

2.4.4 Inalegabilidade das nulidades formais

Verifica-se na hipótese de exceção de uma nulidade pela própria parte que a deu causa. É uma espécie de *venire contra factum proprium* quando em questão uma nulidade. A alegação da nulidade não pode ser aceita, em prestígio à boa-fé, por duas razões: a uma, por ser alegada pela própria parte que a ela deu causa em seu próprio proveito; a duas, por tratar-se de um vício de forma, e não de conteúdo.

Por vício formal deve se entender todo e qualquer vício que não diga respeito diretamente à substância do ato, e não somente a forma pública prevista para a documentação ou realização do ato. Em se tratando de contratos, conforme explica Luciano de Camargo Penteado (2009, p. 13): “Trata-se, em suma, de um imperativo de justiça material, que leva ao cumprimento dos contratos, ainda que nulos, entre as partes, quando isto for possível”.

A inalegabilidade dos vícios formais relaciona-se com os deveres, ambos decorrentes boa-fé, de vedação à defesa de nulidades puramente formais e de *favor acti*, segundo aponta Egon Bockmann Moreira (2007, p. 108), o qual se define como o dever de preservar os atos administrativos tanto quanto possível, seja por meio da convalidação dos atos, seja também mediante o aproveitamento de atos viciados, que, no entanto, não prejudiquem o interesse público, nem a finalidade do ato que reflete aquele.

O princípio do *favor acti*, para Pérez (1983, p. 97-100), derivaria da confiança e da presunção da legitimidade do ato administrativo, sendo que referidas figuras imporiam um dever de conservação do ato. E, como desdobramentos do princípio, estreitamente relacionado com a boa-fé, aparecem (a) a convalidação dos atos nulos, desde que haja boa-fé daqueles que o produziram ou dele se beneficiaram; (b) em caso de nulidade parcial, (b.1) a preservação de atos independentes de um ato nulo produzidos no curso de um

procedimento (que, segundo comumente se aponta, geraria a nulidade do procedimento inteiro); (b.2) a preservação do “pronunciamento principal” do ato, quando a nulidade recair sobre alguma declaração acessória e independente.

Em matéria de direito administrativo, também deve se entender que esta figura parcelar terá aplicação restrita apenas às formas que não sejam essenciais à garantia do direitos dos administrados e desde que não estejam previstas expressamente em lei, nos termos dos artigos 2º, parágrafo único, inciso VIII, e 22, da Lei nº 9.784/1999, pois, nesses casos, a forma ou “formalidade”, via de regra, será da substância do ato, e, portanto, indispensável para sua formação válida, podendo ser alegado por qualquer envolvido na relação jurídica, incluindo aquele que o perpetrou.

É verdade que vige no campo jurídico administrativo, em matéria processual, o princípio do informalismo ou do formalismo moderado, segundo o qual, conforme expõem Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 37-38), a Administração Pública não poderá exigir um rigor técnico excessivo dos administrados, de modo a até mesmo obstaculizar suas manifestações, impedindo sua participação. Nesse sentido, as formas podem e devem ser exigidas apenas para assegurar a segurança e os direitos fundamentais dos interessados no processo administrativo.

Nesse sentido, as formalidades previstas nos artigos 26, §1º (com a exceção do §5º do mesmo artigo)³¹³ e 41³¹⁴, da Lei nº 9.874/1999, que dispõem sobre as formalidades da intimação dos interessados no processo administrativo, devem em todo o caso ser cumpridas, sob pena de nulidade do processo, pois,

313 Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º—A intimação deverá conter: I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; II - finalidade da intimação; III - data, hora e local em que deve comparecer; IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes. § 5º—As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

314 Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

evidentemente, busca-se tutelar o devido processo legal, para oportunizar o contraditório e a ampla defesa aos interessados. A violação a essas formalidades deverá ser alegada e não poderá ser objeto da presente figura parcelar da boa-fé analisada.

2.4.5 Desequilíbrio no exercício jurídico

Esta figura parcelar compreende uma atuação não razoável no exercício do direito. Embora haja aparência de licitude, o exercício do direito é abusivo, isto é, exercido de maneira a exceder os parâmetros normais para um dado contexto. Há, efetivamente, um direito que sustente a posição jurídica, todavia o seu exercício é desarrazoado e expressa abuso. Nesses casos, a função limitadora do exercício de direitos da boa-fé incide plenamente, de modo a demarcar os lindes entre o exercício normal e o abusivo. E, por isso, remete-se o leitor às considerações dos itens 2.3.2 e 1.5.2, nos quais se tratou da função limitadora da boa-fé e da sua relação com o abuso de direito.

Daí ser a figura em questão uma expressão da cláusula geral contra o abuso de direito, prevista no artigo 187 do Código Civil. O critério do dispositivo consiste justamente no emprego da boa-fé objetiva como modulador do exercício de direitos. A presente reflexão também é tratada por Luciano de Camargo Penteado (2009, p. 14).

Evidencia-se, como mencionado, que esta figura parcelar pode ser referenciada à do abuso de direito, que, em direito administrativo, desdobra-se em abuso de poder, quando considerado o direito exercido por alguma autoridade, quando também estiver em questão a restrição de direitos dos administrados. Segundo menciona Egon Bockmann Moreira (2007, p. 108), a interdição ao abuso de direito e a proibição à ação inexplicável e desarrazoada são também deveres decorrentes da boa-fé. Além disso, como já tratado anteriormente nesta

dissertação, a função limitativa da boa-fé estabelece quais são os limites para o exercício normal, e não abusivo, do direito.

Um exemplo do desequilíbrio no exercício jurídico pode ser encontrado no acórdão 3015-16/11-2 do Tribunal de Contas da União, em cujo enunciado lê-se: “Exclui-se da relação processual pessoa de boa-fé comprovadamente utilizada e em condição de vulnerabilidade perante agente de má-fé”. Reconhece-se no referido acórdão não só o caráter vulnerável das particulares envolvidas por gestores públicos em esquemas fraudulentos, mas que os mesmos abusaram de sua confiança e da posição que os cargos lhe conferiam perante as particulares para cometer infrações pela vulnerabilidade das mesmas.

2.4.6 *Suppressio e surrectio*

A *suppressio*³¹⁵, ou *Verwirkung* (no direito alemão), ou ainda caducidade, nada mais é do que a supressão de posições jurídicas pela dinâmica que de fato desdobrou-se na relação entre as partes no decurso do tempo. Não se trata de prescrição ou decadência, mas antes de uma caducidade imposta pela lógica das condutas reiteradas e pela expectativa das partes na manutenção das condições de fato.

Verifica-se a consolidação das expectativas em torno da conduta efetivamente praticada, e não a conduta pactuada ou devida, pois a conduta diversa em questão não foi contestada. A omissão do interessado em alegar a conduta devida não permanece em estado de hibernação para que, no futuro, desperte e produza todos os efeitos.

315 Assim Penteadó (2009, p. 14) define a figura: “A *suppressio* verifica-se de tal modo que o tempo implica a perda de uma situação jurídica subjetiva em hipóteses não subsumíveis nem à prescrição, nem à decadência. Trata-se de uma caducidade que tem por causa a inação prolongada em segmento temporal significativo. Não se aplica ao simples não ajuizamento de uma ação ou de uma reconvenção”.

A situação consolidada deve ser prestigiada em favor da boa-fé objetiva e do estado de coisas praticado e esperado pelas partes. Isso porque a conduta reiterada no sentido de abstenção do exercício de uma posição jurídica gerou a expectativa legítima de que a situação assim se perpetuaria. A omissão acarreta a perda do direito ao exercício da pretensão.

Observa-se, também no caso da *suppressio*, uma proximidade com o *venire contra factum proprium*, conforme notou Schreiber (2007, p. 188-189), já que existe a contradição do comportamento omissivo habitual do não exercício do direito em relação ao comportamento que, inesperadamente, passa a exigí-lo, frustrando as expectativas do outro sujeito da relação jurídica. As expectativas em questão dizem respeito à confiança de que o direito não seria exercido. Desse modo, para o mesmo autor (2007, p. 190), caracterizaria a *suppressio* um “*factum proprium* omissivo”.

Exemplos poderão elucidar o quanto exposto. Questão relevante diz respeito ao confronto entre a *suppressio* e os prazos prescricionais e decadenciais. Por outras palavras, questiona-se se a confiança gerada na parte acerca do não exercício de um direito se sobreporia ao exercício tempestivo, porém não imediato, de um direito dentro do prazo de prescrição e decadência. Ora, as figuras da prescrição e decadência são definidas pelo direito a fim de se sancionar a inércia de um titular de posição jurídica, que não a exerceu, ao passo que a *suppressio* busca resguardar a confiança gerada pelas expectativas da situação de fato. Por isso, conforme também registrado por Schreiber (2007, p. 191-193), é fundamental que se observem as circunstâncias fáticas ou relativas ao comportamento do indivíduo e se a omissão de uma das partes encontra respaldo em indícios reais e convincentes de que se perpetuaria. Caso se conclua pela existência da situação fática fonte de expectativas legítimas sobre a omissão de um dos envolvidos na relação jurídica, deve-se prestigiar a boa-fé e aplicar-se a *suppressio*.

Tome-se também como exemplo da *suppressio* em matéria de direito

administrativo o caso apresentado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro (2014, p. 40). Embora os autores tenham o analisado para elucidar o conflito entre o direito adquirido dos parâmetros para uso do imóvel previstos em norma urbanística, vale a problemática para expor uma típica situação na qual a inação do Estado gerou posições jurídicas, no sentido da expectativa de continuidade do estado de coisas já consolidado.

Tal é a condição do proprietário de imóvel no qual se realizam festas e shows, caso haja alteração posterior nos parâmetros para emissão de ruídos por imóveis situados naquela zona. Considera-se ainda que tal imóvel e sua fruição para os fins mencionados antecederam a construção dos demais imóveis residenciais do entorno, quando já eram conhecidas as interferências decorrentes da fruição do primeiro. Aqui, verifica-se um ato contraditório da Administração Pública, uma vez que, enquanto pôde, não interviu para regular a expansão das demais construções no entorno e, apenas tardiamente, retoma as restrições urbanísticas, não dirigidas às construções posteriores, permitidas com sua omissão, mas sim ao imóvel original. Não pode o Poder Público valer-se de sua inação anterior para então impor restrições a direito do administrado, pois essa hipótese afigura-se não só não razoável, como também contrária à boa-fé. A omissão administrativa gera, portanto, uma posição jurídica ao particular proprietário do imóvel, cuja fruição depende da manutenção das condições urbanísticas originais admitidas para fruição.

A *surrectio* ou *Erwirkung*, por sua vez, é figura correlata à *suppressio*, pois a situação de fato, no tempo, criará posições jurídicas. Há um comportamento reiterado adotado na prática pelas partes que, embora não previsto originalmente ou expressamente entre as mesmas, dará lugar ao surgimento de um dever, em franca salvaguarda à expectativa das partes e à confiança no estado de coisas já consolidado. Nas palavras de Luciano Camargo Penteado (2009, p. 15), “verifica-se nos casos em que o decurso do tempo permite inferir o surgimento de uma posição jurídica, pela regra da boa-fé”.

Trata-se da aquisição de um direito, não previsto originalmente como vinculante, pelo seu exercício recorrente e sem resistência pelas partes, ao longo de uma relação jurídica específica. Por isso, criam-se expectativas no sentido de manutenção das condições da relação jurídica, contando com o novo direito até então exercido. Em razão disso, caso uma das partes passe a não cumpri-lo, incorrerá em violação da boa-fé e à outra parte acudirá a figura da *surrectio*³¹⁶.

Em direito administrativo, a legalidade (supremacia da lei e reserva de lei) que lhe é característica imporá algumas limitações à figura parcelar. Como exemplo de *surrectio* em matéria de direito administrativo, tome-se o caso de detentor de terreno público, havendo edificação predial nele realizada pelo particular e cobranças de impostos sobre o mesmo. A boa-fé dos detentores fora reconhecida, porém, em virtude de jurisprudência a respeito da impossibilidade da posse de particulares sobre terrenos públicos, não se reconheceu o nascimento do direito à indenização pelas benfeitorias realizadas.

Em razão da *surrectio* e da *suppressio* consistirem num dever de ação ou de omissão oriundo da reiteração do agir ou do não agir na prática, é possível associar as figuras ao costume administrativo. Em relação a esse último, enquanto fonte do direito administrativo, divisam-se dois entendimentos, conforme expõe Thiago Marrara (2014b, p. 40-43). O primeiro deles considera correta a possibilidade de reputar-se ao costume administrativo a qualidade de fonte supletiva da lei, isto é, nada dispondo a lei a respeito, poderá determinada situação ser regida pelo costume. Apresentam-se críticas a tal compreensão, no sentido de que a norma jurídica de direito administrativo estará sendo produzida

316 “Eventual inércia ou tolerância da Administração não tem efeito de afastar ou distorcer a aplicação da lei. Não fosse assim, os agentes públicos teriam, sob sua exclusiva vontade, o poder de afastar normas legais cogentes, instituídas em observância e como garantia do interesse da coletividade [...]. Sim, porque, como é de conhecimento público, no Brasil, invasão de espaço público é prática corriqueira em todas as classes sociais: estão aí as praças e vias públicas ocupadas por construções ilegais de Shopping Centers, as Áreas de Preservação Permanente, inclusive no Pantanal e em dunas, tomadas por residências de lazer, as margens de rios e lagos abocanhadas por clubes, para citar alguns exemplos.” (STJ. Decisão monocrática no Ag 1.343.787. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 16/12/2010). Tal exemplo bem representa as limitações quase incontornáveis à aplicação da *surrectio* e da *suppressio* em matéria de direito público.

na prática, sem qualquer legitimação democrática, como o tem o Poder Legislativo. O segundo entendimento, por sua vez, apresenta o costume administrativo enquanto normas *secundum legem*, isto é, somente pode gerar normas detalhadas e sustentadas por lei, o que reduziria sua importância enquanto fonte. Para o autor (2014, p. 41), o costume administrativo não pode qualificar-se como uma norma primária e vinculante para o direito administrativo, pois, segundo afirma, a produção de normas pelo argumento do “sempre foi assim” afrontaria o Estado Democrático de Direito, jamais podendo derrogar ou substituir as fontes legislativas que conformam a conduta estatal. Desse modo, o costume administrativo só seria admissível enquanto *secundum legem*.

Thiago Marrara (2014b, p. 42) também menciona que os princípios da moralidade, da boa-fé objetiva, da proteção da confiança legítima e da proibição do “venire contra factum proprium”, embora sejam resguardados no ordenamento jurídico brasileiro, “não são capazes de alterar a natureza indicativa do costume administrativo e transformá-lo em fonte autônoma e de normas vinculantes para a Administração Pública”, porque o princípio democrático e o da legalidade, constitucionais que são, assumem a centralidade de toda a atuação administrativa, e por isso devem prevalecer.

Contudo, segundo explica García de Enterría sobre o costume no direito administrativo (2008, p. 75-76), este ramo do direito constitui uma ordem relacional, na qual se incluem diferentes sujeitos, para além da própria Administração Pública. Sendo a lei e as normas escritas uma das suas fontes, oriundas, em todo caso, do Poder Público, seria discriminatório e arbitrário não reconhecer a qualidade jurídica de normas advindas da prática, de cuja criação também participariam os administrados.

Na prática, desse modo, e em prestígio à boa-fé, haverá algumas possibilidades para a aplicação da *suppressio* e da *surrectio*, ainda que se considere a referida limitação do costume administrativo enquanto fonte. Serão situações nas quais existe dispositivo de lei sobre as mesmas, sendo que a

norma escrita não compreenderá a totalidade das circunstâncias possíveis, tampouco as nuances diversificadas que os fatos que ela toma por base de maneira geral na letra da lei poderão assumir na realidade.

2.5 Responsabilidade da Administração Pública pela violação à boa-fé

2.5.1 Noções principais da responsabilidade administrativa por violação à boa-fé

Considerando que a boa-fé, para além de um parâmetro estritamente legal, enquanto princípio geral de direito, impõe deveres jurídicos de conduta ao Poder Público, conforme já assentado nas considerações anteriores, é-nos dado inferir sobre a possibilidade de responsabilização do Estado pela conduta em afronta à boa-fé. E, por tabela, evidencia-se a possibilidade de impor-se a obrigação de fazer, ou não fazer, ao Estado, ou compensação pecuniária ao particular cuja posição jurídica foi afetada por tal violação positiva, em sede de responsabilização civil do Estado.

A Constituição Federal de 1988 consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado, sendo que a culpabilidade ou dolo dos seus agentes deverá ser apurado em ação regressiva, mencionada no §6º, do artigo 37 da Constituição Federal, e no artigo 122, §2º, da Lei nº 8.112/1990, sendo que, segundo Edmir Netto de Araújo (2010, p. 800), a “regressividade” consistiria numa obrigação do Estado, por conta do *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*.

Ainda segundo Araújo (2010, p. 787-788), as disposições constitucionais sobre responsabilidade civil do Estado são abrigadas pela “teoria do risco integral” ou pela “teoria do risco administrativo”, que dizem praticamente o mesmo para o autor, segundo a qual, se houve prejuízo a bem ou direito, existiu a vítima (ou sucessor legal), apurou-se que o sujeito da ação ou omissão danosa contra a

vítima é agente público no exercício de suas atribuições, e verificou-se que a causa traz em si a referibilidade ao Estado, este arcará com a indenização ao prejudicado, exceto se verificadas as excludentes de responsabilidade acima mencionadas, devendo o Estado, em caso de dolo ou culpa, acionar regressivamente o servidor responsável”.

A responsabilidade extracontratual do Estado tem, portanto, como pressupostos: o ato produzido por agente público, o dano, e o nexos causal. Não é preciso que o ato decorra de ilicitude ou de falha da máquina administrativa, conforme aponta Cahali (2012, p. 66), bastando que o mesmo seja “caracterizado como *injusto* para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo”. Este critério se fundamenta tecnicamente para a responsabilização do Estado quando o dano gerado por atividade lícita do Estado for anormal (isto é, gerar prejuízos maiores do que os comumente existentes na vida social) e especial (ou seja, dirigido a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, mas não a toda a coletividade).

Fernando Menezes de Almeida (2014, p. 152) explica o sentido da responsabilidade civil estatal nos seguintes termos: “quando se diz que o Estado é civilmente responsável, isso implica sua sujeição a uma sanção civil, ante o descumprimento de uma obrigação”. Em geral, busca-se a preservação da situação de boa-fé, em que Poder Público e particulares estejam coerentes com as mútuas expectativas de conduta, de modo a não haver comportamento contraditório ou violação da confiança de ambas as partes. Daí justificarem-se as teses de manutenção de efeitos fáticos de instrumentos (atos ou contratos) viciados, bem como se anularem procedimentos maculados pela quebra da boa-fé.

Todavia, casos há em que a violação da boa-fé perante o particular se fundamenta no interesse público, como no caso de modificação do planejamento estatal em determinado setor econômico. Nesses casos, em razão da possibilidade da frustração da boa-fé do particular, questiona-se se deve prevalecer o interesse público que justifica tal modificação, tendo como

decorrência o dever de indenização do particular, ou se se mantêm as condições anteriormente estabelecidas pelo planejamento. Esse questionamento será abordado nos itens seguintes.

A indenização, como de rigor, deverá compreender tanto os prejuízos consumados quanto os lucros cessantes. A título ilustrativo, imagine-se o planejamento federal que prevê a implantação de uma rodovia interestadual, com a justificativa expressa de promover o escoamento da produção de um determinado setor econômico. Imagine-se ainda que, por desdobramentos posteriores, não seja prioritário destacar recursos financeiros para tais obras, alterando, portanto, o planejamento estatal. Em virtude da primeira manifestação estatal, induziram-se os produtores daquele setor a mobilizar investimentos e realizar inúmeros dispêndios no sentido daquele planejamento original, no que tiveram suas expectativas frustradas. Trata-se, neste caso, das chamadas “promessas inequívocas” da Administração Pública, referida por Marrara (2012a, p. 226-227) como manifestação da autovinculação estatal, ou proibição dos comportamentos contraditórios da Administração. As promessas consistem na declaração unilateral do Estado em relação a algum fato ou medidas a que se compromete, desde que sejam verossímeis e condizentes com a lei, a moral e os princípios da atuação administrativa. Desse modo, poderão infundir a confiança dos administrados quanto a seu cumprimento.

Tome-se também o exemplo do participante vencedor em licitação cujo objeto não lhe foi adjudicado, nos termos do artigo 64 da Lei nº 8.666/1993. E, ainda, o caso de estudante contemplado com bolsa de estudos no exterior, que não a recebe de fato. Em tais casos, é razoável cogitar a compensação de tais particulares, desde que devidamente comprovados seus prejuízos e lucros cessantes.

A constatação dos parágrafos anteriores pode ser justificada com algumas considerações advindas da teoria da responsabilidade civil do Estado. Fernando Menezes de Almeida (2014, p. 155-160) expõe a evolução da concepção de

responsabilidade do Estado na França, de cujo ordenamento o Brasil recebeu os principais influxos na matéria, e onde se desenvolveu a noção de “*faute du service*”, “falta do serviço”, que, sob a égide da Escola do Serviço Público, seria equivalente à falta do Estado. A “*faute*” seria justamente o cometimento de uma ilegalidade pelo Estado. Posteriormente desenvolveu-se a noção da responsabilização independentemente da ocorrência da *faute*, mas diante de um sacrifício diferenciado de particular perante a coletividade – o que no direito alemão ganhou foros de “obrigação de indenizar” por *atos lícitos* que causassem danos diferenciados a um particular.

Por tal razão, havendo violação positiva da boa-fé, ao Poder Público recairão todas as decorrências de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Não se olvidam as posições dissonantes no sentido de que a violação à boa-fé não configuraria *a priori* todos os elementos necessários para a aplicação da teoria da responsabilidade civil do Estado. Com efeito, em muitas situações, como, por exemplo, quando a Administração altera seus planos para melhor atendimento do interesse público, ela atua em conformidade com o ordenamento jurídico, não se verificando um ilícito no caso, muito embora viole deveres da boa-fé. Desse modo, um dos elementos-chave para a responsabilização do Estado, qual seja, a ilicitude, não é observado. Neste ponto, chega-se ao objeto de que cuida o item seguinte.

2.5.2 Fundamentos da responsabilidade do Estado por violação à boa-fé

Conforme tratado brevemente no item anterior, ao considerar a violação da boa-fé como afronta a um dever positivo, pode-se constatar a ilicitude da conduta de antemão, ou, ainda, a responsabilização devida por ato lícito. Assim, suponha-se a situação na qual a Administração Pública sinalize inequivocamente no sentido de determinada medida, por exemplo, a abertura de um edital para contratação de determinados serviços, e que induza o particular a agir, reunindo

pessoal e recursos, realizado gastos, para fins de participar do procedimento de concorrência, e atendendo às exigências operacionais do edital. Imagine-se ainda que, verificadas irregularidades no procedimento prévio à abertura do edital, como, por exemplo, vícios de motivo do ato ou por erro da análise de viabilidade orçamentária, o procedimento licitatório seja invalidado, antes mesmo de seu encerramento. O particular que, de boa-fé, crendo na legalidade e legitimidade dos atos administrativos, sofreu danos em virtude de tal anulação, pelo fato de quebra da boa-fé, deverá ser indenizado?

Há motivos para se afirmar que sim. Nos clássicos termos da teoria da responsabilidade do Estado, deve-se constatar o dano sofrido pelo particular, bem como o nexo de causalidade com a conduta estatal danosa³¹⁷. Assim, ainda que tenha agido licitamente a Administração, como no caso de autotutela, extirpado do mundo jurídico atos eivados de vícios não convalidáveis, e, portanto, atendendo ao interesse público, a indenização será devida pelo fato de tratar-se de um ato que gerou danos, o que se fundamenta no “sacrifício particular” ou nos riscos da atividade³¹⁸. Observa-se que não se quer obrigar a Administração a efetivamente fazer a licitação desde o início, o que mesmo afrontaria o interesse público, mas sim em indenização do particular pela frustração da participação em procedimento licitatório.

Outra situação exemplificativa diz respeito à boa-fé na observância de prazos para restrição de direitos. Pode-se refletir a respeito considerando a

317 Lúcia Valle Figueiredo (2002, p. 72), ao tratar da responsabilidade estatal por rescisão contratual, aponta como fundamento “o interesse individual contraposto, na hipótese, ao da coletividade”. Assim, o interesse individual sacrifica-se em favor da coletividade. A autora sustenta como fundamento da licitude da atuação estatal a prerrogativa da Administração em anular ou revogar atos ilegais ou contrários ao interesse público, mencionando a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, de modo que as suas considerações valem-se da própria teoria da responsabilização do Estado em matéria de atos administrativos.

318 Nesse sentido, afirma Miragaya (2010, p. 202): “Fixada a juridicidade da conduta estatal que eventualmente frustra uma expectativa, a teoria da responsabilidade patrimonial do Estado poderia explicar o dever de indenizar com base em dois fatores atributivos: o risco e o sacrifício especial. O fator risco pode ser desde logo excluído, já que a frustração da confiança pode ocorrer em diversas atividades administrativas, não necessariamente naturalmente arriscadas. No entanto, a repartição dos ônus sociais pode fundamentar adequadamente o dever indenizatório nesses casos”.

hipótese do §5º do artigo 133, da Lei nº 8.112/1990³¹⁹. Sendo instaurado processo disciplinar para apuração da acumulação indevida de cargos, o servidor terá até 5 dias para realizar a opção por um deles, caso em que se presumirá sua boa-fé. Por isso, a autoridade que conduz o processo não poderá, sob pena de violação da boa-fé, desconsiderar tal prazo e proceder à aplicação da pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria. Supõe-se que referida violação poderá ocorrer de maneira mais frequente na hipótese de aditamento da defesa apresentada. Havendo a perda do cargo por tal infração, deve a Administração reintegrar o servidor, bem como indenizá-lo pelos prejuízos financeiros e quiçá morais sofridos.

Diante dessas considerações, repise-se que toda atuação administrativa é pautada no interesse público. Tal superprincípio do direito administrativo é afetado mais sensivelmente por inconveniências ou irregularidade de gastos públicos. Em razão disso, mais do que o exemplo do procedimento licitatório e do processo disciplinar, alterações na intervenção do estado no domínio econômico são mais explícitas na demonstração do conflito por vezes inconciliável entre boa-fé e interesse público. Tanto que, sobre o tema, dedicaram-se Almiro do Couto e Silva, Lúcia Valle Figueiredo e, mais recentemente, Edilson Pereira Nobre Júnior.

Em referido campo, fazem-se imprescindíveis algumas digressões sobre a boa-fé do Estado. Sabe-se que esse último atua na economia por meio de sua intervenção direta ou indireta. Na direta, assume o papel de empresário, enquanto agente da atividade econômica em competição com os demais. A intervenção indireta, por sua vez, admite a atuação do Estado como regulador (exercendo o poder de polícia), como fomentador de determinadas atividades econômicas (fornecendo subsídios, linhas creditícias, políticas fiscais mais benéficas, entre outras), bem como enquanto planejador e executor de políticas públicas de impacto no setor econômico.

A intervenção do Estado no domínio econômico, assim como cada aspecto,

319 *Ipsis literis*: “A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo”.

ainda que mais recôndito, do direito, submete-se à boa-fé e, por isso, é possível admitir que poderá haver situações de rompimento com os deveres da boa-fé, que, se gerarem danos, darão ensejo à responsabilização do Estado. No entendimento de Edilson Nobre Júnior (2002, p. 292), existem duas hipóteses referentes à presente questão: (i) modificação de normas indutivas e (ii) descumprimento das promessas estatais, “não divulgadas pela via normativa”.

A primeira hipótese diria respeito às normas que, ao invés de seguirem a clássica imposição de condutas cujo descumprimento acarreta sanção, incentivam e estimulam o comportamento e a tomada de decisão dos agentes econômicos. Para Nobre Júnior, trata-se de normas que “preveem incentivos creditícios e fiscais” (2002, p. 292).

No caso dessa primeira hipótese, a alteração das normas indutivas poderia gerar a responsabilização do Estado em caso de violação de boa-fé nos termos da teoria até então desenvolvida. Ora, se a indução de comportamento dos agentes econômicos resultar de ato normativo do Poder Público, e, em caso de alteração brusca das previsões ou mesmo revogação das mesmas por ato normativo, é de se aplicar a teoria desenvolvida para a revogação de atos administrativos e seus efeitos perante a boa-fé.

Outra hipótese de violação da boa-fé no campo de intervenção do Estado no domínio econômico refere-se ao descumprimento das promessas estatais. Essas seriam manifestações de representantes do Poder Público que não se revestiriam do aspecto de atos administrativos, normativos ou não, consistindo nas chamadas “*informal representations*”³²⁰. São, em suma, declarações de ação do Poder Público, por representantes deste, em tal sentido capaz de insuflar expectativas legítimas nos particulares, que os faz mobilizar recursos para tanto.

Tais manifestações informais devem sustentar uma aparência de

320 Tais promessas ou *representations* do Estado são fundamento para a doutrina do *estoppel*, pois geram expectativa de acerto ou cumprimento nos administrados. Nesse sentido, ver artigo intitulado *Never trust a bureaucrat* (1969). Sobre as expectativas substanciais legítimas, ver Biehler (2013), *Legitimate expectation- an odyssey*.

legitimidade e de efetiva viabilidade de implementação em face do representante do Poder Público que a expressa. Desse modo, o emissor do discurso deverá ser competente para a medida anunciada ou, ainda, ser a autoridade superior na área administrativa. Ademais, deve-se analisar a plausibilidade do anúncio, a qual pode ser aferida pelos agentes econômicos, digamos, “médios”, atuantes no ramo econômico ao qual a promessa se dirige.

Desse modo, a plausibilidade da declaração associada à autoridade daquele que a emite poderão gerar expectativas legítimas nos particulares, pela própria aparência de legitimidade que inspira, o que os levará ao abrigo da boa-fé. Em razão disso, sob tais condições, deverão ser compensados em caso de descumprimento de tais promessas.

O caso do planejamento estatal é muito relevante ao presente tópico por compreender de maneira complexa a atuação do Estado com implicações na responsabilização do mesmo por quebra da boa-fé. O plano, que é um dos possíveis instrumentos do planejamento, abrange, grosso modo, três espécies, conforme aponta e define Almiro do Couto e Silva (1987, p. 3): indicativos, incitativos e imperativos. Não se olvida que, diante da complexidade da atividade de planejamento estatal³²¹, bem como dos diversos procedimentos que conduzirão um ou outro tipo do mesmo, o plano, que é, reforça-se, um dos resultados possíveis do planejamento, poderá compreender mais de uma espécie, conforme aponta Thiago Marrara (2011, p. 17)³²². Cumpre, contudo, definir os

321 Segundo Thiago Marrara (2011, p. 7-8), o planejamento estatal compreende uma sequência alternada de procedimentos, que se iniciariam em instâncias legislativas, encaminhando-se para as instâncias administrativas, e resultados almejados (elementos objetivos do planejamento), assim como os sujeitos envolvidos na atividade planejadora, que dizem respeito tanto aos agentes estatais que a conduzem, como também particulares que dela participam na condição de colaboradores e interessados. Além da diversidade inerente a uma atividade planejadora sobre um mesmo objeto, a complexidade da matéria é exponenciada pela miríade de setores abrangidas pelo planejamento, que, segundo o mesmo autor (2011, p. 2-3), é consagrado como um mecanismo fundamental no Estado de Direito, para fins de definir as finalidades e ações voltadas às primeiras, proporcionando uma verdadeira organização da atividade estatal.

322 “[...] é possível que um mesmo plano contenha elementos normativos diferenciados, nem mesmo a classificação tradicionalmente proposta de planos imperativos (“*imperative Pläne*”), planos influenciadores (“*influenzierende Pläne*”) e planos indicativos (“*indikative Pläne*”) mostra-se capaz de indicar como potenciais conflitos jurídicos entre esses diferentes tipos de plano devem ser solucionados.” (MARRARA, 2011, p. 17).

componentes da classificação apontada pela utilidade que essa apresenta para o tema da responsabilidade do Estado por violação da boa-fé.

Feitos os esclarecimentos iniciais, passo às seguintes definições. Os planos indicativos consistem em dados meramente informativos, com projeções e prognósticos sem qualquer tipo de vinculação. Os incitativos buscam promover a atuação do particular em conformidade com as metas do plano e, para tanto, incentivam ou desestimulam tal ou qual atividade por meio de concessões tributárias ou burocráticas, ou ainda atuando positivamente na implementação de obras e fornecimentos de serviços. Por fim, os planos imperativos são aqueles com forma cogente e impositiva, sujeitando os particulares a seu cumprimento obrigatório, inclusive sob pena de sanções.

Havendo alteração nos planos incitativos ou imperativos será possibilitado, conforme aponta Couto e Silva (1987, p. 17), a indenização pela frustração das expectativas dos particulares. No entanto, como afirma o autor, para que se completem os requisitos para a responsabilização do Estado, é preciso que se demonstre a anormalidade e a especialidade do dano, “muito embora a responsabilidade por danos decorrentes da confiança esteja mais próxima da responsabilidade por atos ilícitos”.

O planejamento, por ser mecanismo dos objetivos estatais afeto às flutuações econômicas, deve, por sua própria natureza, ser mutável conforme o determine o interesse público, diferenciando-se dos contratos, que somente devem se extinguir uma vez inteiramente cumpridos³²³. Desse modo, é preciso observar mais atentamente as alterações no plano, a fim de que cada uma delas não acabe implicando, sem maiores questionamentos, a frustração de expectativas legítimas decorrentes da quebra de boa-fé. Ora, é necessário

323 Tal diferenciação é feita de maneira esclarecedora por Couto e Silva (1987, p. 13): “É óbvio, em primeiro lugar, que as relações que se estabelecem entre o Estado e os indivíduos, em virtude do plano, não são geralmente de natureza contratual. Parece também indiscutível que os planos, especialmente os econômicos, devem ser flexíveis e têm de adaptar-se a cada momento à realidade dos fatos, perpetuamente em mutação. Os planos, ou as medidas que os realizam, não de ser também mutáveis. Em princípio, não se reconhece, pois, direito à inalterabilidade dos planos”.

verificar a motivação³²⁴ da alteração por parte do Poder Público, para fins de análise da compatibilidade entre o contexto econômico, social e político com a mesma. Se houver compatibilidade ou mesmo inevitabilidade da alteração, sendo essa lícita, há de se ter cautela para acatar a alegação de violação de uma expectativa do particular.

Observa-se então que mesmo o ato lícito³²⁵ pode engendrar a responsabilização do Estado por violação à boa-fé, no caso da ruptura do planejamento, ainda que essa tenha ocorrido de forma lícita. Ora, se o particular demonstrar que sofreu um prejuízo maior e específico em relação a toda a coletividade que se sujeita às mudanças do plano, ele terá o direito de indenização. Se realizou investimento contando com a efetivação do planejamento, ele poderá alegar a tutela da sua confiança, em favor da responsabilização do Poder Público. Dessa forma, se a alteração no planejamento for admitida juridicamente, ainda assim, caberia sua responsabilização perante o particular nas circunstâncias do seu sacrifício específico em desigualdade frente à coletividade – tratar-se-ia de responsabilidade do Estado por ato lícito.

Em matéria contratual, o artigo 59, da Lei nº 8.666/1993 prevê que a anulação do contrato administrativo opera desde sua origem, tendo efeitos *ex tunc*. Desse modo, desconstituem-se os efeitos já produzidos e se impede a produção de efeitos futuros. Nesse sentido, entende também Salgado Filho (2006,

324 Lúcia Valle Figueiredo (1996, p. 106) já alertou sobre a necessidade de análise da motivação para fins de determinar-se a indenização ao particular ou, ainda, a exclusão de responsabilidade do Poder Público: “É por meio da motivação que será possível verificar a *razoabilidade*, a *congruência lógica* entre ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a *boa-fé* da Administração etc. E somente por meio desse controle é que poderemos verificar quais os danos *certos, especiais e anormais* resultantes do planejamento caso estejamos diante de atos lícitos, isso porque se estivermos diante de atos ilícitos, bastará a relação de causalidade e a não imputação ao lesado de culpa ou, então, a não ocorrência de força maior (excludentes da responsabilidade)”.

325 Fernando Menezes de Almeida (2014, p. 165-166) aponta, como crítica ao sentido de “lícito” na responsabilidade do Estado por ato lícito, que a ilicitude de um ato pode estar tanto na conduta como no resultado – ambos componentes do próprio ato. E desenvolve tal consideração para afirmar que, se houve resultado danoso, houve um ilícito, “pouco importando se a descrição abstrata da conduta, antes que se concretize, não corresponda a uma tipificação normativa de ilicitude” (p. 166).

p. 128), para quem haveria uma intercambialidade de tratamento a respeito da nulidade de contratos e atos administrativos.

Conforme tratarei adiante, em matéria de atos e contratos administrativos, pode ocorrer a impossibilidade de anular seus efeitos de fato já consolidados. Em razão disso, afirma-se ser necessário, havendo uma nulidade, “exercer um juízo de ponderação dos interesses em jogo pela aplicação do princípio da proporcionalidade” (SALGADO FILHO, 2006, p. 129).

Ainda, nos termos do parágrafo único do artigo 59, da Lei nº 8.666/1993, deve ser o particular indenizado pelo quanto executado e pelo que deixou de ganhar com a contratação (lucros cessantes), desde que não tenha dado causa à rescisão contratual.

O fundamento da obrigação de o Estado indenizar o particular encontra-se, na hipótese aventada no parágrafo anterior, no fato jurídico de prestações realizadas e entregues à Administração, sendo, portanto, consolidadas, e obtidas a partir de dispêndios do patrimônio do particular. Assim, e no entendimento de Salgado Filho (2006, p. 133), a indenização, e não mais contraprestação (porque não advém de um contrato, uma vez rescindido), decorre de uma situação de fato.

Há, contudo, hipótese que mitiga a responsabilidade do Estado, qual seja, a culpa exclusiva ou concorrente do particular. Esse é o teor veiculado pelo parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, que sinaliza para a verificação da má-fé do particular contratado. Salgado Filho encontra na boa-fé o fundamento para a indenização pelos serviços efetivamente prestados, desde que não evidenciada a boa-fé. De outro lado, havendo má-fé o particular sequer poderá apoiar sua pretensão de ressarcimento na proibição de enriquecimento ilícito da Administração.

Diante disso, em termos de responsabilidade do Estado, o particular deve comprovar os danos e o nexos causal com a violação da boa-fé, assim como em todos os demais casos de responsabilização do Estado por tal razão,

demonstrando também o rompimento com suas expectativas legítimas³²⁶. Desse modo, se a mobilização de recursos financeiros realizou-se sob a influência determinante do ato normativo, administrativo ou contratual do Poder Público, o que deverá comprovar-se na prática, o particular poderá obter indenização ou, ainda, alguma outra medida compensatória, desde que não tenha corroborado ou dado causa à violação em questão.

Algumas notas são necessárias a respeito da responsabilidade pré-contratual do Estado, ou seja, aquela que se configura antes mesmo de firmado o contrato, e que pode abranger tanto a licitação (na hipótese de não ocorrer a adjudicação do objeto contratual) como as tratativas em dispensa ou inexigibilidade de licitação. Para Almiro do Couto e Silva (1987, p. 164-165), a responsabilidade do Estado derivaria diretamente, em tais casos, da boa-fé, tendo em vista que o desinteresse de qualquer potencial contratante que implicasse rompimento das tratativas e posterior responsabilização afligiria gravemente a liberdade contratual. Por isso, deve-se ponderar a geração de expectativas fundadas nas partes, de modo a caracterizar sua boa-fé, para haver a responsabilidade pré-negocial.

O autor afirma que tanto os interesses negativos (gastos para a participação nas negociações e procedimentos pré-contratuais) como os interesses positivos (expectativas de lucro com o negócio) devem ser indenizados em caso de ruptura das tratativas pré-negociais por parte do Poder Público, nas circunstâncias em que a confiança e as expectativas do cidadão tenham efetivamente existido. Haveria previsão da responsabilidade estatal em tais hipóteses nos artigos 49 e 59 da Lei nº 8.666/1993.

³²⁶ Optei por simplificar o raciocínio e inserir os casos de responsabilização do Estado por quebra da boa-fé em matéria de intervenção no domínio econômico na teoria geral sobre a responsabilização por quebra de boa-fé. Divergindo de tal opção, Nobre Júnior trata especificamente dos casos de planejamento econômico como um capítulo à parte em matéria de boa-fé no direito administrativo e minudencia todos os elementos envolvidos na responsabilização do Estado em tal área, em esforço bastante esclarecedor, o que deve atender às condições seguintes: “a) existência de uma norma indutiva que incide de tal forma os particulares a determinado empreendimento, o qual não se teria realizado caso aquela não tivesse existido; b) não realização das condições previstas na norma; c) ocorrência de um dano; d) conexão entre o descumprimento da norma e o dano.”.

Note-se que o artigo 59, parágrafo único, prevê que a indenização deverá compor-se pelo quanto efetuado do contrato e “outros prejuízos regularmente comprovados”. Este adendo final representa uma novidade em relação ao Decreto-lei nº 2.300/86, que somente previa a indenização pela parcela realizada do contrato. Desse modo, como afirma Couto e Silva (1987, p. 167), este acréscimo, pressupondo que não seja destituído de finalidade, fundamenta a indenização pelos interesses positivos do particular.

Entende ainda Couto e Silva (1987, p. 167) que as exceções a essa afirmação seriam os casos de impossibilidade jurídica ou fática do objeto da licitação ou do contrato, em que o cumprimento do mesmo seria inviabilizado *per se*, e, portanto, somente os interesses negativos (aqueles decorrentes da frustração do contrato) deveriam ser indenizados. No entanto, se a anulação decorrer de erro no procedimento ou alguma irregularidade que poderia ser evitada pela Administração, tanto o interesse negativo como o positivo (as expectativas de lucro com o contrato) deverão ser indenizados, incluindo o ressarcimento pela perda de uma chance (referente ao contrato não executado e aos contratos que poderia ter firmado no lugar do contrato frustrado).

Tendo tais considerações em vista, pode-se concluir que a situação de boa-fé deverá ser mantida nas situações em que, quando possível, ainda que haja ilegalidade, não conflite de maneira inconciliável com o interesse público. Em caso de afronta a esse, a situação esperada conforme a boa-fé perecerá em favor de toda a coletividade, mas o dever de indenização será devido. Por outras palavras, a responsabilidade do Estado por quebra da boa-fé dará lugar à compensação, indenizatória ou mandamental, do particular, que será abordada mais detidamente no item seguinte.

2.5.3 A compensação

Firma-se entendimento no sentido de que a violação à boa-fé gerará dever de compensação, desde que o particular também tenha agido de boa-fé, isto é, desde que o particular não tenha dado causa à situação que provocou o dano. Contudo, a indenização não é a única, nem a mais importante forma de compensação. Por isso, e especialmente como maneira preventiva aos prejuízos decorrentes da quebra da boa-fé, podem-se adotar medidas mitigadoras dos danos, o que se impõe, inclusive, como um dever de boa-fé.

Primeiramente, tratar-se-á da indenização. Já se mencionou que o *quantum* indenizatório deverá abranger tanto os prejuízos emergentes quanto os lucros cessantes. O quantitativo deverá ser cabalmente demonstrado pelo particular. Ademais, uma vez verificada a quebra da boa-fé, por imperativos de interesse público, deve o particular cessar ou diminuir ao máximo os gastos que produziria em virtude da conduta que esperava do Poder Público.

Esse representa um dever e ao mesmo tempo um limite para a indenização do administrado, que se consubstancia na teoria do “*duty to mitigate the loss*” (dever de mitigar o próprio dano), considerado um corolário da boa-fé objetiva. Por força disso, deve o particular, por exemplo, cessar as obras ou os serviços pactuados com o Poder Público, ao invés de continuá-las e propagar os custos dispendidos.

Outro exemplo relacionado ao *duty to mitigate the loss* é emprestado como contraponto ao quanto exposto por Cahali (2012, p. 293). O autor expõe o caso de um particular que, após expedição da declaração de utilidade pública para fins de desapropriação de seu imóvel, nele realiza construções e benfeitorias voluptuárias. Segundo explica o autor, “enquanto o expropriante não estiver regularmente emitido na posse da coisa expropriada, o proprietário pode usar dela em toda a plenitude de seu domínio”, o que torna lícito, inclusive, construir o que for de sua vontade sobre o terreno declarado de utilidade pública, “porque o

decreto de desapropriação não tem o condão de impedir o exercício do direito de propriedade”.

O autor afirma que, em função de a declaração de utilidade pública sobre bem privado não impedir o exercício do direito de propriedade, e, por isso, não ser obstáculo à emissão de alvará de construção, deve o Estado ser obrigado a reparar os danos, em virtude da restrição indevida ao direito de propriedade, caso referido alvará tenha sido negado. A doutrina do dever de mitigar o próprio dano, contudo, possibilita inferências em sentido contrário, pois se mostra como dever de boa-fé imposto ao potencial desapropriado antever os danos decorrentes da indenização e, portanto, procurar mitigá-los, e não destacar seu patrimônio para, posteriormente, compor e aumentar a indenização decorrente da desapropriação. Pode configurar até mesmo um ato contraditório da Administração ao declarar a desapropriação de um imóvel em certo estado para, posteriormente, permitir, por alvará de construção, que o particular nele realize mudanças significativas.

Além disso, a ação de má-fé do particular, comprovada pelo Poder Público, que gerou a suposta ruptura da confiança, configura causa suficiente para isentar o mesmo da obrigação de compensá-lo. Desse modo, admite-se o enriquecimento da Administração na hipótese de um contrato cuja causa da rescisão tenha partido do particular contratado, nos termos do já mencionado parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993.

A propósito da má-fé do particular, que eximiria o Poder Público de indenizá-lo, para Almiro do Couto e Silva (1987, p. 167), as disposições da responsabilidade do Estado previstas nos artigos 59 e 49 da Lei nº 8.666 seriam inconstitucionais, pois impõem limitações à responsabilização do Estado, matéria esta que, segundo ele, estaria prevista sem abertura para restrições do legislador ordinário na CF, art. 37, §6º. Como o constituinte não apôs a clássica fórmula “nos termos da lei” em referido dispositivo, o autor entende que a lei não poderia estabelecer restrições à responsabilidade do Estado e a mesma deve ser aplicada da forma mais ampla possível. Por isso, tanto a anulação/revogação do contrato,

quanto a anulação do procedimento licitatório, ensejariam a indenização pelos interesses positivos e negativos do particular. Note-se que o autor procura um fundamento comum para a responsabilidade geral, ou seja, tanto contratual como extracontratual, no dispositivo constitucional mencionado.

De outro lado, para além da compensação indenizatória, existem as medidas transitórias, prévias à implementação da mudança de conduta do Poder Público. Por isso, filiando-me ao entendimento de Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 302)³²⁷, entendo que as medidas compensatórias decorrentes de violação da boa-fé por parte do Estado não se resumem à indenização pecuniária. Deve-se procurar primeiramente, sempre que possível, ainda que por meios diferentes do original, restaurar-se a situação esperada pela boa-fé. Por exemplo, em caso de alteração de zoneamento, ao manter-se a autorização de funcionamento de determinados estabelecimentos empresariais lá presentes há mais tempo, em caso da mesma ordem do apresentado no exemplo do item 2.4.6.

Nesse sentido, distinguem-se duas situações. Nas hipóteses em que nada reste ao Poder Público, ao perscrutar o interesse público, a não ser a revogação ou alteração completa do comportamento anterior que inspirou a expectativa do particular, deve-se aplicar a compensação indenizatória. Do contrário, entende-se que, de fato, deve o Poder Público efetivamente tomar medidas que amenizem ou mesmo eliminem a violação à boa-fé, tais como normas transitórias.

Por meio de tais medidas, os impactos financeiros e estratégicos nos particulares serão menores e a previsibilidade do comportamento estatal garantirá

³²⁷ No tocante a esta questão, apresento um contraponto referente a apenas um aspecto. Nobre Júnior (2002, p. 302) afirma que ao particular deve-se assegurar a medida conforme as suas expectativas de boa-fé. De outro lado, conforme assinalo no texto, entendo que se deve ponderar a predominância do interesse público frente à boa-fé. Se o prejuízo ao interesse público for irrelevante ou mesmo inexistente, somente então se tem lugar para cogitar a manutenção das condições prévias à mudança de conduta estatal. Todavia, referida preservação poderá representar, aos olhos da sociedade, uma espécie de privilégio aos que se beneficiaram com as condições jurídicas decorrentes, tal como afirmou Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 235), desvantagem essa não existente no caso da solução meramente indenizatória: "A manutenção de uma regra antiga pode, por conta de um possível esquecimento quanto ao que fundamentou a diferenciação de tratamento, gerar uma sensação de que alguns indivíduos possuem tratamento indevido".

que a potencial quebra da boa-fé seja neutralizada ou diluída. Assim, evitar-se-á a ampla litigiosidade em tal matéria.

Uma solução nesse sentido seria a implantação de uma espécie de alteração “por etapas” de uma conduta estatal. Assim, por exemplo, havendo norma administrativa benéfica em vigência de matéria administrativa, mas, sendo ela válida apenas por determinado prazo ou circunstância³²⁸, ou ainda, sendo ela revogada por interesse público, podem-se estabelecer critérios para a transição à norma revogadora. Tais critérios poderão referir-se à aplicação paulatina a um número cada vez mais geral de hipóteses, ou, ainda, estipular uma regra diferenciada de transição, que componha elementos de uma prescrição e outra. Tudo dependerá das circunstâncias casuísticas, bem como da técnica regulatória do legislador ou mesmo do administrador público³²⁹.

2.6 Análise de jurisprudência

Traçadas as considerações teóricas mais gerais, o presente item tratará da análise empírica também a partir de uma perspectiva mais geral, com os dados obtidos sobre a boa-fé em matéria de direito administrativo.

2.6.1 A construção da amostra

Optou-se pela pesquisa de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), principalmente, em virtude do acesso e do manuseio facilitados (permitindo-se inclusive o emprego dos

328 Conforme mencionou Miragaya (2010, p. 206).

329 Em hipóteses nas quais tenha se operado a chamada “deslegalização”, que, em suma, define-se como a transferências de competências regulatório-normativas da legislação para a atividade administrativa. Desse modo, também normas administrativas poderão ser alteradas mediante etapas de transição, determinadas pelo membro do Poder Público competente.

operadores booleanos), bem como do conhecimento do modo de composição das bases eletrônicas³³⁰. Além disso, é de se esperar que o material encontrado nas cortes de justiça apresente maior diversidade de casos sobre a boa-fé em direito administrativo, diferentemente do que deve ocorrer com os decisões sobre o tema dentro de um órgão específico da Administração, por exemplo, o TCU ou o CADE, em virtude de sua função especializada. Assim, o espectro de decisões variantes permite traçar um perfil mais amplo do que se discute em matéria de boa-fé e direito administrativo.

Considerando a base teórica anteriormente exposta, bem como os termos booleanos admitidos na pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos do STF e do STJ, alguns parâmetros de busca pertinentes³³¹ foram utilizados em ambos

330 Vide Babinski et al. (2014), em artigo intitulado “A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça”, publicado na Revista de Estudos Empíricos em Direito.

331 Foram utilizados os parâmetros para busca: Boa-fé mesmo Administração adj Pública; Boa-fé mesmo direitos de busca que seguem: o adj administrativo; Boa-fé mesmo serviço adj público; Boa-fé mesmo servidor adj público; Boa-fé mesmo contrato adj administrativo; Boa-fé mesmo ato adj administrativo; Boa-fé mesmo autotutela; Boa-fé mesmo processo adj administrativo; Boa-fé mesmo planejamento; Funcionário adj fato mesmo Administração adj Pública; Funcionário adj fato mesmo direito adj administrativo; Funcionário adj fato mesmo serviço adj público; Funcionário adj fato mesmo servidor adj público; Funcionário adj fato mesmo ato adj administrativo; Funcionário adj fato mesmo processo adj administrativo; Tu adj quoque mesmo Administração adj Pública; Tu adj quoque mesmo direito adj administrativo; Tu adj quoque mesmo serviço adj público; Tu adj quoque mesmo servidor adj público; Tu adj quoque mesmo contrato adj administrativo; Tu adj quoque mesmo ato adj administrativo; Tu adj quoque mesmo autotutela; Tu adj quoque mesmo processo adj administrativo; Tu adj quoque mesmo planejamento; Ato adj próprio mesmo Administração adj Pública; Ato adj próprio mesmo direito adj administrativo; Ato adj próprio mesmo serviço adj público; Ato adj próprio mesmo servidor adj público; Ato adj próprio mesmo contrato adj administrativo; Ato adj próprio mesmo ato adj administrativo; Ato adj próprio mesmo autotutela; Ato adj próprio mesmo processo adj administrativo; Ato adj próprio mesmo planejamento; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo Administração adj Pública; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo direito administrativo; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo serviço adj público; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo servidor adj público; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo contrato adj administrativo; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo ato adj administrativo; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo processo adj administrativo; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo autotutela; Venire adj contra adj factum adj proprium mesmo planejamento; Exceptio adj doli mesmo Administração adj Pública; Exceptio adj doli mesmo direito adj administrativo; Exceptio adj doli mesmo serviço adj público; Exceptio adj doli mesmo servidor adj público; Exceptio adj doli mesmo ato adj administrativo; Exceptio adj doli autotutela; Exceptio adj doli mesmo processo adj administrativo; Exceptio adj doli mesmo contrato adj administrativo; Exceptio adj doli mesmo planejamento; Nulidade adj formal mesmo Administração adj Pública; Nulidade adj formal mesmo direito adj administrativo; Nulidade adj formal mesmo serviço adj público; Nulidade adj formal mesmo servidor adj público; Nulidade adj formal mesmo ato adj administrativo; Nulidade

para a pesquisa de acórdãos.

Além disso, também se restringiram os resultados para a pesquisa por acórdãos julgados a partir de 01/02/1999, data de publicação (e vigência) da Lei nº 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal (LPA). A restrição mencionada se justifica, pois, conforme já visto, referido diploma, ao positivar expressamente a boa-fé nos artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso II, atuou como catalisador para a consolidação da boa-fé como um vetor a ser considerado nas relações de direito administrativo, seja quanto à Administração Pública, seja

adj formal autotutela; Nulidade adj formal mesmo processo adj administrativo; Nulidade adj formal mesmo contrato adj administrativo; Nulidade adj formal mesmo planejamento; Abuso adj2 direito mesmo Administração adj Pública; Abuso adj2 direito mesmo direito adj administrativo; Abuso adj2 direito mesmo serviço adj público; Abuso adj2 direito mesmo servidor adj público; Abuso adj2 direito mesmo ato adj administrativo; Abuso adj2 direito autotutela; Abuso adj2 direito mesmo processo adj administrativo; Abuso adj2 direito mesmo contrato adj administrativo; Abuso adj2 direito mesmo planejamento; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo Administração adj Pública; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo direito adj administrativo; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo serviço adj público; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo servidor adj público; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo ato adj administrativo; Exercício adj abusivo adj2 direito autotutela; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo processo adj administrativo; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo contrato adj administrativo; Exercício adj abusivo adj2 direito mesmo planejamento; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo Administração adj Pública; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo direito adj administrativo; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo serviço adj público; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo servidor adj público; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo ato adj administrativo; Exercício adj inadmissível adj2 direito autotutela; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo processo adj administrativo; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo contrato adj administrativo; Exercício adj inadmissível adj2 direito mesmo planejamento; Suppressio mesmo Administração adj Pública; Suppressio mesmo direito adj administrativo; Suppressio mesmo serviço adj público; Suppressio mesmo servidor adj público; Suppressio mesmo ato adj administrativo; Suppressio autotutela; Suppressio mesmo processo adj administrativo; Suppressio mesmo contrato adj administrativo; Suppressio mesmo planejamento; Verwirkung mesmo Administração adj Pública; Verwirkung mesmo direito adj administrativo; Verwirkung mesmo serviço adj público; Verwirkung mesmo servidor adj público; Verwirkung mesmo ato adj administrativo; Verwirkung autotutela; Verwirkung mesmo processo adj administrativo; Verwirkung mesmo contrato adj administrativo; Verwirkung mesmo planejamento; Caducidade mesmo Administração adj Pública; Caducidade mesmo direito adj administrativo; Caducidade mesmo serviço adj público; Caducidade mesmo servidor adj público; Caducidade mesmo ato adj administrativo; Caducidade autotutela; Caducidade mesmo processo adj administrativo; Caducidade mesmo contrato adj administrativo; Caducidade mesmo planejamento; Surrectio mesmo Administração adj Pública; Surrectio mesmo direito adj administrativo; Surrectio mesmo serviço adj público; Surrectio mesmo servidor adj público; Surrectio mesmo ato adj administrativo; Surrectio autotutela; Surrectio mesmo processo adj administrativo; Surrectio mesmo contrato adj administrativo; Surrectio mesmo planejamento; Erwirkung mesmo direito adj administrativo; Erwirkung mesmo serviço adj público; Erwirkung mesmo servidor adj público; Erwirkung mesmo ato adj administrativo; Erwirkung autotutela; Erwirkung mesmo processo adj administrativo; Erwirkung mesmo contrato adj administrativo; Erwirkung mesmo planejamento; Improbidade mesmo boa-fé.

quanto ao cidadão que com ela trava seus direitos ou deveres. A lei mencionada representa, pois, um verdadeiro marco para a teoria da boa-fé no direito administrativo brasileiro.

Os parâmetros de busca foram efetivamente empregados nos sítios dos tribunais superiores em 11 e 12 de fevereiro de 2016. Considerando a totalidade dos resultados de busca, foram encontrados, ao todo, 1.158 (mil cento e cinquenta e oito) acórdãos, com os resultados obtidos de ambas as Cortes. Desses, foram eliminados da base de acórdãos aos quais se aplicou o instrumento de coleta de dados aqueles que:

- (i) Repetissem-se;
- (ii) Não tratassem da boa-fé no direito administrativo;
- (iii) Os agravos regimentais e embargos declaratórios;
- (iv) Os que abordassem exclusivamente matéria penal ou tributária.

As exclusões não foram gratuitas. Prestaram-se não apenas à viabilização da pesquisa – de execução individual – de extensa amostra, como também à racionalização da análise para a seleção de material de conteúdo argumentativo útil e mais extenso. Além disso, priorizam-se as decisões resultantes da deliberação colegiada e não monocrática, o que reflete mais fielmente a posição institucional sobre a boa-fé no direito administrativo.

Desse modo, também não se consideraram as decisões em embargos declaratórios, por força de sua finalidade enquanto instrumento processual que visa sanar obscuridades e contradições, e não discutir teses de direito ou resolver a lide. De outro lado, também os agravos regimentais não foram considerados, por serem instrumentos que se prestam ao inconformismo de decisões monocráticas, as quais não são resultantes da deliberação do órgão colegiado.

Ao todo, após as eliminações com base nos critérios mencionados, bem como suprimindo as repetições e sobreposições de números de acórdãos, o

instrumento de coleta de dados foi aplicado a 265 acórdãos, 235 oriundos do STJ e 30 do STF.

2.6.2 A coleta de dados

O instrumento de coleta de dados, ou *case brief*, constante do apêndice no volume II deste trabalho, contemplou as seguintes variáveis de pesquisa (ou indicadores):

(a) Tribunal Superior do qual provém o acórdão: a pesquisa se restringiu à análise da jurisprudência no Superior Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. A identificação de qual das Cortes é oriundo o acórdão é relevante não só para que se possa identificar a origem do acórdão e, assim, retornar à sua consulta, como também para se perquirir eventuais perfis diversos do tratamento de ambas em relação à boa-fé no direito administrativo;

(b) Número do acórdão, classe de instrumento processual, relator, data de julgamento, polo do Poder Público, polo contrário ao Poder Público: tais dados prestam-se à caracterização processual do acórdão, a fim de identificá-lo e possibilitar sua remissão consultiva. Ademais, os dados referentes à caracterização do polo oposto ao Poder Público em pessoa física ou jurídica permitirão compor de maneira mais clara a caracterização do caso sobre o qual se debruça a decisão judicial colegiada das cortes. Quanto à data, pelo seu registro, será possível verificar uma modificação ou não do tratamento da boa-fé ao longo do tempo.

(c) Ementa e tema: Tais variáveis relacionam-se à caracterização material do acórdão analisado. A ementa de cada um foi copiada integralmente, para fins de enquadramento prévio em alguma categoria de matéria tratada na decisão. São dados fundamentais para se verificar o contexto real em que se insere o emprego da boa-fé na decisão.

(d) Classificação em boa-fé subjetiva ou objetiva: aqui, valendo-se dos marcos teóricos em termos de classificação da boa-fé, procurou-se qualificar os diversos empregos da mesma nas categorias divididas pela doutrina entre subjetiva e objetiva. Desse modo, pôde-se verificar quantitativamente e, atrelado às demais variáveis, as inferências qualitativas de tal classificação.

(e) Classificação quanto à função retrospectiva ou prospectiva: tal variável relaciona-se ao teste de hipótese referente às categorias de função retrospectiva ou prospectiva da boa-fé. Assim como a variável exposta no item anterior (d), procura-se caracterizar quantitativa e qualitativamente o objeto desta pesquisa.

(f) Modo de atuação administrativa na qual se aplica a boa-fé: com o registro de tal informação, procura-se mensurar mais precisamente em qual dos marcos teóricos se insere o tratamento da boa-fé no caso concreto. Tal categorização se faz em conformidade com a chave de análise teórica proposta nos capítulos 3, 4 e 5, ou seja, referentemente aos modos mais elementares de atuação administrativa: ato administrativo (ao qual se acresceu, em virtude de sua repetição representativa ao longo da amostra, as subcategorias dos atos frente a servidor público, concurso público, e atos de improbidade), contrato administrativo e processo administrativo.

(g) Outros princípios ou institutos que figuram ao lado da boa-fé: com esta variável pretende-se verificar se a boa-fé é empregada como argumento suficiente à decisão ou se é aplicada de maneira conjugada a outros institutos ou princípios. Os dados oferecerão inferências relativas ao próprio conteúdo da boa-fé, pois, como se viu na parte teórica deste trabalho, grande parte da doutrina aborda a boa-fé como consectário, origem, gênero, espécie ou congênere de outros princípios (notadamente os da confiança legítima, segurança jurídica e moralidade).

(h) Aplicação das figuras parcelares da boa-fé: registraram-se todas as menções expressas a qualquer das figuras parcelares da boa-fé para que se pudesse analisar o emprego das mesmas frente a todas as demais variáveis

anotadas. Com isso, será possível também obter dados relevantes para a composição do quadro de inferências sobre o significado na prática das figuras parcelares.

(i) Função da boa-fé empregada: de maneira análoga a outras variáveis, esta se apoia nas premissas teóricas traçadas em capítulos anteriores e que buscam delimitar o sentido da boa-fé, desta vez, frente à sua aplicação na prática. Por conseguinte, será possível aferir o alcance e traçar o quadro empírico das funções da boa-fé (interpretativa, criadora ou limitadora), o que contribuirá para o entendimento prático do conteúdo da boa-fé em matéria de direito administrativo.

(j) Aplicação da boa-fé em benefício do Poder Público ou do particular: esta variável demonstrará se a boa-fé é mecanismo aplicado em favor do cidadão ou se é expediente empregado em favor do Estado. Em termos mais concretos, isso significará se a boa-fé se presta à promoção da legalidade e do interesse público ou em favor dos direitos fundamentais do cidadão, tensão essa que foi abordada em capítulo introdutório.

(k) Princípios e regras frente aos quais a boa-fé é ponderada: o registro dos dispositivos legais ou dos princípios jurídicos em tensão com a boa-fé procura apresentar o quadro prático da hipótese teórica exposta segundo a qual a boa-fé (desde suas origens) funciona como elemento de flexibilização da letra da lei. Além disso, sua ponderação frente a princípios também demonstra em quais circunstâncias decisórias predominou, ou não, a boa-fé.

(l) Inserção da boa-fé no *ratio decidendi* ou no *obiter dictum*: esta variável permite mensurar a relevância da boa-fé para a decisão em matéria de direito administrativo, de tal forma que pode também indicar o seu emprego meramente retórico ou como determinante para a questão.

(m) Menção da doutrina (título citado, nome do autor e sua nacionalidade): os contornos práticos da boa-fé não se definem exclusivamente à luz do caso concreto, sem qualquer concepção prévia do instituto. Assim, os dados aqui tratados permitirão verificar se o emprego prático da boa-fé parte de noções

doutrinárias, isto é, se a jurisprudência recepciona ou não os conceitos da doutrina sobre a boa-fé em direito administrativo.

(n) Menção de precedentes nas razões de decidir e precedente principal: de maneira semelhante à variável anterior (n), esta busca registrar uma das fontes para as concepções da boa-fé, qual seja, a própria jurisprudência. Em nível mais específico, registra-se também se algum julgado foi usado como paradigma ou como argumento central para a decisão (precedente principal).

(o) Observações: este campo não necessariamente foi preenchido em todas as análises dos acórdãos. Isso porque é reservado a curiosidades e aspectos proeminentes ou únicos relativos ao acórdão.

2.6.3 Resultados

Do total de acórdãos analisados, 162 apresentavam a boa-fé em sua dimensão retrospectiva, isso é, voltada à estabilização de relações jurídicas consolidadas. 74 acórdãos (sendo apenas 5 proferidos no STF) apresentavam a dimensão prospectiva da boa-fé e apenas 9 demonstraram o tratamento de ambas as dimensões – curiosamente, praticamente todos do STJ (e apenas 1 no STF³³²). Tais dados podem ser sintetizados no gráfico abaixo:

332 Os acórdãos aos quais essa classificação foi inaplicável referem-se àqueles em que a boa-fé empregou-se em sua dimensão subjetiva.

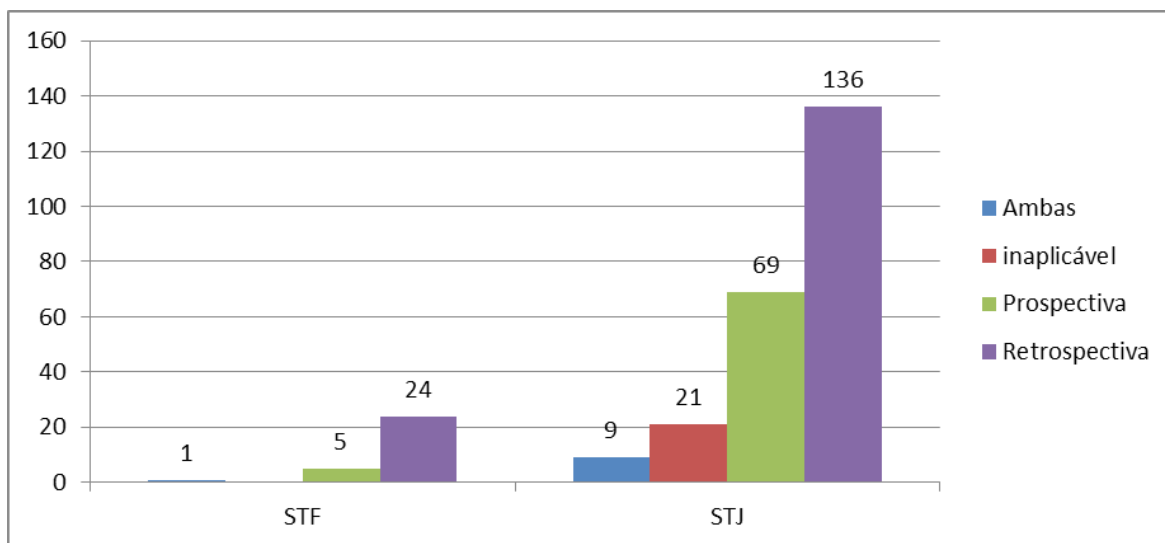


Gráfico 1 – Boa-fé prospectiva ou retrospectiva no STF e STJ

A partir de tais dados, pode-se inferir que o STJ aparenta, no horizonte da boa-fé, uma postura mais progressista, pois, proporcionalmente, aborda mais ou quase exclusivamente a dimensão prospectiva da boa-fé. A assertiva anterior não significa, em absoluto, que o STF adote uma postura mais conservadora no que toca à aplicação da boa-fé. Ora, em diversas situações o funcionamento retrospectivo do mesmo atua de encontro à letra expressa de lei ou outra forma normativa de força vinculante, tal como no caso de irrepetibilidade de verbas indevidas pagas pelo Poder Público a seus agentes.

Constataram-se, ao todo, 20 ocorrências da boa-fé subjetiva, havendo 230 ocorrências registradas da boa-fé objetiva, e 15 de ambas as dimensões.

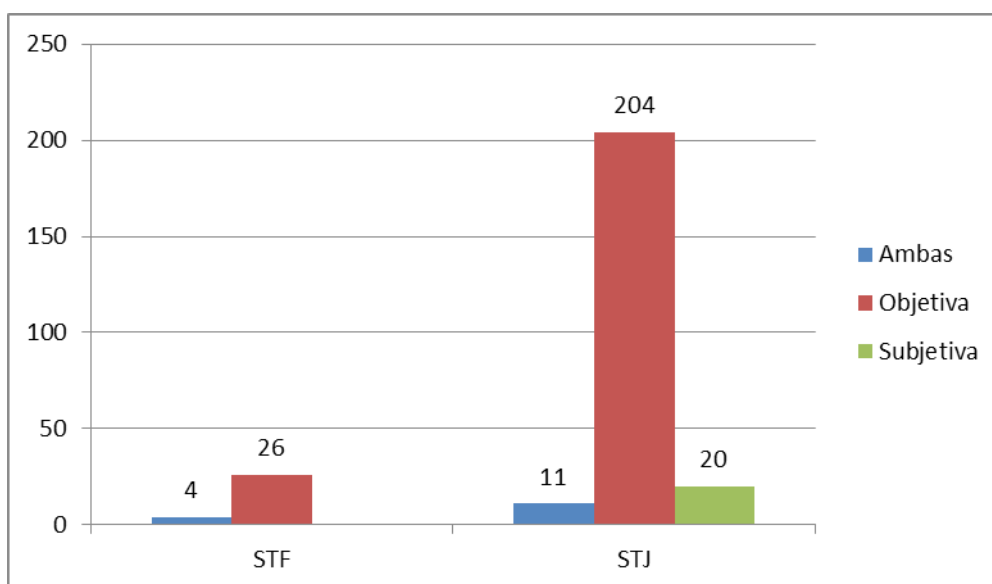


Gráfico 2 - Boa-fé subjetiva, objetiva ou ambas no STF e no STJ

Por outro lado, como se pode denotar do gráfico acima, a faceta subjetiva – mais tradicionalmente evocada no imaginário popular – da boa-fé é também abordada exclusivamente em acórdãos do STJ. Desse modo, é possível supor que esse tribunal superior reúne, simultaneamente, em seus acórdãos o que há de mais novo e inventivo em matéria de boa-fé em direito administrativo, bem como as abordagens tradicionais e mais difundidas na opinião das pessoas (compreensão essa que diz respeito ao sentido da boa-fé subjetiva).

Observa-se que o maior emprego da versão retrospectiva da boa-fé, em comparação com a prospectiva e a subjetiva, revela dois importantes achados. O primeiro deles diz respeito ao uso mais difundido na jurisprudência do sentido mais próximo ao da segurança jurídica e menos do sentido criativo da boa-fé. Esse último seria, conforme exposto na base teórica, um dos trunfos do objeto desta pesquisa, com a criação de deveres não previstos, ao menos não expressamente, na lei, no contrato, no ato, ou em qualquer modo de atuação da Administração Pública.

O segundo aspecto desmistificador refere-se à menor proporção de uso da boa-fé subjetiva em relação à objetiva. Supunha-se que o sentido subjetivo, cristalizado tal como hoje desde as instâncias canônicas, seria o mais difundido,

tendo em vista seu papel decisivo na caracterização de um importante tema em direito administrativo, o da improbidade administrativa.

O ato predominou como o modo de atuação administrativa mais frequente na amostra analisada (227 ocorrências), sendo que, dessas, 88 ocorrências podem ser consideradas como atos em relação da Administração com seu servidor público. A segunda maior proporção é representada pelo contrato (29 ocorrências), seguida pelo processo (9 ocorrências). A proporção registrada dos modos de atuação administrativa pode ser visualizada no gráfico abaixo:

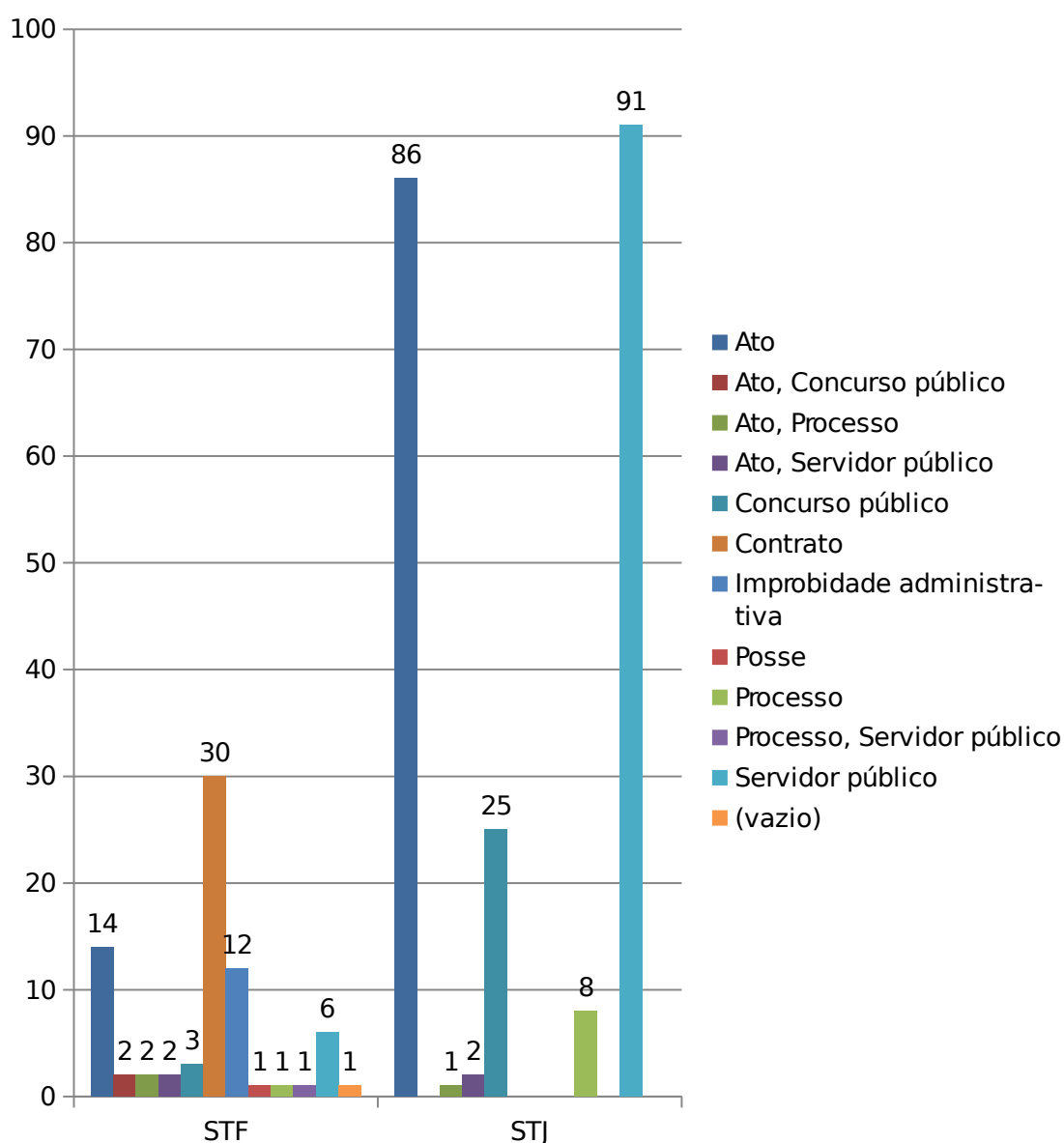


Gráfico 3 - Qual o modo de atuação administrativa em que se aplica a boa-fé?

Em termos de relevância para a decisão, em 188 acórdãos a boa-fé foi empregada como *ratio decidendi* e em 77 como *obiter dictum*, sendo 70 deles oriundos do STJ. De tais dados pode-se inferir a maior centralidade que assume o argumento da boa-fé nos acórdãos pesquisados. O gráfico abaixo nos permite visualizar mais claramente o quanto descrito:

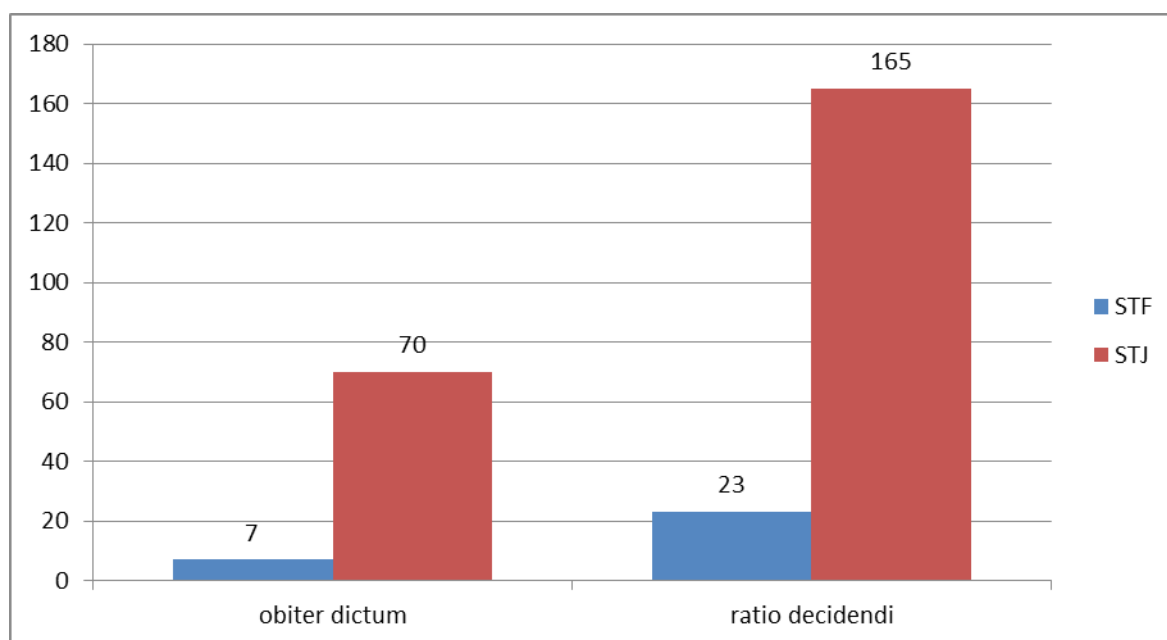


Gráfico 4 - Boa-fé como ratio decidendi ou obiter dictum

De todos os acórdãos que tratam a boa-fé como *obiter dictum*, 38 dizem respeito à dimensão prospectiva da boa-fé e, também, 34 à retrospectiva, sendo que apenas 3 referem-se a ambas as dimensões, quadro esse que revela um equilíbrio entre ambas as dimensões da boa-fé enquanto não seja argumento bastante para a decisão.

Por sua expressiva representatividade, seguem-se os detalhes da categorização da boa-fé em *obiter dictum* do STJ, segundo o gráfico abaixo. De tais acórdãos 50 referem-se ao ato como modo de atuação administrativa, 8 a servidor público, 6 a concurso público, 6 a contrato, 4 a processo, 2 simultaneamente a ato e processo e, por fim, 1 a improbidade administrativa.

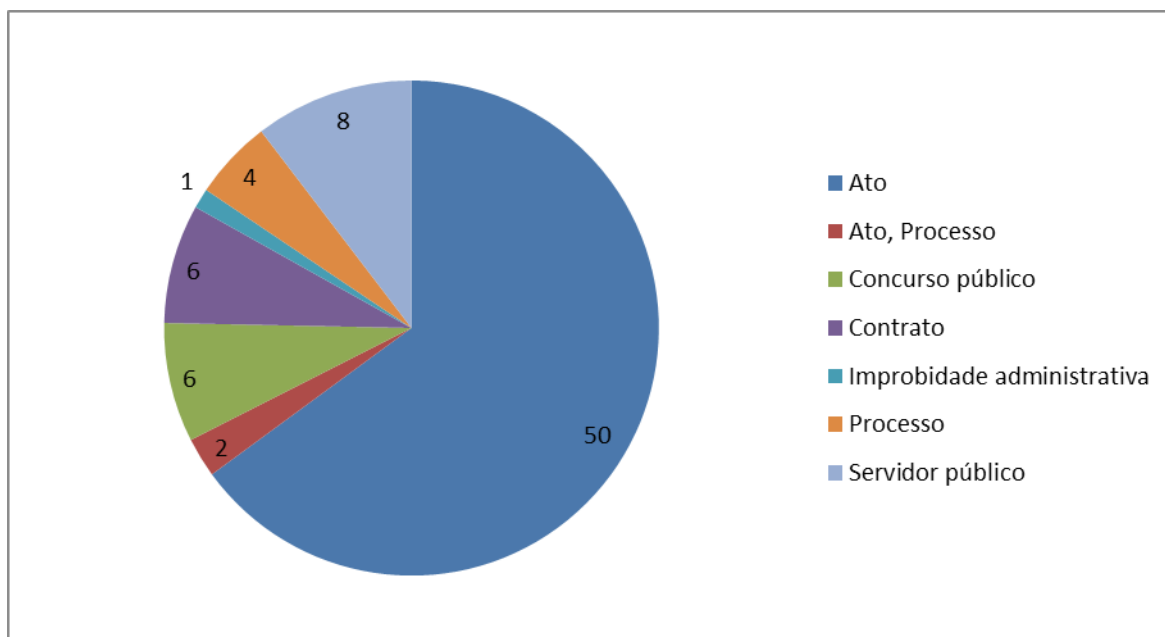


Gráfico 5 - Questões referentes ao emprego da boa-fé como obiter dictum

Já nos 188 acórdãos em que se trata como *ratio decidendi*, a boa-fé prospectiva foi verificada somente em 38 deles, sendo que 128 tratam-na em sua dimensão retrospectiva e 8 em ambas dimensões³³³. Tal dado permite aferir a importância reduzida conferida pela jurisprudência à dimensão prospectiva da boa-fé. Ora, tal dimensão já é verificada em número proporcionalmente bem menor do que a retrospectiva e, quando constatada sua ocorrência, mais da metade dos casos destina-se ao *obiter dictum*. Desse modo, reforça-se a desmistificação de um dos pontos teóricos mais relevantes apontados na primeira parte desta pesquisa.

Como *ratio decidendi*, o modo de atuação da Administração enquanto ato aparece em 48 ocorrências, enquanto concurso público em 20 ocorrências, 23 ocorrências em contratos; 9 em improbidade administrativa (ato); 1 em posse (ato); 5 em processo; 75 em servidor público; 2 simultaneamente em ato e concurso público; 1 simultaneamente em ato e processo; 4 simultaneamente em

³³³ Há 14 registros vazios ou de "inaplicável" para tal variável, uma vez que a mesma somente se aplica em casos de categorização prévia da boa-fé em sua dimensão objetiva. Portanto, tais 14 ocorrências referem-se aos casos de boa-fé subjetiva.

ato e servidor público. Por tais dados, insinua-se o relevante papel que o argumento da boa-fé assume em litígios envolvendo a Administração e seus agentes, sendo a maioria das ocorrências (em 71 delas) referentes à dimensão retrospectiva e apenas 2 delas referentes à boa-fé subjetiva. Desse modo, é possível verificar que, na prática, a boa-fé impõe deveres de conduta à Administração Pública em relação a seus agentes, e, na maioria dos casos, a fim de preservar direitos já exercidos e/ou adquiridos.

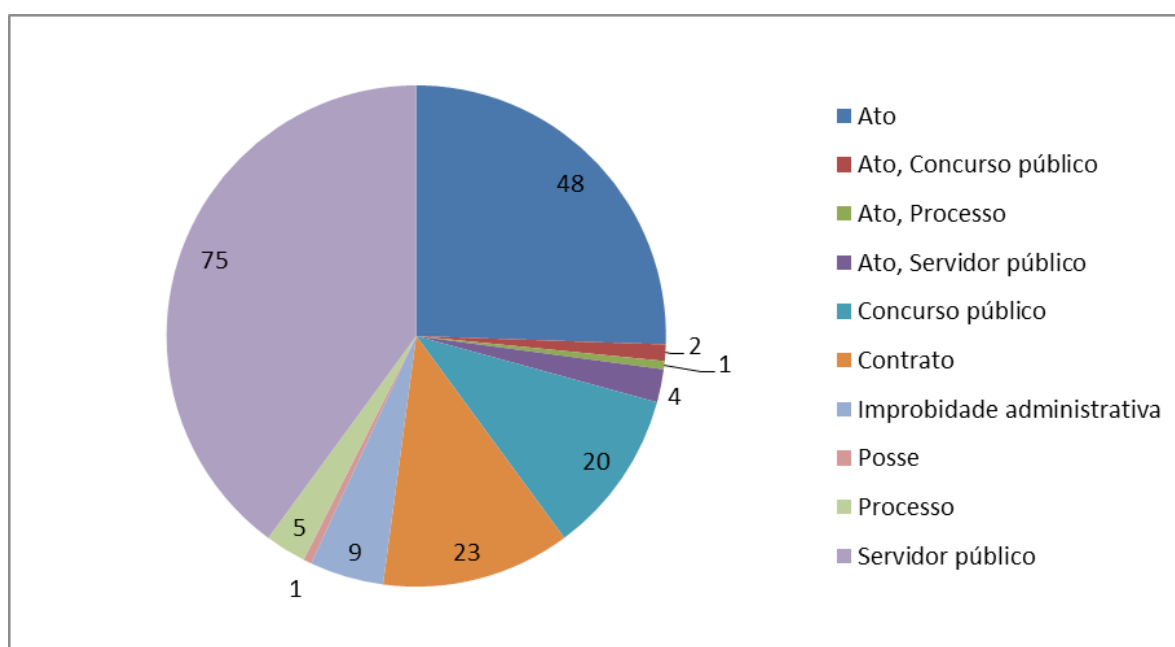


Gráfico 6 - Questões referentes ao emprego da boa-fé como ratio decidendi

Quanto à boa-fé subjetiva, foram registradas 21 ocorrências e, em conformidade com o que se supunha a respeito, verifica-se sua presença em maior proporção em temas de improbidade administrativa (8 ocorrências) e, em segundo lugar, em litígios quanto à propriedade ou posse de bem público, incluindo questões sobre a indenizabilidade decorrente da reintegração de posse de bem público (6 ocorrências). A descrição pode ser sistematizada graficamente:

Temas: boa-fé subjetiva

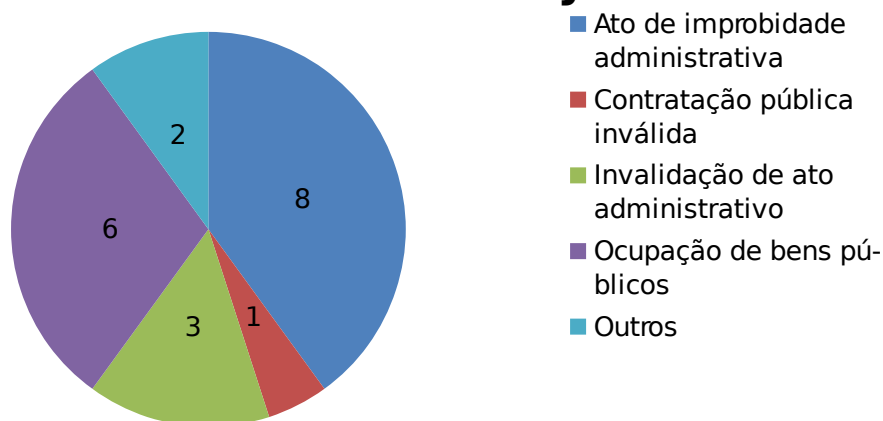


Gráfico 7 – Temas verificados em relação à boa-fé subjetiva

Desse modo, confirma-se a dimensão subjetiva da boa-fé em relação às considerações teóricas anteriormente anotadas. Como um componente da figura da improbidade administrativa é a má-fé, o tratamento subjetivo a ela dispensado correspondeu à suposição que aqui recorda-se. Além disso, segundo as próprias origens da dimensão subjetiva da boa-fé, referente à relação de posse do indivíduo para com a coisa, o tratamento subjetivo também foi utilizado em casos nos quais se discutia a ocupação de bem público por particulares, além de alguns casos de indenização por benfeitorias nos mesmos. Nesses últimos casos, conforme se verá, a boa-fé apesar de ser reconhecida ou não, mas, sobretudo, sempre discutida, é tida como argumento irrelevante para a solução do caso, pois não há que se tomá-la em consideração quando sequer há posse da coisa (e sim, mera detenção, conforme será exposto mais detidamente no item 3.8.1).

O modo de atuação administrativa relativo às ocorrências da boa-fé subjetiva, do mesmo modo que seu indicador temático, não apresenta grandes variações. O registro consiste basicamente em ato (por ser justamente algum ato que se insere na figura da improbidade administrativa ou, ainda, na reintegração de posse de bem público), havendo ainda algumas poucas ocorrências em

processo. O gráfico abaixo pode ilustrar a descrição:

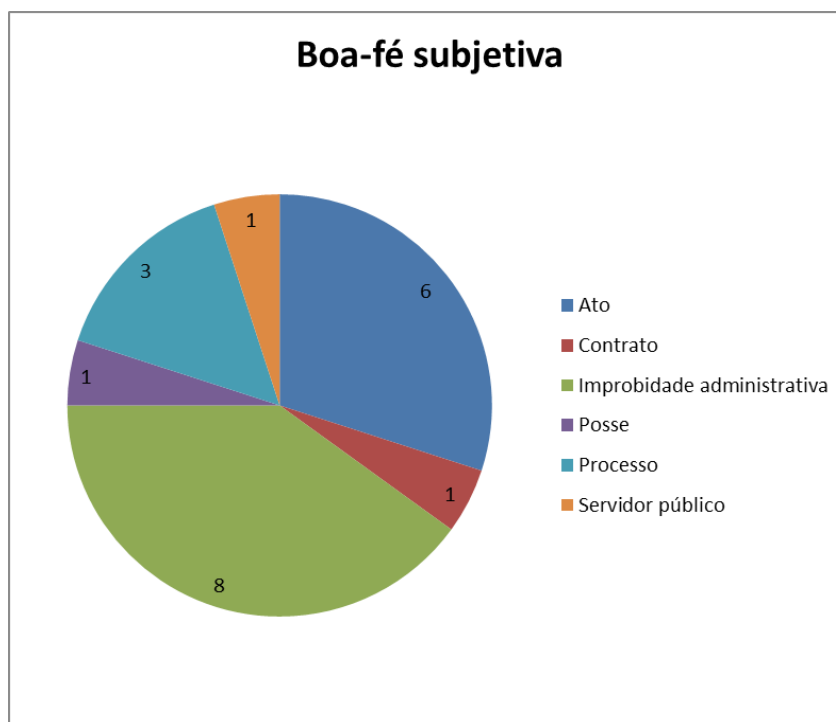


Gráfico 8 - Atuação administrativa em relação à boa-fé subjetiva

Quanto ao tratamento da boa-fé em ambas as dimensões, com menor número de ocorrências (15), observa-se grande diversidade de temas tratados nos acórdãos. Dentre os temas, incluem-se alguns que tipicamente são tratados na dimensão objetiva (tal como o pagamento indevido de verba a servidor público) ou na subjetiva (como improbidade administrativa). Há também temas diferenciados, como o controle de ato sancionador administrativo em sua proporcionalidade e licitação realizada irregularmente. Não foi possível, contudo, estabelecer uma categorização própria que abstraísse referida diversidade de temas.

Em termos numéricos, as figuras parcelares da boa-fé foram precariamente mencionadas na amostra analisada. Na maioria dos casos não houve menção a qualquer delas. Quando mencionadas, destaca-se a figura do *venire contra*

factum proprium, com 9 ocorrências (sendo que, em 1 delas, o termo empregado é “ato próprio”), seguida pelo *tu quoque* com 4 ocorrências, e pelo abuso de direito, com 1 ocorrência. As demais figuras não foram sequer mencionadas. A tabela abaixo sintetiza o quanto exposto neste parágrafo:

Tabela 2 – Figuras parcelares da boa-fé na jurisprudência

Foram aplicadas expressamente as figuras parcelares da boa-fé? Quais?	Total
Abuso de direito	1
Não	251
Tu quoque	3
Tu quoque, Teoria dos atos próprios	1
Venire contra factum proprium	9
Total Geral	265

A respeito da menção de princípios ao lado da boa-fé, os dados demonstram que em pouco mais da metade dos acórdãos (precisamente, em 133 deles) a boa-fé figura sozinha – quer-se dizer, sem contar com o reforço argumentativo de outros princípios ou institutos para sua aplicação. Nesses acórdãos, pode ser atribuída uma relevância ainda maior à boa-fé enquanto elemento decisório, pois em 108 deles foi empregada como *ratio decidendi*.

Nos demais casos em que algum princípio ou instituto aparece ao lado da boa-fé, isto é, orientado para um mesmo sentido da decisão, a situação mais comum verificada na análise dos acórdãos diz respeito à inserção da boa-fé numa formulação textual na qual são arrolados os princípios ou institutos que se reforçam mutuamente, e, de modo praticamente retórico, pois não são apresentadas considerações mais profundas e detidas sobre os mesmos.

Dentre os princípios de menção mais frequente ao lado da boa-fé, destaquem-se a segurança jurídica (48 acórdãos), a confiança legítima (31 acórdãos), a moralidade (20 acórdãos), a razoabilidade e a legalidade (ambas contando com 17 acórdãos). Note-se ainda que há sete acórdãos nos quais se mencionam simultaneamente os princípios da confiança legítima, da segurança jurídica, da moralidade e da razoabilidade. Essas constatações parecem reiterar

as considerações teóricas sobre a proximidade da boa-fé em relação a tais princípios mencionados, o que pode explicar a menção conjunta dos mesmos.

Quanto aos dados sobre a ponderação da boa-fé junto a outros princípios ou regras, tem-se que apenas em 27 acórdãos (do total de 265) tal ponderação não foi feita. Disso, e considerando que na grande maioria dos acórdãos (precisamente em 227) a ponderação se faz frente a normas oriundas principalmente de leis, súmulas e editais, é possível inferir tanto a função flexibilizadora e definidora do alcance das regras no momento de sua aplicação. Dentre os dispositivos de lei mais mencionados nos acórdãos, citem-se o artigo 46, da Lei 8.112/1990, o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, e o artigo 59, da Lei nº 8.666/1993. De outro lado, é possível também questionar se a boa-fé não estaria sendo empregada como recurso meramente retórico – ou enquanto “*Zauberstab*”, como apontou Jan Peter Schmidt (2014) –, uma vez que, não obstante haver previsão em lei (*lato sensu*) que se aplicasse ao caso, ainda sim se fez uso da boa-fé. A resposta ao questionamento somente pode se fazer pela análise qualitativa mais detida de cada um dos acórdãos, o que não foi proposto para este item, cujo objetivo é apresentar o panorama geral dos dados obtidos a partir da jurisprudência sobre a boa-fé.

A respeito da citação de doutrina referente à boa-fé em direito administrativo, embora haja considerável número de acórdãos em que se verifica (54 ocorrências), deles raramente se explicita um conteúdo jurídico-normativo menos geral da boa-fé. Além disso, não se olvida o grande número em que não há qualquer menção à doutrina (210 ocorrências). Nesses últimos casos, não obstante a maioria cite algum precedente nas razões de decidir (em 162 ocorrências), há uma considerável porção (22,85%, ou 48 ocorrências) que não menciona precedente (nem doutrina), tal como demonstra o gráfico que segue:

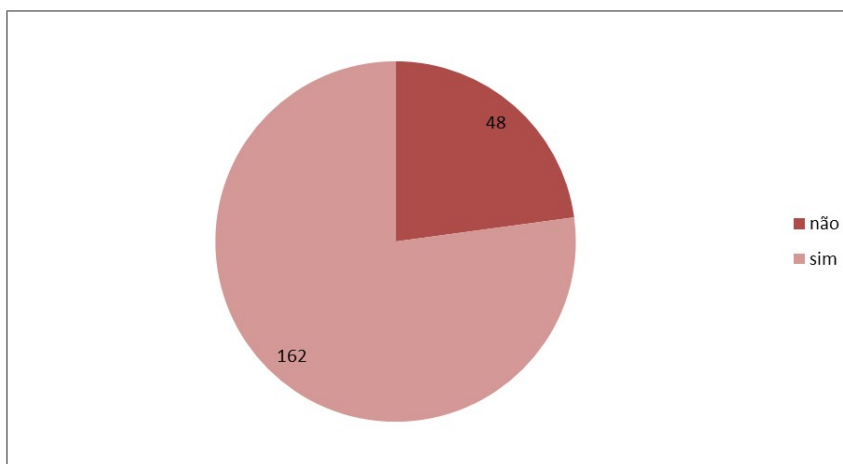


Gráfico 9 - Menção de precedentes quando não há menção à doutrina

Tal dado pode representar uma certa superficialidade no emprego da boa-fé como elemento decisório, pois à sua definição raramente é dispensado um tratamento sofisticado e profundo. Desse modo, em que pesem as inúmeras potencialidades para aplicação da boa-fé em matéria de direito administrativo, conforme visto na abordagem teórica, na prática, infere-se que pouco é efetivamente aplicado em todas suas possibilidades, que se revelariam a partir do tratamento referenciado em doutrina ou jurisprudência.

Ainda quanto à citação de doutrina, a maioria dos autores citados são brasileiros (39 ocorrências). Apenas 3 ocorrências foram registradas de citação de autores estrangeiros e 12 de citação simultânea de autores nacionais e estrangeiros.

Conforme referido, menciona-se doutrina em 55 acórdãos. Em se tratando da menção exclusiva de doutrina estrangeira (3 ocorrências), há apenas 1 acórdão em que se mencionam 2 obras. Quando se menciona exclusivamente a doutrina nacional (38 ocorrências), 18 acórdãos citam mais de 1 obra, sendo que 10 deles mencionam 3 ou mais obras. Nos acórdãos que mencionam doutrina nacional e estrangeira (13, ao todo), a menção à doutrina é mais constantemente numerosa, sendo que 8 acórdãos mencionam 3 ou mais obras. A tabela abaixo sintetiza as considerações anteriores:

Tabela 3: Menção à doutrina na jurisprudência

O autor é nacional ou estrangeiro?	Total
Estrangeiro	3
Inaplicável	1
Nacional	38
Nacional, Estrangeiro	13
Total Geral	55

Os números sobre menção à doutrina denotam um tratamento precário da perspectiva teórica e abstrata. A doutrina, pelo próprio traço dogmático que lhe é característico, viria a socorrer o processo decisório para que se problematize o caso concreto a fim de encontrar a melhor decisão. Assim, em tese, as decisões que abordam a boa-fé em direito administrativo tenderiam a um certo minimalismo em seus próprios termos de decidibilidade.

Além disso, da grande maioria dos casos em que se cita doutrina, trata-se de boa-fé objetiva (48 ocorrências, sendo que apenas 3 casos tratam da boa-fé subjetiva, e 4 tratam de ambas as dimensões). De tal dado pode-se inferir que a boa-fé subjetiva é compreendida de modo mais naturalizado, sem considerações da necessidade de maiores dilações argumentativas que contem, inclusive, com menção de doutrina. Tal inferência afina-se à hipótese inicialmente apresentada segundo a qual a boa-fé subjetiva restaria mais difundida ou mesmo mais aceita no direito administrativo, pensamento esse que parece se repetir na jurisprudência.

Ainda, combinando os indicadores de menção de jurisprudência e o de menção de doutrina, observa-se que a grande maioria dos acórdãos que citam um citam também o outro (49 acórdãos, dos 55 que citam doutrina, citam também precedentes, perfazendo 89%), havendo uma comunicabilidade de ocorrências quase sempre existente. Apenas em 6 acórdãos essa relação não se verifica, isto é, mencionam doutrina mas não mencionam jurisprudência.

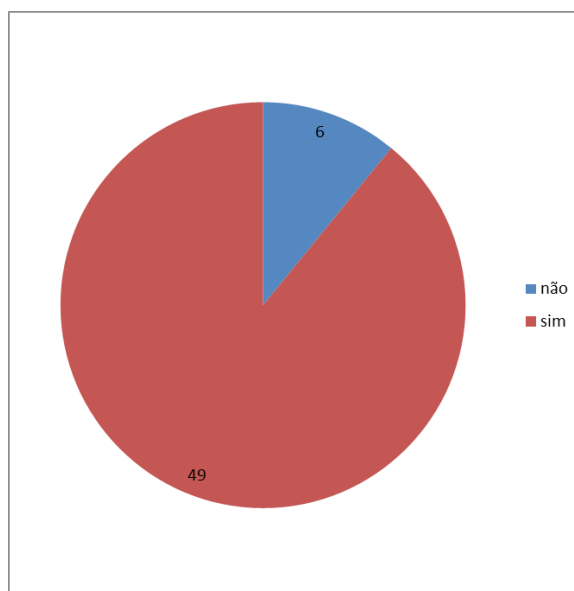


Gráfico 10 - Menção de precedentes quando há menção de doutrina

Essa constatação pode significar que o maior esforço argumentativo dos julgadores em relação à boa-fé, quando ocorre, se dá de maneira completa, envolvendo tanto uma preocupação teórica (daí o emprego de doutrina), como uma preocupação prática (com a citação de precedentes). O número da correspondência relativa à não citação de precedentes vai para 49 quando também não se cita doutrina, embora haja considerável número de citação de precedentes sem citação de doutrina (162 ocorrências). Desse modo, a comunicabilidade de ocorrências mencionada não se verifica quando considerada a resposta negativa para o indicador de menção de doutrina.

A grande maioria dos acórdãos (211 ocorrências) mencionou precedentes nas razões de decidir, todavia, a minoria desses (53 ocorrências) tomou algum precedente com maior relevância nas razões de decidir. Desse modo, pode-se considerar que a menção a julgados anteriores muitas vezes não passa de recurso retórico para apenas validar ou legitimar em decisões passadas a decisão atual do julgador. Tal tendência não se coaduna com a natureza que pressupõe da

boa-fé, a qual possibilitaria a consideração das peculiaridades dos casos concretos, os quais não se ajustariam tão facilmente a decisões anteriores referentes à boa-fé.

A função da boa-fé com maior número de ocorrências é a limitativa (149 ocorrências), seguida pela criadora (33 ocorrências) e pela interpretativa (12 ocorrências). Houve acórdãos nos quais mais de uma função da boa-fé foi empregada, sendo a combinação mais comum entre limitativa e interpretativa (25 ocorrências), sucedida pela combinação entre interpretativa e criadora (14 ocorrências) e, por fim, entre criadora e limitativa (10 ocorrências). Há apenas 1 caso que combina todas as funções. O gráfico a seguir ilustra a descrição:

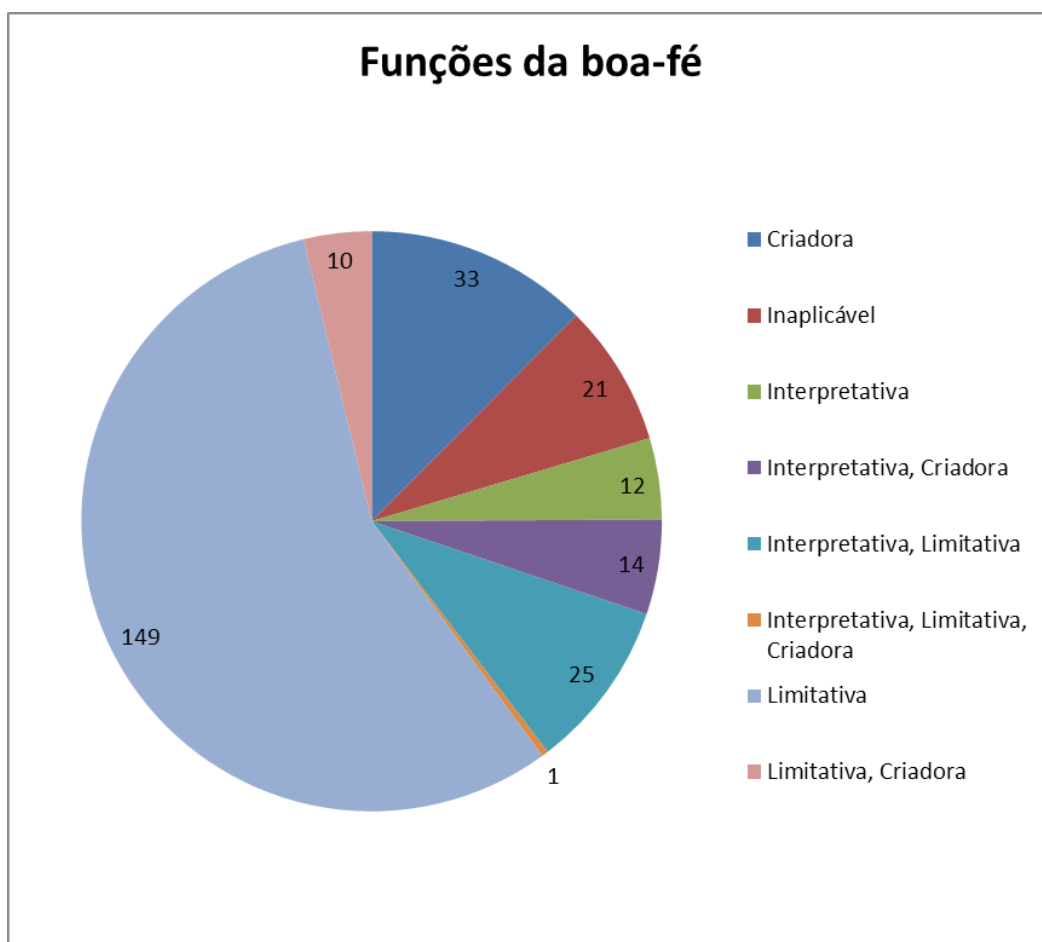


Gráfico 11 – Funções da boa-fé

A boa-fé figurando enquanto limitação ao exercício de direitos em elevada proporção na amostra analisada, e, nesses casos, favorecendo em maior proporção (em 112 ocorrências) o polo oposto ao do Poder Público, ou seja, o particular ou o servidor público, pode significar que ela é utilizada, efetivamente, como mecanismo de contenção do poder. Em considerável parcela desses casos (66 ocorrências), não há outros princípios ou institutos figurando ao lado da boa-fé, e, em referida parcela, a grande maioria dos acórdãos tratou a boa-fé como *ratio decidendi* (63 das 66 ocorrências). Disso se pode inferir seu papel central na determinação da decisão. Vide o gráfico abaixo:

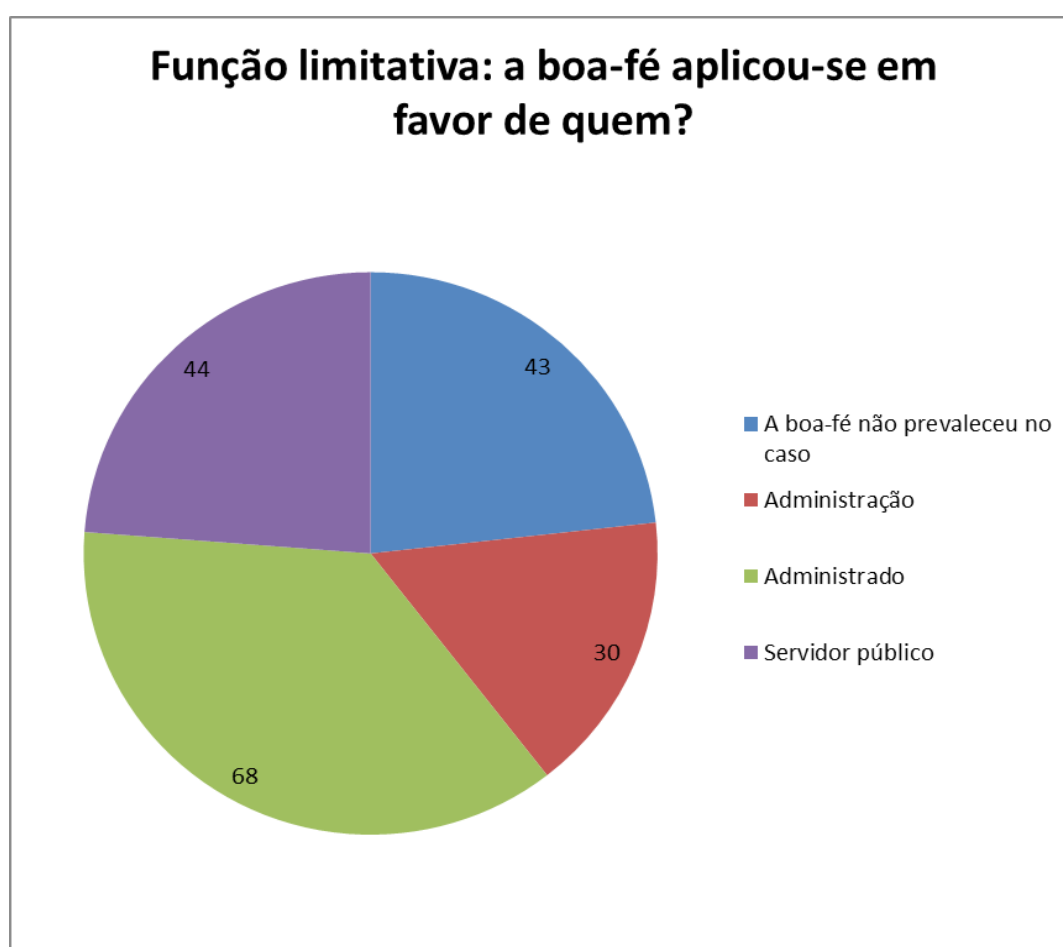


Gráfico 12 - Referente à função limitativa, aplicação da boa-fé em favor da Administração, do administrado ou do servidor público

Ora, sabe-se que a relação entre Estado e indivíduo encontra-se, por sua própria natureza, em desequilíbrio. Aponta-se a hipótese segundo a qual a boa-fé se apresentaria como um vetor de correção das decisões ou da conduta em geral do Poder Público (e também do particular – mas mais do primeiro, pois está favorecido na relação jurídica). Com efeito, a hipótese parece se confirmar frente aos dados, e inclusive quando se considera que, para tais parâmetros da sua função limitativa, a boa-fé é ponderada em larga proporção frente a algum dispositivo de lei.

Por outro lado, os registros reduzidos da função criativa da boa-fé não confirmaram a hipótese de que em tal função residiria o principal atributo da boa-fé – e por isso se supunha sua maior aplicação. Além disso, em tal função há igualmente reduzida carga explicativa nos acórdãos, diante da pequena proporção de menção de doutrina e jurisprudência nos mesmos. Desse modo, o que se percebe é que, quando tratada em sua função criadora, os julgadores não se detêm muito em sua explicação.

Quando o polo oposto ao do Poder Público é ocupado por uma pessoa jurídica (52 ocorrências), a boa-fé aplica-se em maior proporção em favor do particular, havendo 33 ocorrências nesse sentido (e, portanto, na proporção de 61,51% dos casos). Em 6 ocorrências a boa-fé operou-se em favor da Administração e em 14 a boa-fé não prevaleceu no caso. Já quando o polo oposto ao do Poder Público é ocupado por pessoa física (209 ocorrências), a proporção de acórdãos em que a boa-fé é empregada em favor do particular (127 ocorrências) é ligeiramente menor (totalizando 127 ocorrências, ou 60,76%), mas ainda em maioria considerável. Em tal parâmetro considerado (polo oposto ao Poder Público ocupado por pessoa física), houve 31 ocorrências nas quais a boa-fé operou-se em favor da Administração, e 51 nas quais não prevaleceu a boa-fé. Vide os gráficos abaixo:

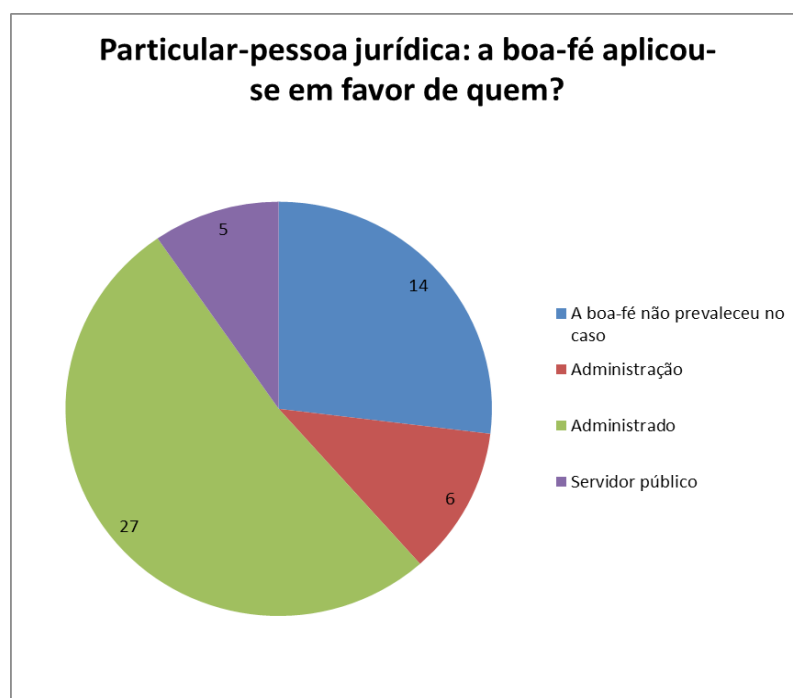


Gráfico 13: Aplicação da boa-fé em favor da Administração, do administrado ou do servidor público, considerando polo oposto ao Poder Público ocupado por pessoa jurídica

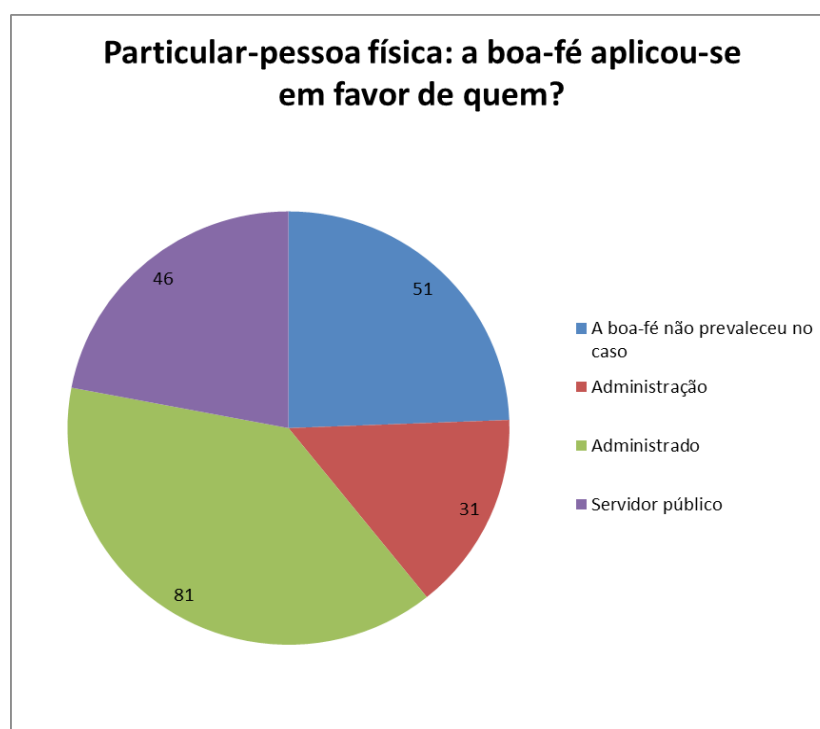


Gráfico 14: Aplicação da boa-fé em favor da Administração, do administrado ou do servidor público, considerando polo oposto ao Poder Público ocupado por pessoa física

Tais dados permitem inferir que se utiliza a boa-fé como recurso de tutela do particular em relação ao Poder Público – o que confirma uma das premissas traçadas em capítulo anterior. Referido aspecto é ainda mais relevante em se tratando de particular pessoa física do que particular pessoa jurídica. Isso porque supõe-se que, em tese, a pessoa jurídica particular estaria em um desnível menor de poder em relação à Administração Pública do que a pessoa física.

Nos casos em que não prevalece a boa-fé em favor do particular pessoa física, tem-se como temas principais dos acórdãos: invalidação de ato administrativo (34 ocorrências), verbas indevidamente pagas (a servidor ou a administrado) (19 ocorrências) improbidade administrativa (4 ocorrências), além da reintegração de posse de bem público (4 ocorrências). Em tais casos, há reduzida proporção de menção à doutrina (sendo que, não prevalecendo em favor do particular, de 82 ocorrências, cita-se doutrina em apenas 9; prevalecendo em favor do particular, cita-se doutrina em 31 das 128 ocorrências); todavia, a proporção de menção de precedentes é menor do que os dados referentes a toda a amostra (mencionam-se precedentes em 65 de 82 ocorrências, sendo que com relevância em 16 ocorrências, ou 24,6%; já quando a boa-fé prevalece em favor da pessoa física, cita-se jurisprudência em 110 de 127 ocorrências, ou 86,6% das mesmas, sendo que com relevância em 30 ocorrências, ou 27,27%).

Isso demonstra que, apesar de serem minoria, nos casos em que a boa-fé não prevalece em favor do particular pessoa física, não há um ônus argumentativo significativamente maior do que a média geral dos acórdãos restantes. Desse modo, tal dado vai de encontro ao pressuposto de que a boa-fé de antemão se colocaria ao lado do administrado, cabendo ao julgador um esforço decisório maior para afastá-la.

Nos acórdãos em que a boa-fé favorece a Administração Pública, destaca-se a maior proporção de emprego da função interpretativa e limitativa da boa-fé (das 37 ocorrências, 6 da função interpretativa, 9 da limitativa, 21

simultaneamente das funções interpretativa e limitativa, e apenas 1 das funções criativa e limitativa), bem como a presença da equidade (em 23 ocorrências) ao lado da mesma, além da predominância da função prospectiva (em 27 ocorrências) e de seu papel na decisão enquanto *obiter dictum* (em 27 ocorrências). Tais características se devem à repetição numerosa de casos em que se discute a abusividade de cobrança de taxas de assinatura básica por serviço público de telefonia³³⁴ (em 25 ocorrências), de modo que em todos eles se considera que a cobrança se deu de acordo com o princípio da boa-fé.

Ainda quanto aos acórdãos em que a boa-fé favorece a Administração Pública, verifica-se a pequena proporção de doutrina citada (em apenas 3 acórdãos do total de 37). A menção de precedentes, embora seja de elevada proporção (31 ocorrências do total de 37), é feita em relação a um julgado principal (ou paradigmático) em reduzida proporção (em apenas 3 ocorrências do total de 31). Essas constatações, embora estejam dentro da normalidade para um elemento do *obiter dictum*, revelam que a abordagem da boa-fé nesses casos é superficial e de função, como é permitido dizer, retórica.

Apesar de, no plano teórico, pressupor-se que a boa-fé, por seu próprio sentido, se aplicaria em favor do administrado, o perfil de análise dos acórdãos em que a boa-fé favorece a Administração Pública difere substancialmente dos acórdãos em que a boa-fé não prevaleceu. Trata-se dos casos em que o STF ou o STJ considerou o argumento da boa-fé, alegado por uma das partes, seja administrado ou Administração, mas o refutou.

Com efeito, nos casos em que a boa-fé não prevaleceu (em 65

³³⁴ No caso, sustenta-se que o administrado não pode se valer da boa-fé (prevista no Código do Consumidor) em função da inexistência de abusividade na cobrança de assinatura básica por parte da concessionária de serviço público, sendo a mesma prevista no contrato de concessão, bem como as Resoluções nº 42/04 e nº 85/98 da ANATEL. Em tais acórdãos, recita-se muito o seguinte trecho: “No caso, sustenta-se que o administrado não pode se valer da boa-fé (prevista no Código do Consumidor) em função da inexistência de abusividade na cobrança de assinatura básica por parte da concessionária de serviço público, sendo a mesma prevista no contrato de concessão, bem como as Resoluções nº 42/04 e nº 85/98 da ANATEL.”, e “O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame”.

ocorrências), há um perfil um pouco menos definido e com maior diversidade de temas. O efeito verificado com maior frequência é o retrospectivo (42 ocorrências, ou 64,6%), embora haja um significativo número de ocorrências em que se constata o prospectivo ou ambos (10 ocorrências do efeito prospectivo e 3 de ambos os efeitos). Os princípios que figuram ao lado da boa-fé são variados, com destaque para a segurança jurídica (em 9 ocorrências) e a confiança legítima (em 3 ocorrências). Embora a proporção da boa-fé figurando como *obiter dictum* seja considerável (24 ocorrências) predomina como *ratio decidendi* (41 ocorrências). São poucos os casos em que se cita doutrina (apenas em 8 acórdãos), e a maioria cita precedentes nas razões de decidir (em 45 ocorrências), havendo um número maior de acórdãos (13 no total) que se valem de um julgado principal ou com maior relevância.

Desse modo, observa-se que, quando comparadas as duas categorias que fugiriam à hipótese segundo a qual a boa-fé atua como instituto de proteção do administrado (em favor desse), quais sejam, a não predominância da boa-fé e a aplicação da boa-fé em favor da Administração Pública, dispensa-se maior fundamentação à refutação da aplicação da boa-fé. Desse modo, a hipótese apresentada anteriormente e aqui mencionada se infirma parcialmente no sentido de que, uma vez alegada, exige-se um ônus argumentativo maior para afastar a aplicação da boa-fé. No entanto, de modo mais expressivo do que quando usada em favor do administrado, quando a boa-fé favorece a Administração, observa-se uma superficialidade acrítica em seu emprego, talvez, até mesmo, por se apresentar como *obiter dictum* em tais casos.

2.6.4 A categorização: o que se discute em matéria de boa-fé?

Na coleta dos dados, uma variável muito relevante aplicada refere-se ao “tema” relacionado à boa-fé tratado nos acórdãos. Inicialmente, procurou-se, em um primeiro nível de abstração, enquadrar os fatos em matérias tecnicamente

relacionadas ao direito administrativo. Assim, por exemplo, se no caso tinha-se uma situação de anulação de ato administrativo pela própria Administração, o tema que se propôs para a qualificação codificada do mesmo seria “autotutela administrativa”.

Contudo, em razão da multiplicidade de situações fáticas que pude aferir em um primeiro nível de análise, não permitindo a obtenção de inferências válidas pela falta de uniformidade, foi necessário o aprofundamento do processo de categorização. Nesse sentido, procurou-se ampliar a abstração dos códigos, para assim poder agrupar os temas verificados na coleta de dados em conjuntos característicos e mais definidos.

Procurei, ainda, limitar a categorização a um nível de abstração que permitisse ao intérprete remeter os códigos a algum fato ou experiência jurídica elementar. Desse modo, buscou-se uma abstração sobremaneira comedida, para permitir àquele que analisa as categorias compreender minimamente fatos e normas jurídicas envolvidos e obter conclusões básicas relativamente aos mesmos, de forma a evitar a debandada para a vagueza. Assim, tive em vista não ultrapassar os limites de uma *abstração conclusiva*.

Tal esforço encontra guarida metodológica no processo de análise de conteúdo e denomina-se, forte nos ensinamentos de Laurence Bardin (2004, p. 113), *categorização* propriamente dita, que consiste basicamente em um processo de agrupamento de dados analisados em designações que agreguem sentidos comuns em si, no esforço de proporcionar uma “representação simplificada dos dados brutos” (p. 112-113).

Inspiradas na praticidade para a obtenção de inferências e pelos limites da *abstração conclusiva*, as categorias criadas³³⁵ foram: (i) Acúmulo ilegal de cargos;

335 Ainda, para forjar as categorias temáticas sobre a boa-fé, pautei-me pelos seguintes pressupostos de Bardin (p. 113-114): (i) *exclusão mútua*: o acórdão não poderá, a menos por multiplicidade de situações abordadas, classificar-se em mais de uma categoria; (ii) *homogeneidade*: aplicou-se à criação de categorias um critério comum relativos às situações de fato que resvalam em temas afeitos aos problemas teóricos da boa-fé em direito administrativo; (iii) *pertinência*: categorias devem ser adequadas ao quadro teórico proposto; (iv) *objetividade e fidelidade*: a classificação deve ser reproduzida em um segundo momento

(ii) Ato contraditório da Administração; (iii) Ato de improbidade administrativa; (iv) Contratação pública inválida; (v) Deveres da Administração; (vi) Estabilização de relações jurídicas consolidadas; (vii) Invalidação de ato administrativo; (viii) Ocupação de bens públicos; (ix) Verbas indevidamente pagas pela Administração; (x) Outros.

Superadas as breves explicações sobre os motivos pelos quais se procedeu a tais práticas para análise, passo à apresentação dos resultados.

Em termos quantitativos, a categoria com maior número de ocorrência verificada na amostra é a de “Verbas indevidamente pagas pela Administração” (94 ocorrências), seguida pela “Invalidação de ato administrativo” (71 ocorrências) e pela “contratação pública inválida” (26 ocorrências). Sobressaem, portanto, os casos de uma prática de conduta pela Administração em desacordo com a legalidade – o que também vem a confirmar a hipótese segundo a qual a boa-fé atuaria em um papel (principalmente) de sopesamento frente a lei.

O gráfico abaixo ilustra a distribuição das ocorrências pelas categorias temáticas:

de pesquisa, caso a operação se repita; (v) *produtividade*: as categorias criadas devem ser úteis ao estudos e nos permitir extrair inferências e análises apropriadas ao problema de pesquisa.

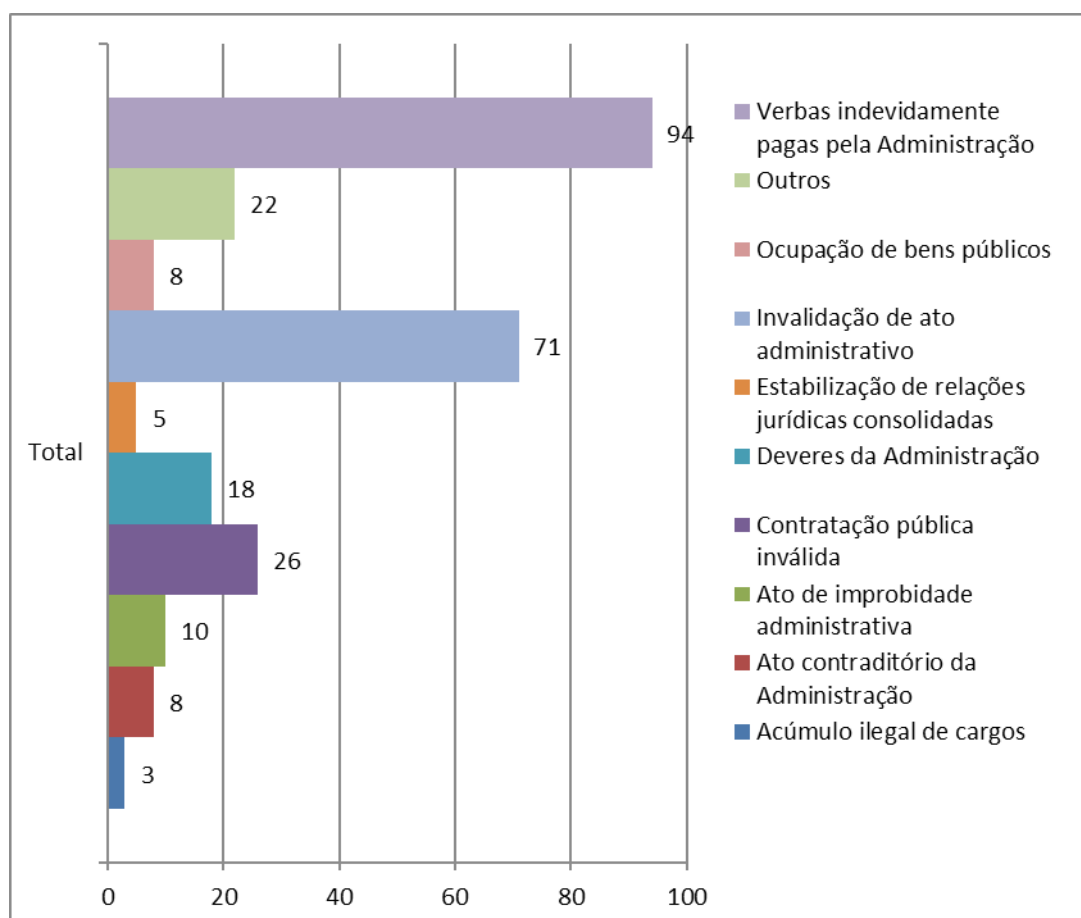


Gráfico 15: Categorias temáticas da boa-fé

A análise mais detalhada de cada categoria temática será realizada nos capítulos subsequentes, divididos conforme grandes eixos de conceitos jurídicos que caracterizam a atuação administrativa: ato, contrato e processo.

2.7 Conclusões do capítulo

O presente capítulo buscou construir um estofo teórico para a delimitação de um sentido da boa-fé em matéria de direito administrativo. Puderam-se obter, de maneira resumida, as seguintes conclusões:

(i) A boa-fé em direito administrativo apresenta um sentido próprio que, embora toque e até mesmo se interseccione com outros institutos e princípios jurídicos, especialmente em relação à moralidade e à segurança jurídica, com eles não se confunde.

(ii) Podem-se sistematizar algumas decorrências mais ou menos nítidas da boa-fé que se cristalizam nas chamadas “figuras parcelares” da mesma. Tais institutos são muito esclarecedores enquanto expressões da boa-fé, mas, em decorrência da realização fática dessa última, não compreendem a globalidade das suas manifestações.

(iii) Em relação ao sentido específico que a boa-fé assume em direito administrativo, podem-se enumerar as seguintes ilações teóricas:

(iii.1) A presunção de boa-fé atua como elemento de salvaguarda do indivíduo nas relações desiguais com a Administração Pública;

(iii.2) O princípio da boa-fé, ao prescrever deveres de conduta, impõe ao Estado um padrão de comportamento compatível com predicados advindos do ordenamento, incluindo princípios e valores fundamentais, aos quais se reconhece força cogente, tais como dignidade humana, democracia e legalidade forte.

(iii.3) À boa-fé reconhece-se a função de carrear ao mundo jurídico o mundo dos fatos. Desse modo, inculcaria um sentido de primazia desses últimos.

(iii.4) A boa-fé atuaria como fator de correção da norma jurídica, para fins de prevalência da justiça frente às circunstâncias reais consolidadas (na esteira do tópico anterior), bem como para fins de prestígio da confiança do cidadão na legitimidade e legalidade da conduta administrativa.

(iv) A partir da análise empírica, foram testadas diversas inferências teóricas, exploradas neste capítulo. Para fins de conclusão, cumpre pontuar: a prevalência quantitativa da boa-fé objetiva, do ato como modo de atuação administrativa, da categoria “verbas indevidamente pagas pela Administração”, do

emprego da boa-fé em favor do polo oposto ao Poder Público, além do reduzido uso das figuras parcelares, e sua utilização como elemento retórico.

Os capítulos seguintes dedicam-se à análise específica da manifestação da boa-fé nas classes jurídicas que expressam o agir da Administração: atos administrativos, contratos administrativos e processo administrativo.

3 BOA-FÉ E OS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Introdução

Em matéria de atos administrativos, a doutrina³³⁶ compreende os temas do desvio de poder e da invalidade do ato administrativo como relacionados à boa-fé. A diferenciação e da relação entre desvio de poder e boa-fé³³⁷ já foi abordada, e ressalta-se desde já que a relevância de tal associação em termos positivos diz respeito aos atos de improbidade administrativa, nos quais aplica-se, por excelência, a dimensão subjetiva da boa-fé, também já tratada aqui.

A associação da invalidação de atos administrativos e boa-fé, por sua vez, encontra ampla ressonância na jurisprudência, o que demonstra sua relevância prática. Encontra também inúmeros trabalhos teóricos a respeito, citados ao longo deste capítulo.

Conforme é possível inferir da reflexão em matéria de atos administrativos, há dois momentos principais em que a análise da boa-fé importará e se fará presente: na formação do ato e no desfazimento do ato. Na formação do ato, sempre atendo-me à temática da boa-fé, aparecem os temas do abuso e desvio de poder enquanto pertinentes. O abuso e o desvio de poder foram tratados previamente nesta dissertação, a que se remete o leitor para tais considerações anteriores.

Em relação ao momento do desfazimento do ato no que diz respeito à boa-fé, apresentam-se os temas da anulação e da revogação, que dizem respeito,

336 Vide Giacomuzzi (2013) e Nobre Júnior (2002). Mencione-se também Thulio Caminhoto Nassa (2010), que faz a associação de cada vício dos elementos do ato administrativo com a boa-fé.

337 Vide item 2.3.1 deste trabalho.

principalmente, à determinação da manutenção e extensão dos efeitos do ato invalidado, o ato putativo da Administração, bem como o limite decadencial para a invalidação, além da restrição à discricionariedade da Administração.

Tratarei neste capítulo das manifestações mencionadas da boa-fé na formação e na extinção do ato, compreendendo as matérias de atos putativos da Administração, invalidação de atos administrativos e boa-fé, que trazem mais elementos problemáticos ainda não tratados neste trabalho e de maior ascendência jurisprudencial. Adicionalmente, também tratarei da revogação de atos administrativos, por tocar ao relevante tema da boa-fé enquanto limite à discricionariedade administrativa. Por fim, o capítulo trará a análise de jurisprudência pertinente e também o estudo de acórdãos mais representativos e úteis para a construção teórica que aqui se propõe.

3.2 Boa-fé na formação dos atos administrativos

Conforme referido no item introdutório, é possível identificar os temas de desvio de poder e de abuso de poder com a boa-fé na formação dos atos, uma vez que ambas as figuras se referirão a vícios que acompanham a própria geração dos atos administrativos. Remete-se aqui às análises compreendidas nos itens 2.3.1 e 2.3.2 desta dissertação.

A primeira figura, do desvio de poder, conforme já referido em item anterior, macula a finalidade do ato administrativo, pois o agente busca com ele outro objetivo que não condiz com o interesse público. Também conforma a figura a má-fé do agente, isto é, a ausência de boa-fé em sua dimensão subjetiva, uma vez que, segundo se explicou, identifica-se o desvio de poder com a figura da improbidade administrativa, a qual, nos termos da lei, exigirá sempre o elemento subjetivo consubstanciado na culpa ou dolo – má-fé, consoante aqui se entende – para sua configuração.

Por isso, em relação ao desvio de poder, é possível dizer que a cogitação da boa-fé do ato é relevante em sua formação, e não em sua extinção. As consequências serão tanto a nulidade do ato praticado em desvio de poder, como a incidência em um dos tipos de ato de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/1992.

A segunda figura, do abuso de poder, refere-se à prática do ato administrativo em desproporção entre seu motivo e o efeito obtido. Se o motivo não for suficiente para justificar os impactos obtidos com o ato, especialmente se esses impactos gerarem restrição de direitos, haverá um exercício anormal dos poderes administrativos.

Nesse aspecto, conforme também já se mencionou, será relevante a consideração da boa-fé em sua função limitativa, para fins de delimitação dos limites normais do exercício de prerrogativas administrativas. E, como o vício se manifesta na origem do ato, é em tal momento que a boa-fé deve ser tomada como parâmetro da normalidade para se aferir se o ato foi praticado em abuso de poder ou não. As consequências dizem respeito também à nulidade do ato praticado em abuso de poder, em virtude do vício no motivo do ato, com a possibilidade de responsabilização administrativa, civil e mesmo penal do agente que o praticou, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 4.898/1965.

Os itens que seguem neste capítulo referem-se à consideração da boa-fé no momento em que se identifica alguma invalidade ou inconveniência que podem levar à extinção do ato administrativo, seja para fins de manutenção dos efeitos do ato inválido, seja para fins de imposição de um dever de não anular ou de limitação da discricionariedade da revogação.

3.3 Invalidação de atos administrativos

O destino natural de todo ato jurídico, após sua edição, é consumir-se, produzindo todos seus efeitos, criando ou modificando determinada situação jurídica. Essa é uma das hipóteses de extinção do ato jurídico, considerada natural ou normal. Se, contudo, o ato jurídico for produzido com vício de ilegalidade ou, se, eventualmente, a conjuntura que ensejou a prática do ato alterar-se, de modo que o mesmo passe a não promover o interesse público como se esperava, poderá o ato ser extinto, por dever da Administração. Nos termos do artigo 53 da Lei nº 9.784/1999, deve a Administração Pública anular atos ilegais ou revogar atos cuja desconstituição atende melhor ao interesse público, em um juízo de conveniência e oportunidade. A limitação a esse poder resvala nos direitos adquiridos, que deverão, nos termos da lei, ser resguardados em quaisquer situações.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 280) distingue diferentes hipóteses de extinção dos atos administrativos. A primeira delas, mencionada anteriormente, é a extinção natural, decorrente do exaurimento do ato, ou seja, o ato cumpre os efeitos para os quais foi produzido. Outra espécie é a extinção subjetiva, quando o sujeito para o qual se destinava o ato deixa de existir. Uma terceira espécie é identificada pelo autor como extinção objetiva, quando desaparece o objeto do ato. Ainda, há também a caducidade, “forma de extinção provocada por fato superveniente que acarreta a perda dos efeitos jurídicos do ato”, segundo define o autor. A cassação é a extinção do ato administrativo como forma de punição ao beneficiário do ato. Por fim, têm-se as duas espécies mais tratadas em direito administrativo, quais sejam, a revogação e a anulação.

Neste item serão tratados especificamente os efeitos da anulação de atos administrativos, tendo em vista a possibilidade de retroatividade *ex tunc* e os desdobramentos para a tutela da boa-fé dos administrados³³⁸.

³³⁸ Há, todavia, entendimentos, como o de Cretella Júnior (1977), que afirmam ser possível a retroatividade de efeitos tanto em caso de anulação como de revogação. Isso se justificaria

A anulação pressupõe a existência de um vício de legalidade, que “é aquele que contamina algum dos requisitos necessários à configuração de validade do ato administrativo. São requisitos de validade do ato a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto (CARVALHO FILHO, 2009, p. 281). Sabe-se, contudo, que atos, mesmo ilegais, produzem efeitos. Questiona-se qual é a extensão da anulação do ato ilegal em relação aos seus efeitos. É também possível questionar se, em todo caso, deverá sempre o administrador proceder à anulação do ato administrativo ilegal.

Para tratar dessas questões, são relevantes as considerações de Jacintho Arruda Câmara (2002, p. 4) sobre o tema. O autor faz a distinção entre atos viciados e atos inválidos. O ato viciado é aquele desconforme, em alguma medida, com uma norma jurídica que lhe é superior, ao passo que o ato inválido é o ato viciado que passou pelo juízo de invalidação de uma autoridade competente para expurgá-lo do mundo jurídico³³⁹. Desse modo, um ato viciado não necessariamente será um ato inválido, inclusive porque mesmo depois do juízo de invalidação, a autoridade, dentro de certos pressupostos, poderá (-deverá) optar pela convalidação do ato viciado. Por isso, um questionamento mais claro a

porque, segundo o autor, o efeito *ex tunc* da revogação/anulação somente seria impedido pela tutela à boa-fé dos administrados. Havendo esses últimos contribuído para a decisão equivocada (seja referente à legalidade, seja em relação à perspectiva deturpada da conveniência e oportunidade), haverá retroatividade, seja de efeitos constitutivos ou desconstitutivos: “A revogação priva o ato administrativo de efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da própria edição, ressalvados os efeitos já produzidos. O fundamento da irretroatividade da renovação é o da proteção da confiança do destinatário na duração do ato, proteção esta que não se outorga a quem provocou o ato, aplicando meios ilícitos, casos em que o ato pode ser revogado com efeito *ex tunc*” (Cretella Júnior, 1977, p. 10). Nesse caso, expandindo tal linha de pensamento, pode-se concluir que os efeitos relativos tanto à anulação quanto à revogação são semelhantes, pois, uma vez comprovada a má-fé daquele que com o ato se beneficia, não se resguardam os efeitos fáticos do ato ilegal ou inoportuno/inconveniente.

339 Conceção sistematizada e esclarecedora do que seja um ato viciado, entendimento esse obtido a partir do direito estrangeiro, mas muito esclarecedor, é a apresentada por Ulrich Battis (1985, p. 127), a partir dos “*rechtswidrige Verwaltungsakte*” (atos administrativos contrários ao direito, com um sentido próprio ao que seriam os atos anuláveis). O autor trabalha o conceito a partir da exclusão do que não o compõe. Assim, os atos nulos, os atos inconvenientes (ou inapropriados), os atos imprecisos (com erros de redação ou cálculos, que podem ser corrigidos pela autoridade), ou ainda um ato sem motivação. Em tais casos, esclarece o autor que tais atos poderão ser impugnados pelo seu destinatário ou afetado, ou, ainda, poderá a autoridade que o emitiu retratar-se. Por outro lado, há também os atos nulos, que são entendidos pelo autor como aqueles para os quais a lei expressamente determina sua ineficácia.

propósito da invalidação de atos administrativos se coloca nos seguintes termos: quando um ato viciado deverá ter seus efeitos mantidos?

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 282) considera que não é possível, de antemão, entrever determinados tipos de vício que sejam convalidáveis. Desse modo, para esse autor, inquinando um vício um ato administrativo, enseja-se o dever de anulação. Além disso, o efeito da anulação seria, em sua opinião, *ex tunc*, ou seja, retroagindo ao *status quo ante*, exceto pelos terceiros de boa-fé, que estão imunes aos efeitos da anulação.

Entretanto, Carvalho Filho (2009, p. 283) afirma que, nos casos de consolidação da situação jurídica decorrente de um ato inquinado por vício de legalidade, isto é, quando o ato já produziu muitos efeitos no mundo fático e jurídico, a subsistência do ato atenderia mais ao interesse público do que sua anulação. O autor reputa tais hipóteses como excepcionais.

Para Weida Zancaner (1993, p. 57), a invalidação do ato administrativo não se trata de um poder, entendido com o caráter discricionário que lhe subjaz. Invalidar, convalidar, nem invalidar e nem convalidar: todas essas ações possíveis da Administração diante de um ato administrativo viciado são deveres. Ora, a autora expõe que a restauração da legalidade é um imperativo que limita totalmente a discricionariedade do administrador.

Desse modo, em princípio, atos viciados devem ser anulados. À essa premissa, contudo, opõe-se uma exceção, que também é um dever fundamental: o ato deve ser convalidado, e não anulado, sempre que a convalidação for possível³⁴⁰. Para ambos os deveres, por sua vez, devem se considerar as ditas “barreiras”, mencionadas por Zancaner (1993, p. 57), que são: decurso do prazo previsto em lei para a invalidação (sendo que, nesse caso, o próprio tempo convalida o ato, não sendo possível a ação anulatória da Administração) e a

³⁴⁰ A convalidação se impõe como dever ao administrador exceto, conforme menciona Weida Zancaner (1993, p. 57), nos casos de vício de competência, pois pode ser que a autoridade competente não concorde com a medida tomada pela autoridade incompetente, e, desse modo, à primeira abrem-se as duas possibilidades, de anulação ou de convalidação, discricionariamente.

estabilização dos efeitos do ato viciado. Essa última “barreira” será retomada logo adiante, no item 3.4.

Outra distinção muito esclarecedora apresentada por Câmara (2002, p. 4) diz respeito aos próprios efeitos de um ato jurídico. Haveria efeitos jurídicos e efeitos fáticos. Os primeiros situam-se na ordem normativa, isto é, verificado o pressuposto para o comando, cria-se, como decorrência, a efetivação do comando. Os outros são a implementação no mundo dos fatos do comando hipotético, são a realização do ato.

Tendo em vista referida divisão, o objeto da invalidação pode ser tanto o ato em si (caso o ato ainda não tenha produzido efeitos), como os efeitos dele (em caso de ato de efeitos concretos já implementados), ou ainda ambos (quando o ato for abstrato)³⁴¹. Conforme explica Câmara (2002, p. 6), em regra, ao invalidar atos, o administrador opta por fulminar tanto seus efeitos jurídicos como seus efeitos fáticos. No entanto, para o autor³⁴², a regra poderá ser excepcionada, de modo a invalidar somente os efeitos jurídicos, preservando-se os fáticos, em duas hipóteses: quando os efeitos fáticos estiverem respaldados por outras normas jurídicas e quando se tornar impossível materialmente desconstituir os efeitos fáticos, dando lugar ao surgimento, ao lado daqueles, de outros efeitos que rivalizem com os do ato inválido³⁴³.

341 “Assim, o objeto da invalidação pode apresentar a seguinte variação: a) quando o ato for ineficaz a invalidação terá como único objeto o ato (processo), seja ele abstrato ou concreto; b) quando o ato for eficaz a invalidação atingirá: b.1) só os efeitos do ato, se este for concreto (uma vez que os atos concretos se extinguem com a produção dos efeitos); b.2) tanto os efeitos do ato quanto o próprio ato, se este for abstrato (visto que os atos abstratos são fontes perenes de efeitos jurídicos, o que obriga a invalidade a atingi-los para que cessem de produzir efeitos contrários ao direito)” (Câmara, 2002, p. 5).

342 Vale reproduzir, pelo esclarecimento do trecho, as considerações de Câmara (2002, p. 6): “Entretanto, há casos em que a invalidação atinge tão somente os efeitos jurídicos do ato viciado, mas não pode atingir os efeitos fáticos já produzidos, (1) em virtude destes estarem protegidos por outras normas jurídicas, que não o ato viciado que lhes deu origem; ou (2) por não haver possibilidade material de desconstituição de tais efeitos, hipótese na qual se faz necessária a criação de outros efeitos de natureza jurídica que se contraponham aos surgidos pela aplicação do ato inválido, de modo a restaurar o equilíbrio jurídico”.

343 Poder-se-ia, em linhas gerais, compreender tais hipóteses, apontadas por Câmara (2002), de manutenção dos efeitos fáticos como uma formulação mais minuciada da fórmula exposta por Carvalho Filho (2009). Ou, ainda, seria possível o entendimento segundo o qual em tais circunstâncias consolidadas a partir de um ato inválido se constituiria a chamada “coisa julgada administrativa”, ou seja, atos administrativos não sujeitos a modificações por atos da

Sobre a primeira hipótese, para que seja possível fazer incidir e preservar os efeitos fáticos do ato viciado, é necessário que dois requisitos confluem: “a) o ordenamento jurídico proteger os efeitos fáticos produzidos pelo ato (princípio da boa-fé, da segurança jurídica, etc.); b) o ato viciado não comportar convalidação”³⁴⁴ (Câmara, 2002, p. 6-7). Assim, para além da condição de impossibilidade de convalidação, os efeitos práticos do ato viciado serão mantidos se sua preservação coadunar-se com outras normas, como, por exemplo, o princípio da boa-fé.

Chega-se mesmo a afirmar que em tais situações de preservação dos efeitos de um ato viciado há de se considerar, sobretudo, a boa-fé dos envolvidos, pois ela prevaleceria sobre a própria legalidade. A tutela da boa-fé permite amparar outros valores buscados pelo ordenamento jurídico, como a estabilidade das relações e a confiança dos cidadãos³⁴⁵.

mesma natureza? Poderia a primazia dos fatos ser o elemento determinante na atribuição da imutabilidade dos atos? Para Merkl (2004), a questão da coisa julgada de atos administrativos se subsume às considerações que podem ser feitas sobre a vigência temporal de preceitos jurídicos. Para ele, todas os mandamentos jurídicos, sejam eles judiciais ou administrativos, tendem a ser ilimitados espacialmente (no território soberano) e temporalmente (eternos) (p. 266-269). Haverá limitação a essa qualidade eterna se assim prever a lei. Do contrário, vigorão indeterminadamente. Assim, um ato administrativo somente pode ser revogado por outro ato administrativo posterior e da mesma espécie se assim prever a lei (p. 270). Tal seria o limite da validade temporal dos atos administrativos e, assim, delimitante de sua qualidade de coisa julgada. Na concepção de Merkl, portanto, segundo infere-se, não seria admitida tal primazia dos fatos sem embasamento legal.

344 Câmara (2002, p. 7) exemplifica tal hipótese: “É o que ocorreria se a Administração, ao constatar uma gratificação salarial concedida ilegalmente, resolvesse anular o ato estabelecido da vantagem indevida, mas não determinasse a restituição dos valores já percebidos a este título, em respeito à boa-fé dos servidores beneficiados pelo ato inválido”. No entanto, creio que a jurisprudência a esse título tenha se assentado no sentido de preservar os efeitos jurídicos e fáticos do ato, ou seja, perpetuando o pagamento indevido.

345 Alfredo Ruy Barbosa afirma que haveria, por parte do administrador, um dever de convalidar, que aqui também pode ser empregado no sentido de dever de manter os efeitos fáticos do ato viciado, quando assim for possível. Assim manifesta-se o autor (1997, p. 349): “O problema da anulação do ato administrativo, especialmente o gerador de direitos, apresenta-se dominado, no mais das vezes, por dois princípios aparentemente antagônicos. De um lado, o princípio da legalidade que reclama a anulação dos atos viciados. De outro, em contraposição de superfície, localiza-se o princípio de proteção da confiança, que exige a consideração da boa fé do destinatário do ato concessivo de direitos e advoga a estabilidade do ato decretado pela autoridade pública, determinando a sua convalidação. Destarte, parece claro - em que pese a ausência de disposição legal expressa no sistema brasileiro - que o princípio da confiança ou da boa fé estatui o poder-dever, em casos de longo curso temporal, de não anular, senão que de sanar ou convalidar determinados atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo da própria estabilidade das relações jurídicas. Convém reiterar que semelhante entendimento só merece guarida quando, na situação concreta, restar manifestamente necessária a manutenção

A segunda hipótese, de impossibilidade material de desfazimento dos efeitos fáticos do ato viciado, ocorre em situações de irreversibilidade decorrentes da implementação do ato. Tal como a determinação de que, no lugar de um prédio de propriedade pública, seja implantada uma via de circulação urbana, de modo a demolir o edifício. É impossível desfazer os efeitos fáticos do ato que continha a determinação. Poderá, por outro lado, haver efeitos que se desdobrem da impossibilidade de anulação, tais como indenizações a eventuais prejudicados.

Quanto aos meios de preservação dos efeitos fáticos e/ou jurídicos do ato viciado, existem dois: convalidação do ato e estabilização de seus efeitos, mencionados por Câmara (2002, p. 7). A convalidação restaura a legalidade do ato desde sua origem, tendo, pois, efeitos retroativos, e, por isso, preserva os efeitos tanto jurídicos quanto fáticos produzidos pelo ato então viciado.

Para a convalidação do ato, segundo a interpretação estrita da letra da lei (art. 55, Lei nº 9.784/1999³⁴⁶), são necessários três requisitos, para além da vontade do administrador: ausência de lesão ao interesse público, de prejuízo a terceiros e a presença de defeitos sanáveis. Desse modo a motivação do administrador que convalidará o ato nulo deverá contemplar os três requisitos.

Para que a convalidação seja possível, é necessário que o ato a ser convalidado possa ser praticado sem vícios e que não se tenha impugnado referido ato, conforme explica Câmara (2002, p. 8). A primeira condição impõe que o vício do ato seja um vício que não enseje uma nulidade absoluta, isto é, atos eivados de vícios de conteúdo, de motivo e de finalidade não serão convalidáveis, pois, sendo da essência do ato, ao repeti-lo, o vício persistirá. Para Carvalho Filho (2009, p. 297), a convalidação somente é possível quando a gravidade do vício é diminuta, sendo, pois, um pressuposto para a convalidação a sanabilidade do vício. Também afirma que os vícios sanáveis geralmente são

do ato por respeito ao princípio da segurança ou da boa fé, em situações marcadas por uma nota de excepcionalidade”.

346 Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

aqueles que afetam a forma e o objeto.

Assim, vícios que dizem respeito ao motivo, à finalidade e ao objeto encontram instrumentos processuais próprios para serem colocados à prova da legalidade, quais sejam, o recurso e a revisão, conforme ensinam Dallari e Ferraz (2002, p. 195), além do cabimento da autotutela nesses casos. Em caso de ilegalidade em processo administrativo, entendem os autores que a Administração não pode anular seus atos em tais hipóteses. Cabe, sim, o seguimento do curso das atividades processuais, e não a sua interrupção. Já para os vícios de competência, capacidade e forma³⁴⁷, a autotutela e a convalidação são mecanismos cabíveis no próprio processo, sendo, portanto, vícios sanáveis.

Por “vícios sanáveis” entendem-se os atos com “vícios menores” (relativos a competência, formalidade e procedimento), conforme entendimento de Egon Bockmann Moreira (2007, p. 100). Já os eivados de vício no motivo, conteúdo ou procedimento, quando o erro no procedimento implicar em desvio da finalidade para a qual o procedimento foi instaurado, tais vícios seriam então absolutos, e, portanto, insuscetíveis de convalidação.

Nessa esteira, Weida Zancaner (1993, p. 68-73) igualmente aponta que os vícios convalidáveis somente podem se referir à competência, à formalidade e ao procedimento do ato.

Em relação a ato vinculado praticado por agente incompetente, aquele que for o competente terá o dever de promover a convalidação, uma vez cumpridos os termos da lei que estabelece os parâmetros do ato; já se se tratar de ato discricionário, a convalidação somente se imporá se o agente competente concordar com os termos do ato.

³⁴⁷ A questão da forma do ato administrativo assume relevância no processo administrativo, atividade na qual devem se resguardar formas para a transparência, a democratização e para o contraditório e ampla defesa do administrado. Assim, observa-se que a forma se justifica somente diante de finalidades específicas e não em si. Nesse sentido, afirmam Dallari e Ferraz (2002, p. 196-198): “as formas do processo administrativo somente foram consagradas em lei como meio de se atingirem fins substantivos, como a segurança, a celeridade, a transparência, etc. Por isso, as formas não são um fim em si e, conseqüentemente a invalidação de atos por decorrência de vício formal deve ser acompanhada pela demonstração do prejuízo material que a violação formal acarretou”.

Em relação à formalidade, essa deve ser entendida como “a forma específica exigida por lei para a validade de determinado ato”, conforme expõe a autora (ZANCANER, 1993, p. 70). Trata-se de um dos deveres decorrentes da boa-fé (*favor acti*) e que se consubstancia na figura parcelar da inalegabilidade de vícios formais, devendo manter o ato formalmente viciado se não houver prejuízo ao interesse público.

Registre-se, por fim, que a preservação do ato administrativo encontra ressonância não só na figura do *favor acti*, derivada da boa-fé, mas também, quando presente um vício de forma, na “transcendência dos defeitos de forma”, apontada por Jesús González Pérez (1983, p. 100-102). Para o autor, uma vez que a forma dos atos administrativos somente devem se justificar na medida em que se prestem à efetivação do interesse público, se esse for atingido, ainda que em desatenção à forma, não é cabível a invalidação do ato. Segundo um critério da boa-fé, haveria um “abuso da invalidação por defeitos formais”, e, desse modo, uma vez desrespeitada a forma, mas atingido o interesse público, não caberá atribuir-se os efeitos da nulidade do ato³⁴⁸, do que se infere um dever de convalidar.

Já quanto ao vício de procedimento, impõe-se que a nulidade não prejudique a própria finalidade a que se dirigia o mesmo, isto é, o “desvirtuamento da finalidade, em razão da qual o procedimento foi instaurado”. E segundo também aponta Weida Zancaner (1993, p. 71), se o ato se convalidar em casos de vícios de procedimento, deverá também se fazer retroagir.

Há também considerações sobre os atos processuais inexistentes, aqueles em que o vício perpetrado é tão grave que chega a configurar uma incongruência no mais alto grau com o direito como um todo, segundo explicam Dallari e Ferraz

³⁴⁸ Pérez (1983, p. 101-102) também distingue algumas nuances na transcendência dos defeitos de forma. Para ele, sempre que a nulidade se verificar em um ato autoexecutório da Administração, isto é, imposto ao particular, caberá a declaração de nulidade. Diferentemente do que ocorreria se o ato da Administração for cumprido voluntariamente, sem ser autoexecutório (tal como no caso das licenças). Por outro lado, quando for a Administração que houver cumprido voluntariamente o ato, ou, ainda houver aceitado o cumprimento realizado pelo administrado, não poderá invalidá-lo, salvo nos casos em que a forma fosse determinante para a realização do interesse público.

(2002, p. 195-196). É o vício avesso a toda lógica do direito. Para os autores, o vício de incompetência no processo administrativo gera a inexistência do ato, pois tal tipo de vício eiva a essência do processo. Chega a afirmar inclusive que tais atos devem ser anulados *ex tunc* em todas as hipóteses, não se cogitando de solução alternativa em função da boa-fé dos administrados, a quem apenas restará a via da responsabilização do Estado.

De outro lado, se houver impugnação pelo particular do ato viciado, sua convalidação perde seu principal fundamento: o benefício da estabilidade das relações jurídicas, em favor da confiança do cidadão. Isso porque nesse caso, ao invés de esperar que o ato produzido com aparência de legalidade seja mantido, a expectativa do particular coincide com a de que atos ilegais sejam anulados. Assim, penderá a decisão para a legalidade e, portanto, para a invalidação do ato viciado, em favor da boa-fé daquele que o impugnou.

Tanto a Administração, como os administrados, podem ser os autores da convalidação. A primeira quando praticar um ato – lícito e regular – em sequência ao viciado, de modo a corrigi-lo. O administrado, por sua vez, ao praticar uma ação tida como necessária para a validade do ato, que não tinha praticado anteriormente, pode o convalidar.

É possível entender, assim como Dallari e Ferraz (2002, p. 201) e Egon Bockman Moreira³⁴⁹ (2007, p. 99) e diferentemente de José dos Santos Carvalho Filho (2009), que a convalidação é ato vinculado, pois não se trata apenas de contornar a invalidade, objetivando, antes, a restauração da legalidade. A expressão da lei “poderão” (no artigo 55, da Lei nº 9.784/1999) significaria a atribuição de um “poder-dever” e não de uma atividade discricionária.

É possível, então, dizer que a convalidação é uma exceção vinculante à invalidação. Desse modo, havendo vício de legalidade, *deve* a Administração

349 Assim afirma Moreira (2007, p. 99-100) : “Ora, se constatado que o defeito é sanável, que sua regularização não implicará qualquer lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros, não se compreende por que a convalidação seria uma opção discricionária. Caso contrário restarão duas opções: ignorar o defeito (essa, sim, absolutamente inviável) ou anular o ato (inconsistente, em razão do preenchimento dos três requisitos)”.

anular o ato. Contudo, presentes os requisitos excepcionais de convalidação do ato, *deve* a Administração convalidar o ato, o que não significar fazer vistas grossas aos vícios ou ser leniente frente aos administrados, mas sim, cumprir a lei e alinhar-se à eficiência e à boa-fé administrativas.

3.4 Estabilização dos efeitos do ato viciado

Quanto à estabilização dos efeitos do ato viciado, pela tolerância ou inação da Administração e de particulares interessados, nos termos das considerações de Câmara (2002, p. 9), o ato permanece tal como foi praticado, isto é, com um vício³⁵⁰. Não há mobilização para corrigir o vício do ato e seus efeitos estarão imunizados contra investidas para sua desconstituição, não pelo congelamento do sistema jurídico, mas porque outras normas jurídicas incidentes impedem a autotutela administrativa quanto aos efeitos fáticos do ato. Com efeito, em tais casos, permanecem os atos viciados como se válidos fossem, com amparo na segurança jurídica e na boa-fé dos afetados.

Trata-se dos *atos putativos da Administração*, isto é, atos eivados de vícios de ilegalidade, mas produzidos com aparência de legitimidade e legalidade e que, por isso, inspiraram a boa-fé dos administrados que conduziram seus negócios no sentido proposto pelo ato.

A estabilização dos efeitos do ato viciado ocorre, segundo Câmara (2002, p. 11), para além da convalidação, nas hipóteses de prescrição e de incidência de princípios gerais de direito, dentre eles, a boa-fé, ou normas aplicáveis à situação específica do ato viciado, que impõem a preservação dos seus efeitos.

³⁵⁰ Por isso, nas palavras de Câmara (2002, p. 9): “Os efeitos do ato viciado encontram, por assim dizer, outro suporte que não o ato que os produziu. O ordenamento os acolhe, independentemente de haverem sido introduzidos no mundo jurídico por veículo inadequado (o ato viciado). São normas específicas, como a que estabelece a prescrição, ou princípios gerais do Direito, como o princípio da segurança jurídica, que fazem com que os efeitos de um ato viciado permaneçam no sistema como se produzidos por atos válidos fossem”.

Assim, a prescrição e a decadência atuarão como impeditivo para anular atos, sendo o tempo o elemento principal para sua configuração. Decorrido determinado íterim, no caso, 5 (cinco) anos, conforme previsto no artigo 54, da Lei nº 9.784/1999, extingue-se a pretensão ou o direito (prescrição ou decadência) à anulação dos próprios atos. Para José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 283), as autolimitações legislativas ao poder de anular atos inválidos visam prestigiar a segurança jurídica e a confiança dos administrados que de fato acreditaram na aparência de legalidade e legitimidade do ato praticado.

Para Weida Zancaner (1993, p. 62), se a princípio a Administração deve convalidar os atos inválidos, e, não sendo possível, deve anular tais atos, deve também manter o ato que “produziu situação jurídica ampliativa de direito” ainda não coberta pelo prazo decadencial para a invalidação ou convalidação, em certas circunstâncias. Referida “barreira” à invalidação e à convalidação existirá, consoante explica a autora, quando os seguintes requisitos se verificarem cumulativamente: “haver decorrido um certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada, existência de uma regra ou princípio de Direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário”. Por outras palavras, tais condições conformariam o que aqui se refere como estabilização dos atos viciados.

Segundo a classificação das nulidades proposta por Weida Zancaner (1993, p. 90-98)³⁵¹, este seria o caso dos “atos relativamente insanáveis”, na acepção apresentada de atos que, ao passo que não podem ser invalidados, não podem igualmente ser convalidados. Para tais hipóteses, deveriam necessariamente concorrer os requisitos da boa-fé dos beneficiários do ato, o decurso de tempo razoável (ou, conforme aponta a autora, “um lapso de tempo não tão longo”), bem como se houver uma norma jurídica paralela à norma violada que possa sustentar o direito à manutenção dos efeitos do ato viciado. Esta constatação relaciona-se diretamente às expectativas de boa-fé quanto à

351 O sistema de nulidades de Zancaner (1993, p. 90) compreende quatro espécies: atos absolutamente sanáveis, atos relativamente sanáveis, atos relativamente insanáveis e, por fim, atos absolutamente insanáveis.

estabilidade e legitimidade do ato administrativo.

Diante dessas considerações, sendo identificado um vício no ato, o administrador ponderará se deve anulá-lo, ou convalidá-lo, ou, ainda, apenas reconhecer a estabilização dos efeitos, o que impedirá sua ação. Tais ponderações não se resumem a um juízo simplificado de legalidade, mas deve considerar aspectos de boa-fé e segurança jurídica.

Na definição de sua decisão, diante de um ato viciado, deve-se ter em vista que, conforme ressaltado por Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 174)³⁵², o importante é assegurar a subsistência do direito, que não se restringe ao aspecto da legalidade, mas sim é composto por múltiplas facetas, sendo uma delas a boa-fé. Daí o substrato para justificar atos que, embora afrontem a letra da lei, estão de acordo com o direito.

Assim, conforme afirmado por Dalmo de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (2002, p. 193-195), ao passo que legalidade justificaria, sempre, o poder-dever de anulação de ato inválido, seja mediante provocação, seja mediante ofício, em prestígio à segurança jurídica, o tempo passa a ter seu efeito saneador, e o é após cinco anos da data do ato, “sem necessidade de declaração expressa do ato originalmente ilegal”.

Entendo ainda que, findos os cinco anos para o exercício da autotutela administrativa, a ação judicial movida pela Administração para a anulação pelo juiz dos atos administrativos inválidos configuraria um ato contraditório, em afronta, portanto, à boa-fé. Isso porque a Administração dispõe de meios para a anulação do ato por atuação própria, e, se não o faz no prazo previsto para tanto, não pode, contraditoriamente à sua conduta em instância administrativa, valer-se de um meio externo em relação ao previsto em lei, decaindo, portanto, seu direito. Este entendimento endossa o referido efeito convalidador do ato administrativo

352 Nesse sentido, afirma o autor (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 174): “Ao manifestar inclinação pela legalidade, o constituinte quis expressar a conformação da atividade administrativa ao Direito, o qual tem como bússola superior os princípios jurídicos. No rol destes, ao lado da legalidade estrita, encontra-se presente o da boa-fé”.

em cinco anos, o que, também, reforça a tutela da boa-fé.

Desse modo, um fundamento para a preservação de efeitos de atos viciados, quando os mesmos não admitirem convalidação, nem quando a autotutela administrativa for fulminada pela decadência, é a boa-fé. Ora, se um ato administrativo viciado produzir efeitos benéficos ao administrado de boa-fé, ou mesmo se determinou de maneira decisiva a conduta e as decisões do mesmo, devem tais atos ser mantidos. Isso encontra fundamento na aparência de legalidade e legitimidade que os atos administrativos apresentam e a partir da qual inspiram confiança nos particulares por eles afetados. É o caso dos atos putativos da Administração.

Como exemplo, cite-se o artigo 53, §2º, da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 5.427/2009³⁵³, que, para Carvalho Filho (2009, p. 289), ao considerar de má-fé o particular que tinha ou devia ter consciência da ilegalidade do ato, busca dar um sentido de objetividade ao sentido de boa-fé, mas ao qual resta, contudo, uma margem de subjetividade. Assim, se não puder ser comprovada a conduta ardilosa do particular (pois a má-fé não se presume), bem como que ele não contribuiu para o vício do ato, deverá o mesmo ser mantido³⁵⁴.

Em suma, um ato administrativo viciado, produzido com foros de regularidade e que por isso inspirou a confiança nos administrados, isto é, putativo, atrelado ao decurso de um lapso temporal, suficiente para a consumação dos efeitos do ato, gerará situações consolidadas de fato, e imunes à invalidação, ainda que contrárias ao interesse público. Daí a consequente

353 *Ipsis literis*: Art. 53 - A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé. §2º Sem prejuízo da ponderação de outros fatores, considera-se de má-fé o indivíduo que, analisadas as circunstâncias do caso, tinha ou devia ter consciência da ilegalidade do ato praticado.

354 Nesse sentido, Carvalho Filho (2009, p. 289): “Vigora, pois, nesse aspecto, o princípio da boa-fé. A consolidação do ato inquinado de vício de legalidade há de favorecer ao beneficiário se a este não puder ser atribuída conduta ardilosa ou fraudulenta com o objetivo de instigar a prática do ato ilegal. Contudo, se a ilegalidade proveio de erro administrativo, e o administrado em nada contribuiu para a prática do ato, deve ser-lhe assegurado o direito à subsistência do ato se a Administração não o corrigir no prazo de cinco anos”.

manutenção de atos viciados ou, ainda, a indenização decorrente da invalidação dos mesmos.

Câmara (2002, p. 20) afirma que, nos moldes das situações de preservação dos efeitos do ato viciado descritas no parágrafo anterior, ao lado do princípio da segurança jurídica deve ser considerada também, como condição necessária (embora não suficiente), a boa-fé do administrado. Para ele, a boa-fé do administrado não poderá se sobrepor ao interesse público, ou a outros interesses de particulares também tutelados juridicamente, pois, nesse caso, a segurança jurídica penderá para a desconstituição dos efeitos do ato viciado.

Com essas considerações, suponha-se a situação descrita por Câmara (2002, p. 20-22), de um conflito entre administrados que, em situações opostas, ambos de boa-fé, tivessem de um lado interesse na manutenção do ato viciado, e, de outro, interesse na invalidação do ato viciado. A solução deveria favorecer o administrado na última condição descrita, tendo em vista que, em tal conflito, a segurança jurídica estaria afinada, em um Estado de Direito, à observância da legalidade.

Quanto à situação do conflito de interesses entre particulares referente ao ato viciado, pode-se acrescentar ainda que seria possível a responsabilização do Estado no caso do outro administrado de boa-fé, interessado na manutenção do ato. Ora, se na produção do ato inválido gerador de efeitos favoráveis ao administrado, esse último em nada contribuiu para a invalidade, então, se necessária sua invalidação, como no caso descrito, caberá responsabilização do Estado, seguindo as regras do art. 37, §6º, da CF (responsabilidade objetiva).

Na mesma linha referida manifesta-se Bandeira de Mello (1995, p. 71)³⁵⁵,

³⁵⁵ Vale reproduzir seu raciocínio a tal respeito (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 71): “Sendo, pois, certo e indiscutido que a responsabilidade por atos lícitos é simplesmente uma hipótese como qualquer outra de responsabilidade do Estado e sendo igualmente certo e indiscutido que entre nós vige, quando menos em relação a atos comissivos, o princípio da responsabilidade objetiva, claramente consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição vigente, resulta óbvio que as pessoas jurídicas de direito público têm de responder pelos danos que causem a sujeitos de boa-fé, em decorrência da anulação de atos sobre os quais se assentavam situações ou relações jurídicas produzidas na conformidade do ato anulado. [...] Assim, ainda quando a invalidação do ato corresponda a comportamento legítimo, isto é,

para quem o Estado, ainda que tenha agido com propriedade no poder de autotutela, deverá responsabilizar-se, nos termos do sistema de responsabilização objetiva do artigo 37, §6º, da CF, pelos danos provocados aos particulares de boa-fé. Para ele, o ato de anulação do ato viciado geraria como efeitos colaterais o dever de indenizar.

Afirma ainda o autor que o exercício da autotutela é uma manifestação “auto- incriminadora” (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 71-72), ou seja, seria uma confissão do mau proceder dos agentes administrativos. Referida má conduta da Administração, que deveria zelar para rigorosa legalidade dos atos que produz, não poderá prejudicar os administrados que contavam com a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

Desse modo, se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para a criação do vício no ato, não pode ser prejudicado pela má conduta administrativa e, por isso, deve ser indenizado caso o ato seja anulado, de modo a preservar os efeitos patrimoniais passados (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 72). Assim, ao anular o ato, a Administração, proclamando-se culpada, não pode passar ileso aos ônus de sua ação – deve, por isso, resguardar a situação patrimonial de quem, de boa-fé, fiou-se no ato então invalidado³⁵⁶.

reação contra comportamento ilícito anterior, sobreposse se procedida pela própria Administração, emergirá responsabilidade pública pelos prejuízos que, dessarte, resultem ao administrado, desde que este, tendo agido na conformidade do ato anulado, haja procedido de boa-fé. De resto, a hipótese cogitada é precisamente um caso paradigmático de responsabilidade do Estado por ato jurídico lícito. [...] “Com efeito, para a prática de inúmeros atos jurídicos ou mesmo materiais, os administrados dependem da aquiescência do Poder Público, de manifestações deste, que constituem ou dão origem a relações jurídicas, ora provindas de atos unilaterais, ora de atos bilaterais, como sucede com os contratos administrativos. Por força disto, ficam inelutavelmente expostos aos danos que resultarão se, ulteriormente, o ato administrativo que lhes serviu de suporte - e nos quais podiam estar tranqüilamente arrimados, ante a presunção de legitimidade dos atos administrativos - vier a ser anulado. É natural, então que o Poder Público responda por tais danos”.

356 O entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 73) nesse sentido é contundente: “Cumpra banir de vez a infundada suposição, altanto disseminada, de que o Poder Público pode fulminar seus atos viciados e ignorar a situação jurídica dos que hajam sido atingidos pelas conseqüências daí decorrentes. É possível mesmo que se a Administração Pública estivesse bem alertada sobre o dever de reparar os lesados em hipóteses quejandas, os servidores públicos redobriariam cautelas para não incorrerem na prática de atos viciados, prevenindo, dessarte, as correlatas conseqüências patrimoniais gravosas ao Erário, até porque, nos casos de dolo ou simplesmente de culpa de tais agentes, responderão eles pelos sobreditos danos, em ação regressiva, a teor da parte final do art. 37,

Outra questão, referente desta vez ao aporte da moralidade para o ato administrativo, refere-se ao impacto da primeira para a sustentação dos atos administrativos, especialmente quando os mesmos não implicarem dano à Administração Pública. Por outras palavras, questiona-se se diante da violação a um dever de moralidade, dentre os quais se compreende a boa-fé, deve o ato ser anulado.

Conforme raciocínio exposto por Egon Bockmann Moreira (2007, p. 102), a resposta, a uma primeira vista, parece acenar para uma solução mais tolerante às imoralidades administrativas, no sentido de que, se a ação administrativa, embora imoral, for legal e também atender ao interesse público, aparentemente não haveria razão para anular o ato. Inclusive a lei impõe o dever de anulação de atos apenas ilegais, e não imorais.

Contudo, referida interpretação reduziria a moralidade administrativa, princípio constitucionalizado e positivado na Lei nº 9.874/1999, em recurso meramente ilustrativo ou, quando muito, sugestivo. Deve-se conferir o devido peso que o sistema jurídico-normativo atribui à moralidade, de modo que sua operacionalização nas nulidades deve se dar de maneira similar à própria legalidade. Tal é a conclusão também acolhida por Egon Bockmann Moreira³⁵⁷.

Assim, havendo vício de moralidade, se possível, preenchidos os requisitos para convalidação dos atos, o ato deve ser convalidado. Do contrário, deve ser anulado, ainda que não contrarie dispositivo legal expresso.

§ 62, da Constituição do País”.

357 “[...] é dever da Administração convalidar atos com formalidade irregular, vício de competência transponível e de 'procedimento' – desde que não causem lesão ao interesse público ou a terceiro (Lei 9.784/1999, art. 55). Caso o motivo, conteúdo, 'procedimento' (que desvirtue sua própria finalidade), causa e finalidade sejam puramente agressivos à moralidade, o ato deve ser invalidado.” (Moreira, 2007, p. 105-106).

3.5 O funcionário de fato

Por sua estreita relação com a nulidade de atos administrativos, além de sua acolhida teórica e jurisprudencial de longa data, a figura do funcionário de fato é muito útil para ilustrar e expor em termos práticos o conteúdo até aqui tratado.

Primeiramente, faz-se uma breve incursão histórica. Conforme ensina Antonio Fernández de Bujan (2010, p. 254), havia uma viva atividade administrativa em Roma, o que demandava a estruturação de um aparato administrativo à altura do Império. Embora não houvesse um corpo normativo destacado e autônomo a que se pudesse designar por direito administrativo, havia diversas normas e instituições modernamente atreladas a esse ramo do direito.

Havia funcionários do *populus* de Roma e a figura do funcionário de fato já era conhecida dos romanos, com situações como a de um escravo que se fazia passar por pretor. A solução jurídica encontrada, desde então, era a convalidação dos atos pelo indivíduo que irregularmente passou-se por funcionário. Justificava-se a medida em argumentos diversos, como a *utilitas* pública ou razões metajurídicas, como a *humanitas*³⁵⁸.

No Brasil, já na década de 1950, Themistocles Brandão Cavalcanti³⁵⁹ tratou detidamente sobre o tema e destacou a recorrência prática do funcionário de fato à época, sendo também neste período que se encontra o primeiro registro de

358 Nesse sentido, entende Fernández de Bujan (2010, p. 254): “Un tercer ámbito de actividad administrativa sería el referido a la naturaleza, eficacia y validez de los actos administrativos: dentro de este apartado habría que incluir la regulación de las actividades de los funcionarios de hecho: por ejemplo, el esclavo que se hace pasar por pretor o *cuestor* o que llega a ser senador, estableciéndose la convalidación de sus actuaciones o bien por causa de la *utilitas* pública o bien em atención a razones metajurídicas como la *humanitas*”.

359 Assim Themistocles Brandão Cavalcanti (1953, p. 71) definiu funcionário de fato: “A situação aparente do indivíduo como funcionário sem contestação do poder público, induz uma presunção em favor da validade dos atos por êle praticados” e, também, distinguiu (p. 75) os vícios de investidura em extrínsecos (“falta de concurso, aprovação, etc”) e materiais (“quando não tenha o funcionário nomeado condições legais para exercer o cargo (idade, sexo, etc.)”). Nota-se também a peculiar divisão do tratamento da figura pelo autor em períodos de normalidade e de anormalidade (ou “revolucionários”) institucional.

juízo sobre atos do funcionário de fato no Supremo Tribunal Federal³⁶⁰. O autor (1953, p. 71-73) compreende o funcionário de fato não somente como aquele que foi investido irregularmente ou que não foi investido (ao que se denomina “usurpação” na doutrina), mas também os casos de prestação de serviços pelos particulares, a fim de auxiliar a Administração Pública em momentos de urgência.

Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, todos os agentes públicos, inclusive em períodos de urgência, deverão ser investidos regularmente, mediante concurso público, ainda que sumário (nos casos de contratação temporária de agentes públicos). Além disso, outra hipótese para a existência da figura em questão à época, quando não se cogitava do instituto na disponibilidade nos quadros públicos³⁶¹, referia-se à situação do funcionário contratado para substituir outro que havia sido demitido, tendo esse último se reintegrado ao cargo.

Nos tempos atuais, o funcionário de fato continua se manifestando em situações dispersas, quando, no âmbito de atividades estatais, um indivíduo, que não é investido no cargo ou, irregularmente investido, ou, ainda, o regularmente investido que posteriormente vem a perder as condições para o exercício do cargo, exerce na prática as funções públicas correspondentes às atribuições do cargo.

Dentre as causas para a investidura ilegal, pode-se apontar a incompetência funcional da autoridade que nomeia ou dá posse do cargo ao funcionário de fato, ou em casos de servidor que entra em exercício nos quadros do serviço público antes de cumpridas todas as formalidades para provimento no cargo, ou, quando cessada a investidura em cargo público, por quais motivos, continua o antigo servidor a praticar atos relativos às atribuições do cargo, entre

360 Cf. RE 19.383/PR (Rel. Min. Luiz Gallotti, D.J. 24/09/1951).

361 Inclusive porque o artigo 173 da Constituição Federal de 1934 (“Invalidado por sentença o afastamento de qualquer funcionário, será este reintegrado em suas funções, e o que houver sido nomeado em seu lugar ficará destituído de plano, ou será reconduzido ao cargo anterior sempre sem direito a qualquer indenização”), muito embora não tenha se reproduzido na de 1937, continuava em plena aplicação, conforme afirma Cavalcanti (1953, p. 76).

outras.

Como justificativa para a aplicação da teoria do funcionário de fato, apresentam-se, tradicionalmente, dois argumentos, conforme expôs Cavalcanti (1953, p. 81-85). O primeiro deles funda-se no erro comum, o erro cometido com frequência no padrão médio de indivíduos, sendo abstraído a fim de facilitar a dinâmica das trocas econômicas. Tal justificativa não seria admitida no direito brasileiro, tendo em vista a previsão constitucional dos parâmetros para provimento de cargos administrativos. Outro argumento é o da investidura aparente segundo a qual aos atos praticados por servidor não investido ou investido irregularmente é conferida a validade, em função do efetivo exercício do serviço como se regularmente investido fosse.

O funcionário de fato, contudo, somente assim se revelaria quando constatados os vícios em torno de sua atuação, sendo considerado até então como um agente público qualquer, sem quaisquer problemas. Isso porque todos os atos por ele praticados deram-se com aparência de legalidade e legitimidade, justamente por *parecer ser* regularmente investido em seu cargo. Apesar disso, os atos por ele praticados serão inválidos, por vício inerente ao próprio sujeito não investido em função pública que o pratica.

Ora, é indiscutível que a atuação do funcionário de fato gera efeitos jurídicos na prática, tanto em relação aos atos que pratica, como em relação a seu vínculo de fato com a Administração Pública. Assim, a discussão girará em torno dos efeitos jurídicos e práticos dos atos por ele praticados e dos direitos decorrentes da prática de tais atos perante a Administração Pública que se beneficiou da atividade do funcionário de fato³⁶². E, em suma, o funcionário de fato

³⁶² Barros Júnior (1970, p. 52) resume o problema da seguinte maneira: “Em princípio, só os agentes públicos que exerçam função de acordo com as normas que disciplinam as relações desta natureza poderiam praticar atos jurídicos válidos e ter a sua situação garantida pelo direito. Considerações de interesse geral - e o direito deve objetivar a conciliação dos interesses em conflito - levaram, todavia, os estudiosos a concluir pelo reconhecimento de efeitos jurídicos oriundos do exercício de fato da função pública. Tais efeitos são relativos não só à eficácia jurídica dos atos praticados pelos agentes de fato, eficácia igual àquela dos atos dos funcionários regulares, como quanto à situação dos agentes, em sua relação para com o Estado, no tocante ao reconhecimento de certos direitos. As questões jurídicas que o tema suscita são, por isso, as seguintes: a) relativamente à validade dos atos realizados: b) e aos

compreende o exercício ilegal da função pública, com a aparência de legalidade.

Pode-se supor que, uma vez praticados os atos tal como o praticaria um agente público regularmente investido, seria contrário ao interesse público e do serviço público a anulação dos efeitos práticos dos atos do funcionário de fato. Isso porque, além do argumento da irregularidade de investidura do agente público, nada mais há que macule o ato, praticado com a aparência de legalidade e legitimidade³⁶³. Assim, as atividades da organização administrativa avançaram e se beneficiaram de tal irregularidade, bem como o cidadão a quem o ato se destinou, que confiava na aparência legal e legítima da atuação do Poder Público e ao qual não se impõe o ônus de verificação da regularidade da investidura do agente público com quem tratou³⁶⁴.

Desse modo, atualmente, a solução para casos de atos praticados por funcionário de fato não se diferencia daquela já adotada pelos romanos. Sabendo-se que a prática de qualquer ato administrativo gera efeitos, pode-se desmembrá-los em jurídicos e fáticos. Os efeitos fáticos, já consolidados, deverão ser preservados para os cidadãos de boa-fé e para a Administração Pública. Os efeitos jurídicos, por sua vez, cessarão.

Em relação ao vínculo com a Administração Pública, questiona-se qual

efeitos jurídicos da relação entre o agente e a Administração pública”.

363 Acerca da plausibilidade da atuação do funcionário de fato, deve-se verificar inclusive a própria boa-fé do agente irregularmente investido, que acreditava atuar na conformidade do ordenamento. Nesse sentido, cite-se Barros Júnior (1970, p. 54): “Em cada caso será necessário, pois, atender aos fatos, às circunstâncias, os quais nos dirão se o exercício do cargo é ou não plausível. Elemento útil de apreciação será o relativo à boa-fé do próprio agente de fato, sob o aspecto da ignorância, em que estaria quanto ao vício da investidura e no tocante à prestação do trabalho no interesse da administração e não apenas no seu próprio”.

364 Barros Júnior (1970, p. 53) compreende os administrados como terceiros de boa-fé perante a Administração Pública e, por isso, deve aplicar a clássica fórmula civilista de preservação dos terceiros de boa-fé perante nulidades verificadas em uma primeira relação jurídica (no caso do funcionário de fato, a relação jurídica envolveria como sujeitos a Administração Pública e o servidor irregularmente investido): “Os terceiros entram em relação com os agentes administrativos, e, de boa-fé, os julgam legítimos representantes do poder público. Não seria possível exigir-se que fôssem os particulares investigar da regularidade da investidura do agente, desde que exerça êle, plausível, pública e pacificamente as atribuições. Os atos dos servidores públicos que exercem a função, com toda a aparência de regularidade, não podem, assim, deixar de ser válidos, em consideração à boa-fé dos terceiros que com êle trataram. É uma consequência imposta pela necessidade de segurança das relações jurídicas”.

deve ser o tratamento dispensado ao funcionário de fato. Nesse sentido, Barros Júnior (1970, p. 53) entende que somente lhe é devido o *quantum* pecuniário pelo serviço prestado³⁶⁵. Do contrário, haveria enriquecimento ilícito da Administração Pública. Desse modo, não é admitida a repetição das verbas salariais pagas ao agente irregularmente investido enquanto ele exercia as funções atribuídas ao cargo.

No entanto, continua o autor, não lhe serão de direito as demais vantagens advindas da carreira pública, tais como promoção, progressão salarial e contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Isso porque não pode o indivíduo invocar uma irregularidade para embasar um direito, sendo tal hipótese um contrassenso à própria conduta de boa-fé.

Como fundamento, Barros Júnior (1970, p. 56-58) aponta uma divisão de direitos que decorreriam da nomeação no cargo público e de direitos decorrentes do exercício da função. O salário seria a contraprestação devida pelas atividades desenvolvidas em favor da organização administrativa, desde que o faça de boa-fé³⁶⁶. As demais vantagens decorreriam da nomeação, a qual, como já visto, não foi regular no caso do funcionário de fato. Desse modo, conclui o autor que, em termos de deveres e responsabilidades, o funcionário de fato é igual a um servidor regular, porém, em termos de direitos, não.

Em suma, verifica-se que no caso do funcionário de fato há duas frentes de estabilização de efeitos de atos viciados. A primeira delas refere-se ao ato nulo da investidura do funcionário, que, como visto, gerará como efeitos o dever da

365 Há jurisprudência já consolidada a respeito. No Superior Tribunal de Justiça, confira-se o REsp 48.412/SC (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 08/08/1994) e, no Supremo Tribunal Federal, o RE 79.628/SP (Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 13/12/1974), o RE 78.596/SP (Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 18/11/1974), o RE 78.594/SP (Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 04/11/1074), o RMS 9.757/RS (Rel. Min. Pedro Chaves, DJ 17/04/1963) e o RE 19.383/PR (Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 24/09/1951).

366 O funcionário de fato de má-fé sequer fará jus à indenização pelos serviços prestados. Tal é o caso da apelação nº 0002192-93.2014.8.26.0266 do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rel. Des. Antonio Celso Faria, DJ 09/12/2015), que tratava de um caso no qual o funcionário de fato exercia suas funções como médico do SAMU, utilizando-se para tanto do nome e dos registros profissionais de um outro indivíduo, esse último médico real, valendo-se, portanto, de fraude. Sendo o funcionário de fato de má-fé, não deve ser remunerado.

Administração Pública retribuir o funcionário (de boa-fé) pelos serviços prestados, a fim mesmo de evitar seu enriquecimento ilícito e em prol da eficiência administrativa. A segunda frente de atos nulos diz respeito àqueles realizados pelo funcionário de fato no exercício das funções do cargo, que, uma vez benéficos ao administrado, terão seus efeitos de fato mantidos, em prestígio à boa-fé do mesmo.

3.6 Revogação do ato administrativo e boa-fé

O artigo 53 da Lei de Processo Administrativo Federal consagrou o poder geral de autotutela administrativa³⁶⁷, de acordo com o qual a Administração deverá anular os atos eivados de vício de legalidade e poderá revogá-los, quando assim for conveniente ou oportuno, sendo os direitos adquiridos resguardados. A invalidação dos atos administrativos foi tratada nos itens anteriores, e o presente item tratará da relação da boa-fé com a revogação dos atos administrativos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 397), “revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitados os efeitos precedentes”. Desse modo, por revogação define-se o ato, privativo da Administração Pública, que extingue outro ato válido, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Trata-se de uma hipótese na qual é admitido à Administração voltar sobre seus próprios atos, não em razão de ilegalidade, mas por própria discricionariedade, o que consubstancia um caso de admissibilidade de comportamento contraditório. Tal admissibilidade, conforme sustentarei, não se confunde com a incoerência e com a postura arbitrária e

³⁶⁷ Anteriormente, as súmulas 346 (“A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”) e 473 (“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”) do STF previam a autotutela administrativa. Ambas foram editadas na década de 1960.

errática na tomada de decisões administrativas.

O fundamento da revogação será a alteração das condições de conveniência e oportunidade que motivaram a produção de ato em momento anterior, e que, posteriormente, não mais justificam sua manutenção. Segundo afirmam Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 342), o fundamento da revogação “repousa na necessidade de a Administração realizar o sempre cambiante conceito de interesse público, contanto que não contrarie normas prescritas pelo ordenamento”. Trata-se também de uma atuação discricionária da Administração, que, contudo, não será ilimitada, a ela aplicando-se as considerações sobre a função limitadora da boa-fé, já referidas anteriormente neste estudo (item 1.5.2).

Por exemplo, em caso de licitação, a revogação da mesma somente será admitida nos termos do artigo 49, da Lei 8.666/93, isto é, por razões de interesse público superveniente e devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta³⁶⁸.

Percebe-se que, em que pese a discricionariedade conferida ao ato de revogação, ela não é ilimitada, sendo que a extinção discricionária de um ato por interesse público deve ser apenas excepcional e motivada a contento pela autoridade competente, segundo obriga o artigo 50, VIII, da Lei nº 9.784/1999. Do contrário, os indivíduos estariam sujeitos às flutuações da opinião administrativa e sem qualquer segurança jurídica.

Irene Nohara (2011, p. 228) aponta como limites à revogação dos atos: atos considerados como irrevogáveis pela lei; atos exauridos ou materialmente já executados; atos vinculados (porque a respeito deles não cabe o juízo de conveniência e oportunidade); “meros atos” (exemplificados por atestados,

³⁶⁸ Segundo aponta Irene Nohara (2011, p. 229), os efeitos dos atos autoexecutórios administrativos que restringem direitos devem ser precedidos da oportunidade de ciência manifestação do particular afetado sobre sua ilegitimidade (no entanto, mantém a autoexecutoriedade, porque a Administração não será obrigada a acatar a pretensão do particular). Como exceção, o artigo 49, §3º, da Lei 8666, segundo o qual o desfazimento da licitação deverá ser precedido de contraditório e ampla defesa.

certidões ou votos); atos preclusos em função do advento de ato sucessivo (como os que compõem um procedimento); atos complexos (perfeitos com a concorrência da manifestação de diferentes órgãos); atos a que correspondem direitos adquiridos (nos termos da súmula 473/STF).

Hely Lopes Meirelles (2002, p. 195-197) ao mesmo tempo em que compreende a revogação fundada no “poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização dos seus fins específicos”, sendo, portanto, um mecanismo útil à gestão administrativa, também entende que deve ser exercida dentro de limites. Isso porque, se, em princípio, todo ato administrativo é revogável, o “interesse na estabilidade das relações jurídicas” e o “respeito aos direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades dos Poder Público” representarão restrições a tal atividade da Administração.

Entende-se que, nos casos de aparente legalidade na atuação da Administração, conformando a boa-fé e a confiança dos administrados em sua atuação, soa arbitrário revogar-se, quando possível, um ato administrativo, sem que haja o devido processo administrativo, no qual o particular exerça o contraditório substancial, de modo a manifestar-se e influir na decisão.

Quanto aos efeitos da revogação, é pacífico tratarem de alcance *ex nunc*, isto é, em respeito aos efeitos pretéritos produzidos pelo ato revogado. O fundamento da não retroatividade dos efeitos da revogação, segundo aponta Cretella Júnior (1977, p. 177), é justamente a “proteção da confiança do destinatário na duração do ato”, ou seja, a boa-fé do seu beneficiário. Tal constatação se sustenta também na exposição de Forsthoff (1958, p. 361), que afirma ser descabida a proteção dos efeitos pretéritos do ato se o beneficiário estivesse de má-fé, tendo-lhe dado causa de modo ilegal.

Apesar disso, questiona-se se a própria revogação será válida, de modo a não ofender as expectativas de boa-fé dos administrados que se beneficiavam dos efeitos do ato revogado. Por outras palavras: poderá a boa-fé representar um

limite objetivo para a revogação de ato administrativo?

Entendo que, dentro dos parâmetros que apontei, sim. Ora, se a alteração das circunstâncias de fato que compõem a justificativa da conveniência e oportunidade da revogação não forem suficientes ou adequadas para embasá-la, ou, ainda, se as justificativas da revogação pudessem ter sido consideradas no próprio momento da produção do ato a ser revogado, mas não foram – de modo a existir um *erro* da Administração –, surpreendendo por isso os beneficiários do ato, que não esperavam tê-lo revogado, haverá violação à boa-fé, e mesmo um *comportamento contraditório inadmissível* da Administração, que produziu o ato e depois o desfez, sem motivos razoáveis para tanto. Nesse caso, a discricionariedade revocatória será exercida fora dos limites admissíveis, os quais se encontram no interesse público. Se as circunstâncias mencionadas não tiverem se alterado para perfazer uma justificativa razoável para a revogação, ou (a) não há real interesse público envolvido para tanto, ou (b) houve um erro da Administração na produção do ato. É possível entender que, na hipótese (a) a boa-fé poderá fazer frente à revogação, em sua função de limitação da discricionariedade, a qual será, portanto, ilícita. Na hipótese (b), em que pese a boa-fé não obstar a revogação, ela gerará como efeito (prospectivo) o dever de compensação da Administração (nos termos do item 2.5.3) ao administrado.

A tutela da boa-fé se imporia de tal forma que Cahali (2012, p. 297) afirma que a revogação de ato administrativo somente é possível se esse for ilegal, pois, sendo legal, gerará direito subjetivo para o beneficiário. Assim, segundo expõe, o limite para o poder de revogação se encontra na lei e no direito adquirido gerado pelo próprio ato.

Um exemplo poderá elucidar melhor o ponto. Tome-se o caso da revogação de autorização, um ato discricionário, que permite ao particular o exercício de atividades, que, sem esse ato liberatório, seriam vedadas. A revogação de autorização somente deve ser admitida em face de interesse público superveniente e desde que justificado, e, ainda, mediante indenização.

Tais aspectos, para Cahali (2012, p. 296-297), justificariam a responsabilidade do Estado em casos de revogação. Se, conforme aponta o autor, uma autorização de funcionamento de indústria se expedir em função de erro da Administração, ainda assim, a responsabilidade objetiva extracontratual do Estado persiste, em decorrência do “mau funcionamento do serviço público”. Ademais, a revogação, por também perturbar as expectativas do particular e gerarem restrição de direitos, deverá ser precedida de processo administrativo.

Outro exemplo também apresentado por Cahali (2012, p. 298-299) é especialmente explicativo. Em caso de revogação de permissão, por essa não gerar direito subjetivo ao permissionário, dela não advirá qualquer responsabilidade para o Estado. Contudo, em se tratando de permissão precária concedida a estabelecimento industrial para exploração de pedreira, desse modo regularmente licenciado pelo Município, a lei municipal superveniente que altere o zoneamento não autoriza o Poder Público a interromper o funcionamento do estabelecimento industrial (regularmente licenciado em conformidade com seus usos), sob pena de se desrespeitar direito adquirido. Nesse caso, se o Município decidir manter a alteração no zoneamento, com a cessação de toda atividade com ele desconforme, deverá indenizar o particular que a exercia.

Um terceiro exemplo é obtido no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Mandado de Segurança nº 4.288 (DJ: 12/06/1996, Rel. Min. Willian Patterson). Entendeu-se que a revogação de decisão administrativa de renovação da validade de concurso não poderia ser admitida, pois haveria gerado direito adquirido aos candidatos do concurso em questão. Em que pese a decisão sobre a renovação do concurso ser discricionária, uma vez tomada e gerando benefícios aos interessados, não poderá a Administração voltar em seus passos, havendo um dever de coerência sustentado pela confiança dos administrados, convertida em verdadeiro direito adquirido³⁶⁹.

³⁶⁹ Assim se lê no acórdão: “Ora, a Administração não estava obrigada a prorrogar o prazo. Poderia, no uso de sua faculdade discricionária, deixar de fazê-lo, sem que isso lhe acarretasse qualquer dificuldade em relação aos candidatos. Porém, ao se decidir pela prorrogação, dentro do juízo de valor que lhe inspirava a oportunidade e o interesse, a Administração não poderia reverter esse quadro, pois já não mais se cuidava de uma

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 399) distingue dois objetos a que se dirige a revogação: o ato em si (no caso de atos administrativos abstratos, como regulamentos) e o efeito do ato (no caso de ato concreto já eficaz, para que novos efeitos dele não decorram, respeitados as relações jurídicas já produzidas). Diferentemente, aponta Ferraz (1977, p. 53)³⁷⁰, para quem a revogação será sempre do ato, sendo seus efeitos sempre preservados.

Assim, é possível também entender que a revogação se volta aos efeitos futuros do ato. Ainda, seja o ato concreto, seja ele abstrato, dele decorrerão efeitos e *expectativas de efeitos* que gerarão determinadas situações, envolvendo planos e mobilização de recursos pelos particulares, no plano dos fatos. E que o administrado, fiando-se em que o juízo administrativo discricionário será estável e não arbitrário, confia na manutenção dos efeitos desse ato, enquanto as circunstâncias que o motivaram não se tiverem alterado de modo suficiente a justificar sua revogação.

Por decorrência lógica, sendo a revogação destinada a retirar os efeitos de *atos válidos*, a motivação para tanto deverá ser muito mais vigorosa, de modo a demonstrar-se a legitimidade do exercício da discricionariedade, e não seu uso abusivo ou em desvio de poder. O dever de motivação nos atos revocatórios conta inclusive com previsão expressa, no artigo 50, inciso VIII, da Lei de Processo Administrativo Federal. Ora, diferentemente do fundamento da anulação do ato administrativo, que reside na restauração do estado de legalidade do ordenamento, aqui a legalidade resta preservada, e outros motivos haverá para a revogação. Desse modo, embora haja discricionariedade, essa será limitada, e dentre os diversos limitantes, figurará a boa-fé dos beneficiários do ato.

Cria-se, em regra, uma expectativa no sentido da *não revogação*, a que correspondem os limites da revogação em face da boa-fé dos beneficiários do

expectativa - a prorrogação -, mas de um direito, de uma situação jurídica definida".
370 Segundo afirma Ferraz (1977, p. 53), "[a] revogação, reitera-se, é do ato, e não, de seus efeitos. Por consequência, se o ato válido extinto era eficaz, seus efeitos estão salvaguardados. Se era ainda ineficaz, a consequência imediata de sua revogação é a de obstar a produção de qualquer efeito, com base em suas disposições".

ato. Sem justa causa, havendo revogação do ato, haverá também a quebra da confiança legítima dos administrados, que, então, poderão valer-se da respectiva tutela que lhes cabe, e que foi tratada anteriormente neste trabalho, seja por meio da manutenção do ato, seja por meio da indenização.

Isso porque, conforme aponta Ferraz (1977, p. 54), à Administração Pública é inadmissível “ser volúvel ou errática em suas opiniões”, e, segundo o autor, a estabilidade da decisão administrativa consiste em “uma qualidade do agir administrativo imposta pelos princípios constitucionais da boa-fé, da moralidade, da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos e da segurança jurídica”.

Note-se que não se trata de afirmar que, em face da boa-fé, a Administração não poderá revogar atos contrários ao interesse público. Ora, a conveniência e a oportunidade da revogação, desde que autênticas, responsáveis e condizentes com o critério da boa Administração, legitimam o desfazimento dos atos administrativos pelo exercício discricionário de tal medida pela Administração. É dizer, de outro lado, que a boa-fé dos beneficiários do ato a ser revogado deve ser sopesada na equação da discricionariedade revocatória, de modo a não caracterizar a atuação oscilante e inconsistente da Administração, além de impor deveres específicos do reforço à motivação, e da oportunização da ampla defesa e do contraditório aos interessados.

Nesse sentido, em favor da consistência que se espera da Administração Pública, a que corrobora a vedação dos atos contraditórios, a revogação dos atos administrativos deverá ser excepcional e robustamente motivada. Adicionalmente, deve-se oportunizar aos interessados no ato revocatório a ampla defesa e o contraditório, uma vez que, não obstante tratar-se de ato discricionário, a instauração do devido processo legal permitirá, conforme apontam Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 345), a manifestação do administrado sobre os atos que frustrarão seus direitos e as eventuais ilegalidades envolvidas, muito embora não caiba ao mesmo pretender alegar a inconveniência pública da revogação.

3.7 Jurisprudência

A jurisprudência em matéria de ato administrativo e boa-fé é, comparativamente às demais formas de atuação da Administração tratadas nesta pesquisa (contrato e processo), a mais numerosa, a mais diversificada, bem como a que, segundo se pode inferir, apresenta os entendimentos jurisprudenciais mais desenvolvidos e conscientes da boa-fé em direito administrativo. Daí o esforço de síntese do presente item ser maior e a análise ser mais complexa.

Primeiramente, registrem-se os temas mais frequentes em tema de ato administrativo e boa-fé. As questões que mais apareceram na amostra foram as que tangem matérias relativas a agente público (compreendendo tanto acúmulo ilegal de cargos, como improbidade administrativa), pagamento indevido de verbas pela Administração Pública (seja a agentes públicos, seja a particulares sem vínculo funcional), ocupação de bens públicos (que abrange questões de indenização por benfeitorias e de regularização da posse), invalidação de ato administrativo (perpassando desde relações jurídicas já consolidadas a cobranças indevidas por parte da Administração Pública, funcionário de fato, atos contraditórios da Administração, e por revisão de anistia).

O tratamento de cada um dos temas e subtemas destacados será abordado de maneira sintética nos próximos parágrafos. Embora haja variações de tratamento pertinente à boa-fé em cada um deles, é possível identificar uma certa unidade mínima para cada um, o que viabiliza a análise.

Nos acórdãos referentes ao acúmulo ilegal de cargos³⁷¹, verifica-se que a discussão principal centra-se justamente na existência de boa-fé ou não, análise

371 Vide acórdãos do RMS 19.433 (STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 07/02/2006: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500007486&dt_publicacao=20/03/2006), MS 10.031 (STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 25/10/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401460126&dt_publicacao=26/03/2007) e RMS 28.497 (STF, Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 20/05/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7086153>).

essa voltada para o comportamento do agente público. A ele atribui-se o dever de informar o exercício de dois cargos públicos, independentemente de sua natureza. Além disso, a boa-fé relaciona-se também com o exercício da opção por um dos cargos inacumuláveis quando no momento oportuno para tanto³⁷².

Quanto ao primeiro dever relacionado ao comportamento de boa-fé, o de informar o exercício de outro cargo público, nota-se que há uma discussão sobre se há o dever de informar o exercício de cargo a que o agente público reputa ser acumulável com o outro. O acórdão do RMS 28.497 entende que a ausência de boa-fé de uma servidora pública é evidenciada pelo fato de ela ter omitido que exercia, à época da assunção de outro cargo público, um cargo público de professora³⁷³.

Quanto ao dever de informação atrelado à boa-fé objetiva, destaca o acórdão que, não obstante a servidora considerasse que seu cargo de professora fosse de natureza técnica ou científica (o que, nos termos do artigo 37, inciso XVI, alínea “b”, da Constituição Federal, autorizaria o acúmulo de cargos), não cabe levantar tal argumento para caracterizar sua boa-fé. Isto é, sua crença com relação ao cargo, ou seja, sua boa-fé subjetiva é desconsiderada ou mesmo tratada como irrelevante para afastar o caráter ilegal e inconstitucional do acúmulo de cargos. Isso porque, além de, nos termos do acórdão, pairarem dúvidas sobre a identificação da natureza do cargo (o que depende de uma “análise concreta das funções desempenhadas”), o comportamento da servidora não se coaduna com o esperado de boa-fé, pois “não apenas ela deixou de

372No RMS 19.433 afirma-se o dever de a Administração proporcionar a oportunidade de o servidor optar por um dos cargos; do contrário, e associado às circunstâncias que deixem revelar a intenção de o servidor optar, o acúmulo de cargos seria de boa-fé. É o que pode depreender-se do seguinte trecho do acórdão: “Aqui, fica claro que a boa-fé é objetiva, bastando a manifestação de desejo de optar, o que, como afirmado pelo recorrente, foi formalizado, porém não deferido. Assim, também há que se reconhecer razão ao recorrente quando afirma que deveria ter sido garantido a ele o direito de optar pelos proventos do cargo de engenheiro, caso realmente se verificasse a alegada acumulação ilegal de cargos. Todavia, como salientado, esse direito não foi respeitado no decorrer do processo administrativo disciplinar, sob alegação de que estaria demonstrada a má-fé do recorrente”.

373 O mesmo entendimento é reproduzido no MS 10.031, no qual se lê: “Vê-se, pois, que mesmo após a instauração do procedimento para apurar a acumulação ilegal de cargos, o impetrante assumiu outra função. Incabível, pois, a alegação de boa-fé”.

declarar que ocupava o cargo de professora no Estado do Maranhão como, convocada para optar, deixou de fazê-lo, conforme se tem nos autos”³⁷⁴.

Quanto ao tema da improbidade administrativa e boa-fé³⁷⁵, a hipótese de que se empregaria a dimensão subjetiva dessa última é confirmada, ou seja, nos acórdãos relativos ao tema levantados na amostra, foi verificada em todos. Por todos, é representativo o acórdão proferido no REsp 807.551³⁷⁶, no qual se atrela ao ato de improbidade, para além da mera ilegalidade, o caráter desonesto, do agir de má-fé. Assim se lê no acórdão: “A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade [...]”.

Em relação ao subtema do pagamento indevido de verbas pela Administração ao agente público ou em virtude de aposentadoria, foi selecionado um acórdão representativo da questão (MS 24.580, a ser analisado mais detidamente no item 3.8.2), em razão do considerável número de acórdãos sobre o tema³⁷⁷, o que demonstra sua expressividade na jurisprudência sobre boa-fé no

374 Lê-se também no acórdão: “Não há, até os dias de hoje, um conceito preciso acerca do alcance da expressão constitucional ‘cargo técnico e científico’ inserida no artigo 37, inciso XVI, alínea “b”, da Carta de 1988. A incerteza quanto à possibilidade de acumulação dos cargos que a Recorrente ocupava, incerteza que se espalha no campo doutrinário e, também, na jurisprudência, indica a boa-fé da Recorrente. Para a identificação da natureza do cargo, se técnico e científico, não basta a sua denominação, mas a análise concreta das funções desempenhadas, o que pode suscitar profundas controvérsias. Aliado a isso, o longo decurso de tempo em que a acumulação perdurou também reforça a necessidade de incidência de normas jurídicas que contenham o poder da Administração Pública de anular atos favoráveis aos seus destinatários. [...] Não vislumbro, portanto, a alegada decadência, pois o prazo previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 somente pode ser considerado após o início de vigência da norma. Tampouco reconheço boa-fé da Recorrente a ensejar a aplicação do princípio da proteção da confiança, pois não apenas ela deixou de declarar que ocupava o cargo de professora no Estado do Maranhão como, convocada para optar, deixou de fazê-lo, conforme se tem nos autos”.

375 REsp 480.387. STJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 24/05/2004; REsp 467004. STJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 29/09/2003; REsp 490259. STJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 04/02/2011; REsp 13958. STJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA MS, DJ 01/08/2011; REsp 514820. STJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 05/09/2005; REsp 1374355. STJ, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJ 28/10/2015; REsp 1227849. STJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ 13/04/2012.

376 REsp 807.551/MG. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. 25/09/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600064430&dt_publicacao=05/11/2007>.

377 Cf. REsp 1.244.182, RMS 42396, REsp 1174047, MS 19260, EREsp 1335962, REsp 1306161, REsp 1384418, REsp 1359465, MS 17224, REsp 1334533, RMS 34244, REsp 1182006, REsp 1120510, RMS 31955, REsp 1086048, REsp 1191888, RMS 33034, RMS

direito administrativo³⁷⁸.

Em uma perspectiva mais ampla, a devolução de valores indevidamente pagos pela Administração Pública era entendida como indevida desde que atendidos os seguintes pressupostos: (i) tratar-se de verba alimentar (o que é de fácil caracterização em se tratando de verbas remuneratórias), (ii) paga em decorrência de erro interpretativo da Administração Pública, (iii) recebida de boa-fé pelo servidor.

Referido entendimento, no entanto, representa uma mudança jurisprudencial, conforme relatado em alguns acórdãos, pois, anteriormente, prevalecia a determinação de devolução dos valores recebidos, não obstante a boa-fé do servidor público. A repetição, contudo, sujeitava-se ao limite de 10% (dez por cento) da remuneração do servidor. O acórdão paradigma da virada jurisprudencial, cujo posicionamento foi seguido pelos demais, foi o proferido no REsp 488.905³⁷⁹.

32706, RMS 27286, REsp 758309, RMS 21414, EREsp 711995, REsp 739767, RMS 10332, REsp 535134, RMS 20875, EREsp 612101, MS 10740, MC 10382, RMS 18121, REsp 725118, REsp 644716, REsp 639264, REsp 554469, REsp 549790, REsp 651081, RMS 17308, REsp 645165, MS 9112, MS 9115, REsp 598395, REsp 488905, REsp 626884, REsp 625255, RMS 16934, REsp 950382, REsp 935358, REsp 868100, REsp 908474, REsp 1170670, RMS 44477, MS 11658, RMS 45963, EREsp 1086154, RMS 33673, MS 13818, RMS 18780, REsp 1283693, REsp 1159237, REsp 1250657, RMS 33045, REsp 1210320, REsp 1016680, REsp 828073, REsp 1104749, REsp 1098490, REsp 944325, AR 1358, REsp 993269, REsp 615318, REsp 673598, REsp 824617, REsp 663831, RMS 15967, REsp 498336, REsp 590971, REsp 538746, REsp 1484155, RMS 17133, REsp 572683, MS 22315, RE 638115, MS 29247, MS 28700, RE 609381, MS 24268, MS 24448, MS 24580, MS 24875, MS 24927, MS 26085, ADI 3791, REsp 1244182, MS 25116.

378 Para uma análise específica a respeito do tema da devolução de valores pagos pela Administração Pública, incluindo a perspectiva jurisprudencial mais ampla, abrangendo todos os Tribunais brasileiros, das diferentes especialidades, vide dissertação de Emmanuel Ruck Vieira Leal (2013), intitulada “A boa-fé no direito administrativo: a questão da devolução de salários ou proventos pagos de forma indevida pelo Estado”.

379 REsp 488.905/RS. STJ, Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ: 17/08/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201730377&dt_publicacao=13/09/2004>. Nesse sentido, vide o quanto reproduzido do acórdão proferido no REsp 651.081 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJ: 19/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400460930&dt_publicacao=06/06/2005>): “Prevalecia neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os valores indevidamente recebidos, ainda que de boa-fé, por servidores públicos sujeitam-se à repetição, observado o limite máximo de dez por cento da remuneração. Recentemente, entretanto, no julgamento do Resp no. 488.905, de relatoria do ilustre Ministro José Arnaldo da Fonseca, a Egrégia Quinta Turma firmou

Conforme se depreendeu dos acórdãos analisados, excluem-se da verificação dos três pressupostos anteriormente mencionados as verbas recebidas pelos servidores em decorrência de decisão judicial precária. Isso porque, além de as verbas não terem sido pagas por iniciativa da própria Administração, mas sim do Judiciário, não podendo atribuir-se à primeira o erro interpretativo, entende-se que o servidor ou o aposentado teria ciência da precariedade da decisão, que, portanto, poderia ser revertida, sendo então devida a devolução dos valores³⁸⁰.

Com relação à delimitação do conteúdo da boa-fé, a análise pode ser feita a partir dos critérios empregados pelos acórdãos para afirmar ou negar sua existência. A maioria não problematiza referido ponto, apenas fazendo referência de que os valores foram recebidos de boa-fé³⁸¹. No entanto, encontraram-se

entendimento no sentido de que não será cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé e se houve errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública [...] In casu, não se discute o recebimento indevido de verbas remuneratórias decorrentes de interpretação equivocada de dispositivo legal, tampouco se cogita de erro da Administração ou boa-fé do impetrante. A Administração nada mais fez do que dar cumprimento a uma determinação judicial, cujo caráter provisório era conhecido pelos autores da primitiva ação ordinária”.

380 Vide acórdão proferido no REsp 651.081 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJ: 19/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400460930&dt_publicacao=06/06/2005>) e trecho reproduzido na nota de rodapé anterior, RMS 32.706 (STJ, Primeira Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 15/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001441217&dt_publicacao=14/04/2011>), bem como REsp 1.016.680 (STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 10/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702997010&dt_publicacao=10/09/2010>). Em sentido diverso, vide acórdão proferido no REsp 1.334.533 (STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 02/04/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201540398&dt_publicacao=09/04/2013>), segundo o qual as verbas pagas durante vigência de cautelar judicial que assim determinassem não deveriam ser restituídas, pois a boa-fé daquele que as recebeu perdurou durante referido período, e, por isso, salvaguardaria os pagamentos: “É pacífica a jurisprudência desta Corte, segundo a qual não é cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé pelo servidor e se houve errônea interpretação, má aplicação da lei ou erro por parte da Administração Pública. [...] Partindo dessas premissas, verifico que desde a concessão do adicional, em 1996, até seu cancelamento, em fevereiro de 2002, a particular recebeu de boa-fé as parcelas em questão. Além disso, essa boa-fé perdurou durante todo o período em que surtiu efeitos a concessão da tutela antecipada, que determinou à parte ré o regular pagamento da verba suprimida, bem como se abstinhasse de descontar o valor das parcelas percebidas do adicional em questão, até o julgamento da demanda (fl. 146). Também é assente o entendimento de que mesmo nas situações albergadas por decisão judicial de natureza precária, há boa-fé presumida que o desobriga a restituir o indevido à Administração”.

381 Como exemplo bem ilustrativo, tem-se o próprio REsp 488.905 (STJ, Quinta Turma. Rel. Min.

alguns acórdãos com relevantes considerações a respeito, especialmente dois deles, que então podem auxiliar a pesquisa na construção da teoria da boa-fé em direito administrativo, e cujas considerações, por isso, serão reproduzidas nos próximos parágrafos.

Uma das considerações relevantes para se delimitar a aplicação da boa-fé é tratada no acórdão proferido no MS 26.085³⁸², segundo o qual a má-fé não se presume³⁸³, devendo restar cabalmente demonstrada para que se possa afastar a presunção de boa-fé no recebimento de valores pagos indevidamente pela Administração Pública. Afinal, o referido pagamento pode ser somente atribuído à Administração, e, não havendo qualquer indício de que aquele que o recebeu contribuiu para o erro, depreende-se sua boa-fé e, por tabela, a dispensa da repetição do quanto recebido³⁸⁴.

- José Arnaldo da Fonseca. DJ: 17/08/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201730377&dt_publicacao=13/09/2004O>), mencionado anteriormente, no qual apenas se faz referência à presunção de boa-fé, e que, por isso, a restituição dos valores indevidamente pagos não deve ser feita: “Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei”.
- 382 MS 26.085/DF. STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ: 07/04/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533757>>.
- 383 Nesse mesmo sentido, RMS 18.780 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJ: 12/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401116650&dt_publicacao=11/06/2012>): “[...] salvo em circunstâncias excepcionais, aferíveis caso a caso, não é possível, em regra, afastar a boa-fé do servidor no recebimento de valores quando pagos unilateralmente pela Administração Pública, em decorrência exclusiva de errônea ou inadequada interpretação da lei”.
- 384 Assim lê-se no acórdão do MS 26.085 (STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ: 07/04/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533757>>): “A respeito da necessidade de reposição dos valores indevidamente percebidos pelo Impetrante, o Procurador-Geral da República ponderou que ‘a Corte de Contas não logrou comprovar a inexistência de boa-fé que elidisse a aplicação da Súmula n. 106 daquele tribunal, de modo que, nesse ponto, impõe-se o acolhimento da impetração’ (fl . 130). Não há nos autos demonstração de que o Impetrante teria agido de má-fé para obter a vantagem do art. 193 da Lei n. 8.112/90. Não prospera, por isso, o argumento de que ‘não estaria configurada a boa-fé do impetrante, já que não se trata [rial aqui de equívoco na interpretação das normas, mas de clara contagem ilegal do mesmo tempo de serviço para a concessão de duas vantagens’ (fl. 89). Ainda que a percepção da vantagem tenha-se dado de forma indevida, não se pode atribuir o equívoco ao Impetrante, mas apenas ao Centro Federal de Formação Tecnológica e à Universidade Federal da Paraíba, que permitiram a contagem indevida do mesmo tempo de serviço para a aquisição da dupla vantagem. Ao contrário da boa-fé, a má-fé não pode ser presumida, razão pela qual não se pode admitir seja o Impetrante submetido ao ônus de restituir aquilo que recebeu indevidamente. Tal situação apenas se mostraria viável se o Tribunal de Contas da União demonstrasse ter o Impetrante agido dolosamente com o objetivo de induzir as instituições em

Outro dos critérios para a configuração da boa-fé no recebimento das verbas indevidamente pagas pela Administração pode ser encontrado na confiança ou na crença daquele que as recebe acerca da legalidade e da definitividade do recebimento. Nesse sentido, o acórdão proferido no MS 19.260³⁸⁵ pelo STJ estabelece como parâmetros para a manutenção da presunção da boa-fé o caráter não patente da ilegalidade do recebimento de verbas da Administração, bem como se tais verbas não foram conferidas em função de decisão precária³⁸⁶, como cautelar em ação judicial³⁸⁷. Por outro lado, tendo

erro, o que não se deu na espécie dos autos. [...] Por isso é que, conquanto não seja possível a manutenção da vantagem ilegalmente percebida pelo Impetrante, não se lhe há de impor a restituição do montante que recebeu de boa-fé até a data da prolação do acórdão pelo Tribunal de Contas. A situação fática descrita nos autos conduz à necessária aplicação da Súmula 106 do Tribunal de Contas da União”.

385 MS 19.260/DF. STJ, Corte Especial. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 03/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202094770&dt_publicacao=11/12/2014>.

386 Saliente-se que a definitividade da decisão, incluindo decisão judicial, que concede as verbas, é considerada como caracterizadora de boa-fé. Assim pode-se inferir do quanto pronunciado no acórdão do REsp 673.598 (STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 17/04/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401067658&dt_publicacao=14/05/2007>): “Não obstante, em recente julgado proferido à unanimidade, a Quinta Turma, revendo o posicionamento anterior, entendeu que, diante da presunção de boa-fé no recebimento de valores pelo servidor, é incabível a restituição do pagamento quando decorrente de equívoco de interpretação ou má aplicação da lei pela Administração. [...] De fato, estando o recebimento das verbas amparado por sentença transitada em julgado, não é possível afastar a presunção de boa-fé do servidor, sob pena de total insegurança nas relações jurídicas”. No mesmo sentido sobre o dever de devolução de valores recebidos mediante conhecimento da precariedade da decisão, confirmam-se o REsp 828.073 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Celso Limongi. DJ: 04/02/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600665222&dt_publicacao=22/02/2010>) e o MS 29.247 (STF, Primeira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ: 20/11/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3432865>>).

387 Reproduzem-se os trechos pertinentes do MS 19.260 (STJ, Corte Especial. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 03/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202094770&dt_publicacao=11/12/2014>) a respeito: “Na linha dos julgados precitados, portanto, o elemento configurador da boa-fé objetiva é a percepção, por aquele que recebe a verba alimentar, do caráter legal e definitivo do pagamento. Não há, por outro lado, como o receptor da verba presumir o caráter legal do pagamento em hipóteses de patente cunho indevido, como, por exemplo, no recebimento de auxílio-natalidade (art. 196 da Lei 8.112/1990) por servidor público que não tenha filhos. Também não há como aquele que recebe a verba ter a compreensão da definitividade do pagamento nas previsões legais que atribuem precariedade ao caso, como na hipótese de recebimento por força de provimentos judiciais liminares, de acordo com o estabelecido nos mencionados REsp 1.384.418/SC e REsp 1.401.560/MT. Voltando aos pressupostos fáticos informados pela autoridade impetrada, há suporte suficiente para a incidência da tese que afasta a reposição ao Erário de verbas recebidas a maior, pois o pagamento reputado indevido foi por alegado erro de cálculo da Administração. Tal situação, como acima fundamentado, evidencia a boa-fé objetiva do servidor no recebimento da verba alimentar culminante na irrepetibilidade dos valores

aquele que recebeu os valores conhecimento da ilegalidade de tal situação, configura-se sua má-fé e impõe-se a devolução das quantias recebidas³⁸⁸.

Questiona-se, a partir do entendimento adotado no acórdão do ERESP 1.086.154³⁸⁹, se a devolução das verbas recebidas em virtude de decisão judicial precária é devida. Isso porque, segundo afirma o acórdão, a concessão do pagamento em decisão não definitiva é suficiente para gerar a legítima expectativa do acerto da mesma, bem como da legalidade dos pagamentos³⁹⁰. Esse não é o entendimento que prevalece na jurisprudência, ao menos considerando a amostra selecionada. Mas entendo relevante destacá-la, pois a partir dela seria possível alegar-se, com fundamento na jurisprudência da boa-fé já consolidada, atribuir como indevidos os pagamentos efetuados apenas após a

-
- auferidos”. No mesmo sentido, vide REsp 824.617 (STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 20/03/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600487030&dt_publicacao=16/04/2007>).
- 388 Tal é o entendimento adotado no RMS 33.673 (STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJ: 07/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100196161&dt_publicacao=16/05/2013>), que determina a devolução de valores pagos a título de aposentadoria a indivíduo cientificado judicialmente da ilegalidade das verbas recebidas: “No entanto, na específica situação dos autos, afasta-se a presunção de boa-fé ante a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que expressamente reconheceu o caráter indevido da quantia recebida desde 2007. Ora, não há se falar em boa-fé quando o pensionista que participou da demanda judicial foi cientificado acerca da ilegalidade da cota recebida, pois ele se submete a todos os efeitos daquele ato, não se cogitando in casu do desconhecimento da irregularidade da situação.”. No mesmo sentido, vide o MS 24580 (STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJ: 30/08/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495524>>), o RMS 33.034 (STJ, Primeira Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 15/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001812915&dt_publicacao=23/02/2011>) e o MS 13.818 (STJ, Corte Especial. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ: 20/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802022594&dt_publicacao=17/04/2013>), no qual se lê expressamente que “É elemento característico e indispensável à configuração da boa-fé não ter o servidor conhecimento de que era ilegítimo o pagamento que recebia.”
- 389 EREsp 1.086.154/RS. STJ, Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 20/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201143931&dt_publicacao=19/03/2014>.
- 390 Assim se lê no ERESP 1.086.154 (STJ, Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 20/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201143931&dt_publicacao=19/03/2014>): “Essa expectativa legítima de titularidade do direito, advinda de ordem judicial com força definitiva, é suficiente para caracterizar a boa-fé exigida de quem recebe a verba de natureza alimentar posteriormente cassada, porque, no mínimo, confia – e, de fato, deve confiar – no acerto do duplo julgamento. E essa confiança, porque não se confunde com o mero estado psicológico de ignorância sobre os fatos ou sobre o direito, é o que caracteriza a boa-fé objetiva”.

cassação da decisão precária.

Tal critério também ressoa no acórdão proferido no EREsp 612.101³⁹¹, o qual se fundamenta com a teoria da aparência³⁹². Referida teoria embasa a atribuição do caráter jurídico a uma situação de fato (ainda que ilegal), desde que tal situação tenha resultado de (i) erro do agente público ao realizar os pagamentos indevidos e que tal erro seja (ii) escusável³⁹³ (sendo a escusabilidade aferida a partir da “situação pessoal de quem nele incorreu”)³⁹⁴.

391 EREsp 612.101/RN. STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Paulo Medina. DJ: 22/11/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501521428&dt_publicacao=12/03/2007.

392 A teoria da aparência, com os mesmos fundamentos, também é adotada no RMS 18.121 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Paulo Medina. DJ: 13/12/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400510484&dt_publicacao=08/10/2007) e no REsp 908.474 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias. DJ: 27/09/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602687159&dt_publicacao=29/10/2007), proferidos no STJ.

393 Nesse sentido, o REsp 639.264 (STJ, Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ: 04/10/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400142689&dt_publicacao=14/11/2005): “Em recente decisão, este Superior Tribunal de Justiça traçou diferença entre ilegalidade manifesta e errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública”. Um exemplo de ilegalidade manifesta é apresentada no caso do REsp 1.159.237 (STJ, Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 11/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901936855&dt_publicacao=17/11/2011), no qual o adicional de insalubridade continuou a ser pago a um servidor, ainda quando ele passou a exercer trabalho sem qualquer insalubridade: “A ausência de boa-fé, no meu entender, fica clara quando verificamos que o valor indevidamente recebido – adicional de insalubridade – era pago em razão do exercício de função determinada no Hospital Universitário, função esta que o recorrente, a partir de sua transferência para o setor de informática, deixou de exercer. Não estamos diante de erro decorrente de interpretação da lei ou má aplicação de lei, mas diante de um simples erro operacional – o pagamento continuou, apesar do cancelamento, por meio de portaria, do referido adicional. Não é razoável que o recorrente alegue boa-fé, uma vez que sabia que não mais exercia a função que lhe dava direito ao adicional em questão”.

394 Os requisitos para a caracterização da boa-fé são assim apresentados no acórdão (EREsp 612.101): “A devolução de valores recebidos de boa-fé por servidor público, em razão de erro da Administração Pública, já foi objeto de divergência nesta Corte. A Quinta Turma, seguindo orientação do e. Min. José Arnaldo da Fonseca, Relator do recurso especial no 488905/RS, J.17.08.2004, passou a reconhecer a impossibilidade de devolução de valores recebidos de boa-fé por servidor público. Para justificar a aplicação do princípio da boa-fé, naquela hipótese, vali-me da teoria da aparência, sendo certo de que o servidor se considerava legítimo titular do direito. E expliquei: ‘A teoria da aparência, utilizada para a convalidação dos atos jurídicos em geral, há muito já pugnada pelos administrativistas, antes mesmo das modificações introduzidas no instituto dos negócios jurídicos pelo Código Civil de 2002, possui como requisitos subjetivos essenciais: 1) a incidência em erro de um agente que, de boa-fé, considera determinada situação de fato em situação de direito, 2) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu. Esses dois requisitos mostraram-se conjugados no exame do caso, em que prevalece a máxima ‘error communis facit jus’.

Desse modo, vigora atualmente o entendimento, tanto no STF, como no STJ, da irrepetibilidade de verbas indevidamente pagas pela Administração em virtude de erro ou equívoco na interpretação de norma, desde que fique assente a boa-fé daquele que recebe os valores. E, como se verifica a afirmação da presunção de boa-fé em tais casos, afasta-se também, *a priori*, o dever de devolução de referidos valores, a menos que se demonstre, em padrões objetivos, a má-fé do indivíduo.

Quanto aos atos administrativos decorrentes de ocupação de bem público, os mesmos são decorrentes da reintegração de posse promovida pelo Poder Público, uma vez que não há usucapião de bens públicos. Em tais casos, discute-se o dever de indenizar os particulares ocupantes de tais bens por eventuais benfeitorias. A dimensão da boa-fé que se tem em vista é expressamente a subjetiva, tal como analisado em capítulo anterior, o que confirma a hipótese sustentada.

Na amostra considerada, foram encontradas três orientações sobre o tema nos acórdãos. A primeira delas, do acórdão proferido no REsp 657.213³⁹⁵, afirma que as indenizações pelas benfeitorias são devidas em virtude da boa-fé dos ocupantes, bem como sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração³⁹⁶.

O segundo entendimento sobre a indenização por benfeitorias no contexto de ocupação de bens públicos é encontrado no REsp 807.970³⁹⁷, no qual se

Segundo a teoria da aparência, não se pode olvidar que qualquer cidadão comum, com o respaldo de uma decisão judicial, seria levado a incidir no erro de acreditar que a situação de fato, amparada pelo ato jurisdicional, corresponde a uma situação jurídica [...]”.

395 REsp 657.213/RJ. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ: 03/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400679415&dt_publicacao=01/07/2005>.

396 Reproduz-se trecho pertinente do acórdão em questão (REsp 657.213): “Resta clarividente que o não atendimento do primeiro pedido: restabelecimento do aforamento, não elimina o segundo pedido: indenização pelas benfeitorias. Assim, ainda que não reconhecida a validade do aforamento, o que de fato ocorreu no acórdão proferido na apelação, é imperioso o reconhecimento, conforme a convicção emanada naquele julgamento, de que as ora recorrentes são possuidoras de boa-fé e, como tal, fazem jus ao recebimento da indenização pelas benfeitorias, sob pena de enriquecimento sem causa em favor do Estado”.

397 REsp 807.970/DF. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. DJ: 19/09/2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/>>

decide que aos particulares não é devida indenização por terem adquirido ilegalmente bem reconhecidamente público. Em razão disso, demonstra-se sua má-fé. E, por haver má-fé, não lhes é devida a indenização, aplicando-se a legislação civilista a propósito (artigo 516 do Código Civil de 1916 e 1.220 do Código atual)³⁹⁸.

Por fim, o terceiro entendimento, esposado pelo acórdão selecionado sobre o tema e analisado no item seguinte (REsp 808.708³⁹⁹), bem como nos acórdãos do REsp 556.721⁴⁰⁰, REsp 863.939⁴⁰¹ e REsp 635.980⁴⁰², apresentam a tese de que a indenização somente é devida havendo posse. Sendo a posse a expressão de atos de propriedade sobre o bem, e sendo também vetada a apropriação particular de bem público, entende-se que não é possível o exercício de posse sobre bem público. Em razão disso, não se deve sequer cogitar da boa-fé do particular, uma vez que esse somente poderá exercer ocupação, e nunca posse,

-
- num_registro=200502154360&dt_publicacao=16/10/2006>.
- 398 Assim pronuncia-se o acórdão: “Ficou caracterizado e bem destacado no julgamento de segundo grau que a ocupação exercida sobre o bem público foi de má-fé, sendo incontroverso que os réus não ignoravam o vício ou o obstáculo que lhe impediam a aquisição do bem ou do direito possuído, qual seja, a propriedade pública do imóvel. Estes são os termos do art. 490 do pretérito Código Civil (Art. 490: ‘É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito, possuído’) . Acrescente-se, também, o conteúdo do art. 491 do mesmo Codex, segundo o qual a posse de boa-fé só deixa de existir quando as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (Art. 491: ‘A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente’). Considerando-se a inequívoca má-fé dos réus, não resta outra alternativa senão a de não lhes reconhecer o direito à indenização, tampouco o direito de retenção, pois ao possuidor de má-fé somente são restituíveis as benfeitorias necessárias, conforme prescrito no art. 516 do antigo Código Civil (Art. 516: ‘O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção’).”
- 399 REsp 808.708/RJ. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 18/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600060728&dt_publicacao=04/05/2011>.
- 400 REsp 556.721/RJ. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 15/09/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301269677&dt_publicacao=03/10/2005>.
- 401 REsp 863.939/RJ. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 04/11/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601174298&dt_publicacao=24/11/2008>.
- 402 REsp 635.980/PR. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. DJ: 03/08/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302393772&dt_publicacao=27/09/2004>.

sobre o patrimônio público⁴⁰³.

Quanto ao tema dos atos contraditórios foram encontrados quatro acórdãos que sobre ele se debruçam especificamente. São eles: RMS 29.493⁴⁰⁴; RMS 20.572⁴⁰⁵; RMS 27.566⁴⁰⁶; RMS 22.770⁴⁰⁷. Em todos os acórdãos, destaca-se a posição de vantagem ou de *hipersuficiência* da Administração Pública em relação ao particular, que, conforme se verifica nos casos, vê-se ao léu de circunstâncias desfavoráveis e incontroláveis na intrincada teia burocrática do Poder Público. Trata-se de casos nos quais a Administração comportou-se de determinada maneira, gerando expectativas em dado sentido, e, em momento posterior, contraria referido ato – tal como na própria definição de comportamento contraditório vista em momento anterior nesta pesquisa.

Inclusive é sob tal justificativa que o RMS 29.493 afirma que conceitos de direito privado têm sido agregados a relações de direito público – como se esse último, em contraposição ao primeiro, se caracterizasse por ser autoritário e avesso a liberdades públicas⁴⁰⁸. Afirma que a boa-fé tem sido usada para a

403 Lê-se no acórdão do REsp 556.721: “Veja-se que o direito de retenção é prerrogativa de quem, com boa-fé, é possuidor de alguma coisa. Exige-se, portanto, para sua configuração, a coexistência de pelo menos duas condições: a) posse; e b) boa-fé. Presentemente, por aplicação da doutrina de Jhering, que reuniu, numa única idéia, os elementos corpus e animus definidos na lição de Savigny, tem-se que posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de ser reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. Sabe-se que os imóveis públicos, por expressa disposição do art. 183, § 3o, da CF/88, não são adquiridos por usucapião”.

404 RMS 29.493/MS. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. DJ: 23/06/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900894191&dt_publicacao=01/07/2009>.

405 RMS 20.572/DF. STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ: 01/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501430937&dt_publicacao=15/12/2009>.

406 RMS 27.566/CE. STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. DJ: 17/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801787400&dt_publicacao=22/02/2010>.

407 RMS 22.770/DF. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. DJ: 06/09/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602112802&dt_publicacao=19/09/2007>.

408 São as palavras do acórdão: “O Estado é hipersuficiente, e o administrado é hipossuficiente. Sob esse prisma, as liberdades públicas, direitos humanos de primeira geração, têm evoluído para introduzir conceitos do direito privado para a proteção dos menos favorecidos nas relações jurídicas. Explica-se, o Direito Administrativo moderno tem utilizado o instituto da boa-fé objetiva para resolver conflitos exogênos, ou seja, entre a Administração Pública e o

solução de questões exógenas, isto é, envolvendo Administração e administrado. Dá-se a entender que à Administração é facilmente dado assumir posturas arbitrárias e contraditórias, às quais o particular estaria sujeito, porém, resguardado pelos institutos protetores de seus direitos humanos e suas liberdades.

No caso do acórdão, houve a edição de um ato administrativo por autoridade incompetente – o Presidente do Tribunal –, declarando a estatização de serventia judicial e, por consequência, a vacância da titularidade do Cartório Distribuidor. O Conselho Superior da Magistratura, competente para tanto, manifestou-se para ratificar o ato. Segundo restou decidido, a Administração, por equívoco, concedeu a delegação ao particular, e, por seu próprio erro, não poderá retornar em seus próprios atos, pois se aplicam os deveres decorrentes da boa-fé objetiva ao Poder Público, havendo, portanto, clara flexibilização da legalidade.

O RMS 20.572, por sua vez, trata do caso em que se busca exonerar um servidor público militar, em razão do não preenchimento de um requisito para o ingresso no curso de formação militar. Entende-se que o ato de admissão, em função do longo tempo que perdurou, incorporou-se ao patrimônio jurídico do particular, bem como que a anulação do provimento no cargo por fato anterior ao mesmo fere o princípio da boa-fé objetiva. Ademais, configuraria violação à proibição de comportamento contraditório⁴⁰⁹.

Por fim, o RMS 27.566 trata das ponderações do Judiciário sobre os critérios de correção de uma prova em concurso público – representação caricata do controle judicial da Administração Pública. Segundo consta no acórdão, a

administrado. Assim, a Administração termina por criar uma potestade para si: lesiona direito do administrado por ato de autoridade incompetente; aguarda a impetração de writ; e, depois, pratica, para alegar a perda do objeto, o ato por meio de agente competente. Ora, é ausência clara de boa-fé objetiva que dever ser expressamente condenada nesta Corte”.

409 Assim se lê no acórdão: “Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam, dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula venire contra factum proprium ou da vedação ao comportamento contraditório”.

correção não levou em consideração um ponto de uma questão de prova, que supostamente foi exigido do candidato desenvolver. Tal conduta desvirtuaria as expectativas quanto aos critérios de correção razoáveis da prova, e configuraria um comportamento contraditório do Poder Público, ao demandar determinado conhecimento do candidato para depois meramente desconsiderá-lo⁴¹⁰.

Quanto ao subtema das situações de fato já consolidadas, os acórdãos assim categorizados⁴¹¹ dizem respeito a circunstâncias fáticas que perduram por muito tempo, decorrentes de algum ato da Administração Pública, que se produz com aparência de legalidade e legitimidade, inspirando a confiança daqueles afetados pelo ato. Posteriormente, haverá a intenção ou a atuação administrativa conflitante com os fatos gerados, em prejuízo das expectativas dos administrados⁴¹². Em termos práticos, trata-se de uma subespécie da proibição ao comportamento contraditório em situações qualificadas pelo transcurso do tempo e aparência de legalidade, que, por isso, arrogam-se a qualidade de consolidadas.

410 Consta no acórdão: “Nessa esteira, não se mostra proporcional e razoável que o Administrador expressamente determine que os argumentos das partes sejam abordados da forma mais completa possível – impondo ao candidato expender tempo de prova e energia preciosos na análise de todos argumentos elencados na questão – e depois não levá-los em consideração quando da correção da prova. Não pode o Avaliador exigir do candidato, em prova de concurso público, o desenvolvimento de determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração no momento da correção. Tal proceder inquina o ato administrativo de ilegalidade, pois atenta contra a confiança do candidato na Administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, o que, ao final, implica flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade que norteia a atividade da administração”.

411 MS 26.117 (STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJ: 20/05/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605419>>); MC-QO 2.683 (STF, Segunda Turma. Rel. Min. Ayres Britto. DJ: 27/03/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218343>>); ACO 79 (STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 15/03/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2073053>>); EREsp 446.077 (STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Paulo Medina. DJ: 10/05/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401276838&dt_publicacao=28/06/2006>).

412 A ACO 79 explica-se muito claramente quanto à questão das relações jurídicas consolidadas: “Isto significa que situações de fato, quando perdurem por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias”.

A título ilustrativo, cite-se o caso da MC-QO 2.683⁴¹³, segundo o qual foi celebrado um convênio entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (Convênio PG-040/78), no qual delegou-se a esse último a atribuição de fiscalizar e patrulhar trechos das rodovias federais daquele estado. Houve, posteriormente, após mais de 30 anos (de 1978 a 2009), a invalidação pelo Poder Judiciário, em sede de ação rescisória (nº 2007.04.00.021613-1, TRF4) com fundamento em violação à competência para referida delegação de funções de patrulhamento e de fiscalização das rodovias federais (que não mais pertenceria ao DNER, mas sim à União), mencionando o artigo 144 da Constituição Federal de 1988. O acórdão entendeu que, forte nos princípios da segurança jurídica e da confiança, a ação rescisória desconsiderou a estabilidade das relações jurídicas consolidadas e por isso concedeu o efeito suspensivo ao apelo da referida decisão.

Quanto ao subtema da cobrança indevida de tarifa por parte da Administração, destacam-se os acórdãos referentes à cobrança da “assinatura básica” de serviço público de telecomunicação, no caso⁴¹⁴. A tarifa de assinatura básica é definida na Resolução Anatel nº 85/1998 como “valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua

413MC-QO 2.683/PR. STF, Segunda Turma. Rel. Min. Ayres Britto. DJ: 27/03/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218343>>.

414 Há apenas um caso discrepante, referente ao acórdão do REsp 1181643 (STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 01/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000289274&dt_publicacao=20/05/2011>), no qual o poder público haveria cobrado em excesso a tarifa de armazenagem em portos. A abusividade da cobrança, assim como nos casos da tarifa de assinatura básica, apresenta-se como pressuposto para a violação à boa-fé objetiva. Lê-se no acórdão: “Frise-se também que a recorrente não se desincumbiu do ônus de explicar eventual política setorial que legitimasse a cobrança da tarifa e justificasse a imunidade antitruste. O art. 12 da Lei 8.630/93 não parece trazer essa justificativa e autorizar a cobrança de tarifas que possam desvirtuar a concorrência no setor. O dispositivo determina a cobrança por armazenagem de mercadorias como contraprestação por serviço efetivamente prestado ‘no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar’. Caso a cobrança exceda os limites legais com prejuízo à concorrência, fica caracterizada violação (inclusive ao princípio da boa-fé objetiva) passível de repressão pelo Poder Judiciário. Por essa razão, é legítimo afirmar ser abusiva a cobrança, contratual ou não, por produtos ou serviços total ou parcialmente não prestados, exceto quando patente inequívoca razão de ordem social”.

do serviço”, e a Resolução nº 42/2005 e o artigo 93, VII, da Lei nº 9.472/1997, autorizam as concessionárias a cobrá-la. Discute-se a abusividade da cobrança de tal tarifa, diante do princípio da boa-fé na relação com os usuários do serviço. As decisões dos acórdãos são unânimes em admitir a cobrança, pois o serviço de telefonia é efetivamente disponibilizado e tal seria a causa suficiente para a cobrança prevista na lei.

Quanto ao tema do funcionário de fato, foram verificados três acórdãos, quais sejam, REsp 326.676⁴¹⁵; REsp 1.191.888⁴¹⁶ e EREsp 575.551⁴¹⁷. Em tais casos, havia algum vício de nulidade no provimento de cargo público, sendo o mesmo ocupado pelo indivíduo, que efetivamente exerce as atividades atreladas àquele, tal como se nenhuma nulidade houvesse. Em que pese a afronta ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, como tratamento comum à questão, os acórdãos consideram devida a remuneração pelos serviços efetivamente prestados e não discutem a validade ou manutenção dos efeitos dos atos praticados no exercício da função.

A natureza de tal remuneração não é tratada como os vencimentos relativos ao cargo, mas sim como indenização. A condição para o pagamento da indenização é justamente a boa-fé do funcionário de fato. Do contrário, haveria enriquecimento ilícito da Administração Pública. A boa-fé desses casos parece ser aferida pelo comportamento próprio do funcionário de fato quanto à prestação de serviços, incluindo qualidades de eficiência e ausência de infrações no serviço⁴¹⁸.

415 REsp 326.676/GO. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. DJ: 11/12/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100771654&dt_publicacao=04/03/2002>.

416 REsp 1.191.888/RJ. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 07/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000813526&dt_publicacao=15/06/2011>.

417 EREsp 575.551/SP. STJ, Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ: 01/04/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701010857&dt_publicacao=30/04/2009>.

418 Assim lê-se no REsp 1.191.888: “In casu, não há notícia nos autos de que o serviço não tenha sido eficientemente prestado pelo servidor, tampouco que houve qualquer deslize funcional em sua carreira durante todos os anos em que trabalhou como advogado e, posteriormente, como Procurador Federal da UFRJ. *Ao contrário, diante de sua longa carreira no serviço público discriminada no acórdão recorrido, o servidor passou por diversos órgãos e funções, sem que houvesse qualquer indicação de alguma mácula funcional.* Tendo percebido seus vencimentos conforme o serviço prestado, com inequívoca boa-fé, não há falar em condenação da

Ainda, também se verificou o tratamento do funcionário de fato sob a perspectiva celetista, da hipossuficiência do trabalhador nos casos de emprego público. Mencionam-se os princípios da primazia da realidade e o da não retroatividade das nulidades em prejuízo do trabalhador. Entende-se que a relação de trabalho mereça interpretação atrelada a seu caráter social, de modo que se considere a contratação do empregado enquanto responsabilidade atribuída inteiramente ao empregador. Em razão disso, presume-se também que o empregado não tenha contribuído para a nulidade do provimento do cargo, em razão de sua boa-fé. Desse modo, a hipossuficiência considerada para a condição do funcionário de fato influi para, também, considerar-se a boa-fé do mesmo⁴¹⁹.

Em relação ao tema de revisão de anistia, observa-se de saída que se trata, em verdade, de um subtema em matéria de invalidação de ato administrativo, com a característica adicional de se contrapor, ou antes, abordar-se conjuntamente a boa-fé em tal matéria ao lado de questões sensíveis a princípios democráticos. Discutem-se os requisitos para anulação do ato

imposição de devolver aos cofres públicos a quantia percebida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública. De fato, se a Administração Pública pagou por aquilo que recebeu de fato e o particular recebeu pelo trabalho que efetivamente prestou, não há falar em prejuízo ou enriquecimento por qualquer das partes” [itálicos nossos].

419 Tal é o tratamento dispensado sobre a questão no REsp 326.676 (STJ, Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. DJ: 11/12/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100771654&dt_publicacao=04/03/2002>): “Estou convicto de que a lei não pode receber interpretação estrita, especialmente, quando ela tem por objetivo uma relação jurídica de cunho eminentemente social como é a formada por contrato de trabalho. No caso em análise, há que se considerar que o empregado não deu causa direta à nulidade do contrato, por dele não ter sido exigido concurso público. O ato de admissão emitido pela empresa, da inteira responsabilidade do agente emissor, garante direitos e deveres para a pessoa jurídica empregadora. O empregado, ao firmar o contrato de trabalho, aceita-o com absoluta presunção de boa-fé e certo de que está protegido pela força da legislação trabalhista, inclusive, no caso, a proteção do FGTS. No caso em exame, o fato de, quatro anos após da prestação de serviço, ter sido decretada a nulidade do contrato, por a empregadora, entidade da administração indireta estatal, ter violado o art. 37, II, da CF, não é causa que sirva para interpretar-se o art. 20, I, da Lei nº 8.036/90, de modo restritivo. [...] O empregado, parte hipossuficiente na relação empregatícia, adere ao contrato de trabalho, em regra, de boa-fé. Na situação examinada os efeitos dessa boa-fé perdurou por mais de 4 (quatro) anos, sem que, em época alguma, tenha se comprovado qualquer participação direta do empregado na configuração da nulidade reconhecida. Dois outros princípios que devem ser considerados são o da primazia da realidade e o de que a retroatividade das nulidades, no Direito do Trabalho, não pode operar para prejudicar o empregado”.

administrativo e se afirma, em tais acórdãos, que o critério temporal previsto no artigo 54, da Lei n. 9784/99 constitui apenas um dos critérios limitantes temporais para o exercício da autotutela administrativa. Além dele, existe o critério subjetivo, que se perfaz mediante a presença da boa-fé do destinatário do ato, e, sem o qual, não se aplica o limitante temporal.

Em tais acórdãos categorizados na matéria de revisão de anistia, concedida com base na portaria nº 1.104-GMS/1964, e que seria revista pelo procedimento administrativo instaurado pela portaria interministerial nº 134/2011, verifica-se uma certa flexibilização da questão de presunção da boa-fé, havendo negação expressa sobre a impossibilidade de admiti-la em absoluto e sem maiores critérios, pelo fato de tocar tema tão sensível a questões políticas, que diz respeito ao regime de anistias. Inclusive menciona-se que “perseguições políticas” subsidiariam tais anistias e que não podem ser ignoradas na ponderação do elemento subjetivo da anulação do ato (boa-fé)⁴²⁰.

Em que pesem tais dilações argumentativas quanto ao desvalor político da prevalência de um ato de anistia dos militares, o entendimento que prevalece nos acórdãos é o de que o anistiado se beneficiaria do transcurso do tempo desde a concessão de anistia e da confiança na permanência de sua condição, o que resultaria em uma situação consolidada e legítima⁴²¹.

420 Assim se lê no acórdão proferido em sede do MS 16.678 (STJ, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 28/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100923939&dt_publicacao=06/10/2011>): “Não há como presumir a boa-fé de forma geral e absoluta, devendo tal questão ser apurada caso a caso, sobretudo diante da sabida existência de anistias concedidas à margem da situação de perseguição política que as legitimam – nos termos do art. 8º do ADCT e da Medida Provisória 65/2002, convertida na Lei 10.559/2002, que instituiu o Regime dos Anistiados Políticos”.

421 Por todos, reproduz-se trecho do acórdão proferido no MS 15.346 (STJ, Primeira Seção. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ: 27/10/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000979360&dt_publicacao=03/12/2010>): “De todo o exposto resulta que, conquanto se admita que o controle externo, oriundo dos Poderes Legislativo e Judiciário, não esteja sujeito a prazo de caducidade, o controle interno o está, não tendo outra função o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 que não a de impedir o exercício abusivo da autotutela administrativa, em detrimento da segurança jurídica nas relações entre o Poder Público e os administrados de boa-fé, razão pela qual não poderia a Administração Pública, ela mesma, rever o ato de anistia concedida há mais de cinco anos. Trata-se, a nosso ver, de imperativo do Estado Democrático de Direito, ao qual não é estranha a Administração Pública Absoluta, nos Estados autoritários”.

No item seguinte serão analisados acórdãos representativos e úteis para a composição teórica desta pesquisa. A análise é realizada de maneira qualitativa, mais detida e crítica, da qual esclarecimentos relevantes serão obtidos.

3.8 Análise de acórdãos

3.8.1 Ação Ordinária nº 79

3.8.1.1 Fatos e questão jurídica

Considero o acórdão, proferido em sede da Ação Ordinária nº 79⁴²², particularmente útil (para não dizer interessante), pois, para além de tratar a boa-fé face ao ato administrativo, aborda a boa-fé em matéria de direito administrativo justamente a partir de uma ponderação com o princípio da legalidade. Ainda, é encarada como um imperativo para a promoção da justiça material, como modo de salvaguarda do particular frente à aplicação meramente subsuntiva da lei.

Pois bem, na ordem dos fatos, em apertado resumo, discute-se a

⁴²² ACO 79/MT, STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 15/03/2012. Reproduz-se a ementa do acórdão: “ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2o, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc”.

possibilidade de anulação de ato administrativo de transferência de propriedade de lotes situados em área de domínio público. Todas as transações ocorreram nos idos da década de 60, do século XX, no âmbito do programa governamental de Vargas, a “Marcha para o Oeste”, e – ponto principal para a questão jurídica – sem autorização prévia do Senado Federal, em franca contradição ao que previa a Constituição Federal de 1946, vigente à época. Daí residiria a inconstitucionalidade de todos os referidos atos de transferência dominial.

A inconstitucionalidade foi reconhecida, a partir da violação do artigo 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946⁴²³, que assim previa: “§ 2º Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas, com área superior a três mil hectares, salvo quando se tratar de execução de planos de colonização aprovados pelo Governo Federal”. O polo passivo da ação compunha-se por inúmeras empresas colonizadoras, enquanto o polo ativo, pela União.

As empresas alegaram que, em verdade, o contrato celebrado entre as mesmas e o estado do Mato Grosso não era nem de alienação, nem de concessão. Buscaram, portanto, descaracterizar a hipótese jurídica da inconstitucionalidade, para, então, afirmar que a avença firmada constituía uma espécie contratual *sui generis*, o “contrato de colonização”⁴²⁴, designação cunhada pelos próprios réus, que contaria, inclusive, segundo apontado, com uma regra específica, o Decreto-lei nº 7.967/45⁴²⁵. Depreende-se que a estratégia conceitualista procurou abstrair os fatos e seus efeitos concretos – que eram, tipicamente, de uma alienação – em favor da finalidade contratual supostamente colaborativa com as políticas de governo, induzindo, desse modo, os

423 Atual artigo 188, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

424 Na lógica abstrativista, por assim dizer, dos réus, o tipo específico do contrato de colonização se justificaria porque “os contratos celebrados preveem que o ente estadual encarregou as empresas de colonizar as áreas concedidas, com a introdução de famílias de pecuaristas e agricultores, e execução das benfeitorias necessárias à vida humana e ao desenvolvimento do lugar, tais como estradas, escolas, hospitais, campos de aviação, olarias, serrarias, fomento da produção de café e borracha, etc.” (página 3 do acórdão).

425 Dispunha sobre a política de imigração e colonização no país, após a Segunda Guerra Mundial, buscando, segundo afirmado no próprio dispositivo, imprimir uma racionalidade ao processo imigratório.

interlocutores a não questionar suas ações nesse sentido.

O Ministro Relator Cezar Peluso apresenta uma breve incursão histórica em matéria de cessão de terras públicas, afirmando que desde a Constituição Federal de 1934 já se fazia previsão análoga à ora em questão.

A inconstitucionalidade dos atos de transferência de propriedade de terras públicas (por afronta ao artigo 188, §1º, da Constituição), patente no caso, porém, somente reconhecida anos depois, foi declarada pelo STF⁴²⁶. A tal questão dedicou-se um capítulo no acórdão, cujo título deixa claro o valor de fundo central nele contido: a legalidade. A falta de autorização do Senado para a alienação das terras públicas⁴²⁷ é tratada como elemento substancial do ato, para fins de salvaguarda do patrimônio público, e não meramente como um vício formal. Daí não poder ser negligenciado ou convalidado, de modo que a ilegalidade macula o ato de nulidade absoluta.

Ocorre, porém, que, apoiada em tais atos administrativos inconstitucionais, a realidade trilhou um rumo longo, específico e multifacetado, próprio da dinâmica

426 Assim pronuncia-se o relator, no que é seguido pelos demais ministros: “A questão posta nos autos cinge-se, portanto, a saber se, em relação aos contratos celebrados entre o Estado do Mato Grosso e as empresas colonizadoras, ora réis, se tipificou, ou não, insulto à regra constitucional. E é positiva a resposta. As provas documentais bastam para firmar a convicção de que, no caso, se vulnerou o disposto no § 2º do art. 156 da Constituição de 1946, pois os documentos juntados nos apensos não deixam dúvida de que vinte empresas obtiveram, até 1º de dezembro de 1954, concessões de terras da ordem de 200.000 hectares cada uma, sem prévia autorização do Senado Federal (fls. 5 do apenso vol. I). E, nos documentos de fls. 192/193 (do apenso vol. III), o Estado do Mato Grosso declara que pessoas físicas igualmente obtiveram lotes cujas áreas concedidas, somadas, ultrapassam 10.000 hectares (fls. 192 do apenso vol. III), algumas das quais, aliás, confessadamente, sem a exigível autorização do Senado, por lapso da concessão feita (fls. 194 do apenso vol. III) [...]”.

Da simples leitura das cláusulas dos contratos ficam muito claras duas coisas: (a) as terras objeto das concessões caracterizavam-se como devolutas, pois todos os contratos de colonização foram precedidos de decretos estaduais de reserva de terras devolutas, os quais lhes serviram de fundamento; e (b) as companhias colonizadoras obrigavam-se, como contraprestação, a realizar, nas respectivas áreas concedidas, diversos serviços de utilidade pública que ao Estado de Mato Grosso, sozinho, não era possível empreender” (páginas 6 e 8 do acórdão).

427 A natureza do título de transferência de domínio é questionada posteriormente pelo Ministro Lewandowski (p. 35), ao que se confirma a qualidade de proprietários dos supostos colonos: O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - “A dúvida que me surge neste momento é: qual seria a natureza do título que detém esses sucessores? Eles teriam o domínio ou meramente a posse?”

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - O domínio. Foram concessões de domínio. Não há dúvida nenhuma. É modalidade de alienação”.

natural da evolução econômica e urbana pela qual se passaria independentemente de qualquer proibição jurídica⁴²⁸. De toda a experiência decorrente do ato inconstitucional, resultaram situações fáticas consolidadas.

Ultrapassada referida questão sobre a inconstitucionalidade, de interesse meramente instrumental para a pesquisa, passarei aos pontos no caso que tocam de maneira mais sensível à matéria da boa-fé.

3.8.1.2 Tratamento da boa-fé

A abordagem da boa-fé é introduzida no acórdão a partir do item 2, intitulado: “Ponderação de valores: legalidade versus segurança jurídica e confiança legítima”. Neste item a boa-fé é apresentada como fonte do princípio da confiança legítima⁴²⁹. Ambas infundiriam outro significado à segurança jurídica, a qual não se realizaria enquanto amarrada pela legalidade, mas sim tendo em vista a busca pela justiça.

Em termos conceituais, a boa-fé é tratada como um vértice de ligação entre a segurança jurídica e a tutela da confiança legítima⁴³⁰. Sem, no entanto,

428 Consta que (p. 12), com fulcro no ato inconstitucional, “[c]idades formaram-se nas áreas concedidas, com fixação e reprodução de milhares de famílias; o comércio e a lavoura expandiram-se em larga escala; ergueram-se incontáveis e custosas acessões e benfeitorias, privadas e públicas, como residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, estradas, aeroportos, escolas, hospitais, etc.; o Estado já deu origem a outro, em 1979, seccionando, entre duas províncias, tão extensa área; sucederam-se, sob convicção de validade, múltiplas transmissões de domínio; enfim, a vida humana, a que serve o Direito, estabeleceu e fincou, ali, raízes e condições definitivas de fluência e realização histórica proveitosas para o desenvolvimento de cada um e de toda a sociedade, que não podem ser agora surpreendidos e inquietados”.

429 É útil a reprodução do trecho do acórdão a respeito (p. 13-14): “A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na ratio iuris da coibição do venire contra factum proprium, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobremodo Estado de confiança.

E a boa-fé e a confiança dão novo alcance e significado ao princípio tradicional da segurança jurídica, em contexto que, faz muito, abrange, em especial, as posturas e os atos administrativos, como o adverte a doutrina, relevando a importância decisiva da ponderação dos valores da legalidade e da segurança, como critério epistemológico e hermenêutico destinado a realizar, historicamente, a ideia suprema da justiça [...]”.

430 E, em momento posterior (p. 36), o Min. Ricardo Lewandowski remete à teoria do fato

expressar uma ligação sintática mais clara, a boa-fé se justifica no contexto de maleabilização de princípios clássicos do liberalismo, como a legalidade e a supremacia da Constituição, em favor da preservação de situações ilegais ou mesmo inconstitucionais, mas que guardam aparência de legalidade e, na prática, geram efeitos ao longo do tempo, podendo até mesmo consolidar-se⁴³¹.

Além disso, atrelado à boa-fé como dever de comportamento da Administração Pública, menciona-se a figura parcelar do *venire contra factum proprium*, que embasaria inclusive a própria tutela da confiança do particular nos atos do Poder Público⁴³². O raciocínio exposto é o seguinte: havendo presunção de legitimidade dos atos administrativos, a Administração a eles se vincularia, ainda que maculados de vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque a posterior anulação de tais atos, após os mesmos produzirem seus efeitos, representaria um comportamento contraditório da Administração⁴³³.

A contradição contra a qual se opõe a tutela da boa-fé é traduzida no acórdão como o comportamento externado pelo Poder Público com intenção de anulação de um ato dele emanado que tem aparência de ser regular e legítimo, embora contenha vícios de ordem legal e constitucional, e que mesmo assim se perpetua no tempo, produzindo todos seus efeitos. Desse modo, em tese, segundo o acórdão, pode-se inferir que o direito não poderia admitir as situações contraditórias promovidas pelo Estado diante das expectativas do cidadão.

Em todo caso, é possível compreender que o sentido emprestado à boa-fé

consumado, à qual, para ele, se estaria dando nomes diversos com a evocação da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé.

431 Tal posição sobre a segurança jurídica é haurida no acórdão da doutrina de Almiro Couto e Silva, no seu “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)”, sendo inclusive citados alguns trechos do artigo muito claros a respeito. Citam-se também, reproduzindo o cerne do argumento de tutela de situações já consolidadas, trechos de Miguel Reale (Revogação e anulamento do ato administrativo. RJ: Forense, 1968) e Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Malheiros).

432 Assim manifestou-se o Min. Dias Toffoli em seu voto: “os particulares agiram perante o Estado, e a premissa é de que quem negociou com o Estado negociou de boa-fé” (p. 74).

433 “O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Esse é o cerne do problema: confiaram no ato do Estado.” (p. 42).

no acórdão é o de sua dimensão objetiva, ou, em outras palavras, a boa-fé como princípio jurídico, que gera deveres de conduta por parte da Administração. Além disso, é tratada como um *superprincípio*, que albergaria os sentidos da confiança legítima e o da segurança jurídica.

A relatoria afirma também que resta sedimentado no Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual devem se prestigiar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima diante de casos semelhantes, nos quais o ato inválido se consolide no tempo e nos fatos⁴³⁴.

Após a construção dos argumentos para o prevalectimento da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica (que no acórdão são costurados para o mesmo tecido argumentativo), a anulação dos atos administrativos é apresentada como anacronia jurídica caso se impusesse à cristalização dos fatos, que se desenrolam há mais de meio século. Afirma o relator que, em que pese a diferenciação entre estabilização e anulação dos atos administrativos, nenhum deles é cabível (nem possível, tampouco necessário) no caso⁴³⁵. Desse modo, no caso, prevalece o princípio da *impossibilidade* de anulação dos atos administrativos.

O argumento da impossibilidade e desnecessidade da invalidação dos atos eivados de vícios de legalidade e – como é o caso – de inconstitucionalidade, que

434 Citam-se os seguintes precedentes (p. 11), embora não haja aprofundamento ou especificação de qualquer deles: Cf. RE no 364.511-AgR-AM, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 30/11/1997; QO- PET (MC) no 2.900-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 08/03/2003; MS no 24.268-MG, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 17/09/2004; MS no 22.357-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 05/11/2004; RE no 598.099-MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 30/09/2011; MS no 25.116-DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 10/02/2011; RE no 552.354-AgR-ED-AC-AC, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJE de 27/04/2011; e MS 25.963-DF, Rel. Min. César Peluso, Pleno, DJ de 20/11/2008; MS 26.628- DF, Rel. Min. César Peluso, Pleno, DJ de 21/02/2008.

435 Assim consta (p. 11): “Alguns juristas distinguem, na matéria, entre convalidação e estabilização dos atos administrativos, por entenderem que só podem convalidados os atos que admitam repetição sem os vícios invalidantes. Os atos inválidos, insuscetíveis de regeneração jurídica, ou seja, incapazes de ser remediados mediante nova prática, seriam, para efeito de regularização, tão-só estabilizados ou consolidados como tais, por força dos princípios.

O fato é que, adote-se esta ou aquela nomenclatura para designar a estratégia jurídica, o que tem decidido esta Corte é que, por vezes, o princípio da possibilidade ou necessidade de anulamento é substituído pelo da impossibilidade, em homenagem à segurança jurídica, à boa-fé e à confiança legítima.”

encontraria respaldo jurídico na proibição do comportamento contraditório da Administração, que se impõe por tabela como dever de boa-fé, remete a um segundo argumento, tácito no acórdão: o da razoabilidade. A impossibilidade de anulação do ato inválido não seria razoável diante de todas as situações fáticas em torno dele erigidas. Portanto, surge o terceiro fator a se considerar na ponderação entre a legalidade e a boa-fé, que é a razoabilidade.

O Min. Marco Aurélio apresenta um contraponto à predominância da boa-fé perante a Constituição, pois, para ele, não se poderia passar imune uma situação que, à época dos fatos, apresentou-se como escândalo nacional. Para o Ministro, as previsões constitucionais deveriam prevalecer sobre fatos consumados, e especialmente considerando as circunstâncias – também factuais – sob as quais se deram as concessões da “Marcha para o Oeste”⁴³⁶. Coloca também em questão o papel do STF perante o litígio, sendo que deve guardar a Constituição em todas as hipóteses, independentemente das consequências, as quais deverão ser tomadas pelo Estado do Mato Grosso, que deveria proceder às medidas para a devida titulação.

Por sua vez, de acordo com o prestígio à boa-fé dos cidadãos e às relações jurídicas consolidadas, o Min. Dias Toffoli, atentando para a possibilidade de multiplicação de ações visando à apropriação do patrimônio público, reforçou os traços de excepcionalidade do caso, tendo em vista a consolidação de situações de fato há décadas⁴³⁷. Por tais circunstâncias singulares, para o Ministro, a solução do caso não se aplicaria a qualquer outro⁴³⁸.

436 O Min. Marco Aurélio assim se pronuncia (p. 39): “Agora, só pela passagem do tempo, julgar-se improcedente o pedido formulado na inicial é dar ao fato consumado – que reconheço, no Brasil, ter um peso incrível – envergadura a sobrepor-se, inclusive, à Constituição Federal. Todos reconhecemos que houve ilegalidade, que ensejou, inclusive, a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito, com o envio de peças ao Ministério Público para as providências – e estamos a cogitar de fatos que ocorreram entre 1952 e 1954. Foi um verdadeiro escândalo nacional. A Constituição Federal limitava a concessão ou alienação de terras públicas, sem aprovação pelo Senado, a dez mil hectares, e tivemos concessões da ordem de duzentos mil hectares, inclusive, com um dado, que é complicador, relativo a terras indígenas. A questão é muito séria”.

437 “Então, que esse caso fique considerado excepcionalíssimo e, como tal, seja tratado, não servindo de precedente para uma outra hipótese.” (p. 51).

438 Apesar de apresentar um posicionamento resistente ao uso do presente caso como precedente, o próprio Min. Dias Toffoli apresenta um precedente que entende aplicável, a ACO

Em suma, a boa-fé figura neste acórdão como fundamento para a primazia da realidade em face da letra da lei – ou, até mesmo, da Constituição⁴³⁹. O tratamento conferido à boa-fé é especialmente relevante porque se apresenta como o veículo da superioridade da realidade ao direito, incluindo seu vértice normativo, que é a Constituição. Ora, no caso, ponderou-se a boa-fé com uma norma da constituição, prevalecendo a primeira.

Com efeito, por meio da boa-fé pode-se ventilar a decisão com aspectos da ordem econômica e social. Nesse sentido, em que pese haver o reconhecimento da inconstitucionalidade dos “contratos de colonização”, como deixa bem claro o Min. Cezar Peluso, em seu voto e no debate, as consequências de fato da decisão foram consideradas no acórdão. Além disso, aponta-se a inutilidade da reversão jurídica do ato administrativo inconstitucional, uma vez que, sendo declarados nulos, ao Estado do Mato Grosso somente seria viável regularizar os títulos de propriedade, o que, segundo o próprio relator (p. 47 e p. 52), se daria apenas no sentido de manter o *status quo*.

Na mesma toada, também preocupando-se com a realidade que se consolidou, ou, a bem da clareza, com o *tipo* de realidade que se ratificará com o a boa-fé, apontam os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowsky que os maiores beneficiários da decisão que não invalidasse os “contratos de colonização” seriam grandes proprietários e empresas. Para eles, uma decisão assim estaria “convalidando latifúndios” (p. 54)⁴⁴⁰.

nº 488, na qual discutia-se o domínio de áreas, entre União e Estado do Mato Grosso. Nesse caso, segundo aponta, “o que ficou consignado, nos estudos que procedemos, foi que realmente, dada a realidade fática, não interessava mais à União o julgamento do feito pelo plenário do Supremo ou, melhor dizendo, pelo Judiciário brasileiro. Porque realmente são tantas as circunstâncias envolvidas, que melhor seria então fazer a doação das terras ao Estado de Mato Grosso, o qual, por meio do seu instituto, faria a devida titulação” (p. 45).

439 A indagação apresentada em momento posterior pelo Min. Cezar Peluso reflete o impasse da questão jurídica perante a realidade, pois, afinal, “o que a União faria com a procedência desta ação?” (p. 41), ao que responde o Min. Marco Aurélio: “Não sei, Presidente. Não sei.” (p. 42). Desse modo, questiona-se até mesmo se, caso os contratos de concessão fossem anulados, a União saberia gerenciar as consequências de tal decisão. Posteriormente, reitera o Min. Marco Aurélio: “Foi o que disse: o que a União fará com o título judicial, com o pronunciamento do Supremo, não sei, mas temos que reiterar que a Constituição é um documento de eficácia concreta, porque somos os guardas maiores dela” (p. 46).

440 “O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Está-me parecendo, aqui, que houve uma concessão original. Depois, pode ser até que essa concessão original tenha sido

Apenas a título de observação, no voto do relator, afastou-se expressamente a hipótese de desvio de finalidade⁴⁴¹, não sendo, pois, o caso de relação dessa última com a boa-fé. São também reconhecidos, de outro lado, os efeitos socioeconômicos negativos de tais concessões de colonização⁴⁴², tais como a ocupação indevida de terras indígenas e o abandono das glebas pelos colonos.

Assim, com fulcro no *tipo* de realidade consolidada que se ampararia no fundamento jurídico da boa-fé, instaura-se outro impasse entre os ministros. O Rel. Min. Cezar Peluso afirma que, em que pese haver grandes proprietários beneficiados com base nos “contratos de colonização”, reconhecidamente inconstitucionais, há também cidades e famílias que deles dependem para manter sua propriedade. A solução pela declaração de nulidade prejudicaria a “vida das pessoas”, para o Min. Peluso, o que seria em sua opinião uma prioridade do Judiciário.

Por outro lado, os demais ministros, especialmente o Min. Lewandowski, afirmam que, para não correr riscos de estarem a advogar em favor de latifundiários, a decisão mais acertada seria reconhecer a nulidade dos “contratos de colonização”, e, com isso, caso a caso, o Estado do Mato Grosso deverá avaliar as situações devidas de regularização de títulos dominiais. Afirma-se ainda que, caso não seja declarada referida nulidade, reconhecer-se-á a regularidade

pulverizada em pequenos lotes para colonos, e esses lotes, ao que parece, ao longo desses mais de cinquenta anos, foram adquiridos por grandes empresas, que estão criando gado, estão plantando soja, e eles vêm aos autos, agora, defender esse ato originário, conforme estamos vendo aqui, com essa petição.” (p. 54). Em um momento posterior, o Min. Lewandowski volta com um dado pesquisado na *internet*, segundo qual o Mato Grosso seria o estado brasileiro com maior número de latifúndios (p. 63).

441 “É inegável que tais concessões cumpriram seus altos propósitos político-sociais, sem que se possa excogitar-lhes desvio de finalidade [...]” (p. 12).

442 O Min. Relator César Peluso delimita expressamente o alcance de seu voto: a impossibilidade de invalidação do ato de concessão de terras públicas em face da Constituição. Afirma ainda que o ato poderá ser anulado frente a outros argumentos, discutidos em outras ações (p. 37): “O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu estou apenas declarando a validade dos contratos de concessão como tais, perante a norma constitucional invocada, não perante outros vícios, como por exemplo, que alguns tenham recaído sobre terra indígena. Isso pode ser objeto da sua ação. É na sua ação que se verá se, além da ofensa à Constituição Federal, também houve ofensa a direito de indígenas. Por isso ressalvei que a solução desta causa não vai interferir na resposta jurídica que seja dada a essas outras ações”.

de todas as propriedades da área concedida, e, nas demais ações que tramitam perante o STF, e às quais o próprio relator se referiu, o Poder Público será obrigado a desapropriar os particulares (incluindo os latifundiários), e a pagar a indenização aos mesmos⁴⁴³.

Por fim, em torno da discussão, a ação foi julgada improcedente e dividiram-se os votos da seguinte forma:

- O Min. Luís Fux acompanha as razões do relator, para julgar improcedente a ação, e assinala que as decisões da Corte devem pautar-se pela “realidade prática” e não serem “mera divagação acadêmica” (p. 70);

- O Min. Dias Toffoli julga improcedente a ação (p. 71-74), acompanhando as razões do relator, mas aponta a ressalva da excepcionalidade de sua decisão no caso, que não deve se prestar à função de precedente para questões similares. Além disso, reproduz memorial da Advocacia Geral da União, segundo o qual, por não se discutir o domínio na presente ação, a decisão nela tomada não influenciará em outras ações que versem sobre o domínio das terras;

- A Min. Cármen Lúcia (p. 75), apesar de reconhecer a ilegalidade da situação, prestigia a consolidação dos fatos, julga improcedente a ação, equiparando-a à situação dos atos praticados pelo funcionário de fato, ilegais, mas não invalidados. Apenas faz a ressalva referente à singularidade do caso, cuja decisão não deve servir de paralelo a outras.

- O Min. Ricardo Lewandowsky julgou procedente a ação (p. 76), afirmando que não se sente “à vontade” para regularizar os domínios equivalentes a uma extensa área, e que o estado do Mato Grosso o faria melhor que a Corte;

- O Min. Ayres Britto julgou procedente a ação (p. 77), para declarar a

443“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas os latifúndios terão que ser expropriados de qualquer modo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não. Se o título originário não for convalidado por nós, cada situação será examinada de per se, quer dizer, as áreas públicas continuarão públicas, sejam elas do Estado ou do município, mediante o acordo entre os entes públicos - União, Estados e municípios -, as áreas privadas poderão ser objeto de concessão real de uso, eventualmente, mediante condições e mediante o pagamento.” (p. 56).

nulidade dos “contratos de colonização”, afirmando que, não obstante serem acertadas as considerações sobre boa-fé dos cidadãos e sobre a estabilização das relações jurídicas constituídas, esses mesmos princípios podem ser tutelados em sede administrativa, caso a caso, pelo estado do Mato Grosso;

- O Min. Marco Aurélio julgou procedente a ação (p. 78-82), afirmando que ao fato consumado não se pode atribuir um “valor incrível” e acima da Constituição, sendo essa última que deve prevalecer.

3.8.1.3 Expansão dos argumentos

Da análise do presente acórdão, para além dos argumentos lá apresentados, podem-se obter algumas importantes considerações.

A primeira delas diz respeito à própria definição da contradição no comportamento da Administração, pois a questão parece ser um pouco mais complexa do que a subjetividade da frustração de expectativas dos administrados. Ora, onde exatamente estaria a contradição? Pode estar no desfazimento tardio de um ato administrativo, quando fora, portanto, do tempo hábil. Nesse caso, seria o tempo o elemento a definir a contradição.

Porém, como estipular o tempo hábil para a invalidação de um ato inconstitucional, já que a ação correlata será imprescritível? Como se definem os limites temporais para tanto, especialmente considerando a apressada dinâmica das relações econômicas? Talvez poderia se aplicar, analogamente e em solução simplista, o prazo de prescrição para a anulação de atos ilegais – cinco anos.

Ou, casuisticamente, poder-se-ia verificar se em tal período realmente deu-se a consolidação dos efeitos do ato no plano dos fatos – e tal consolidação, como se definiria em termos gerais, e, portanto, seguros e aplicáveis às demais decisões? Entendo que se deve verificar se variadas transações patrimoniais ou

negócios jurídicos em geral foram embasados a partir dos efeitos do ato, para fins de constatação de sua aludida estabilização. Mas essa é uma questão por demais atrelada à peculiaridade de cada situação.

Além disso, pode-se questionar se será sempre o tempo o critério a definir a contradição. Antes, poder-se-ia apontar, como o fizeram os Ministros neste acórdão analisado, que a contradição do comportamento da Administração se configuraria em plano mais subjetivo, na confiança do particular na inércia da Administração rompida pelo súbito despertar dessa última, ao constatar a nulidade – ou inconstitucionalidade – de sua conduta, e procurar, assim, desfazê-la. Seria esse um bom critério, segundo o qual se deve respaldar a crença do particular na perpetuação do erro administrativo?

Pode-se também optar pela solução mista, que combina os elementos temporais, subjetivos e fáticos. Ora, existe a presunção da legitimidade dos atos administrativos. Desse modo, a questão da confiança dos particulares nos atos administrativos como o elemento subjetivo apontado não enfrentaria maiores problematizações.

Por outro lado, o elemento temporal encontra limitantes legais para casos de nulidades advindas de ilegalidades não convalidáveis, conforme já apontado. Se, todavia, a nulidade provier de inconstitucionalidade, não haverá limitações positivas temporais para definir a contrariedade inadmissível por parte da Administração Pública. Em tais casos, pode-se então tomar como parâmetro o critério mais delicado e mais atrelado à realidade do conflito: a consolidação dos efeitos do ato nulo (inconstitucional).

O acórdão analisado dedicou-se justamente ao caso de um ato – ou contrato, conforme pode ser considerado a depender de como se entende sua natureza – administrativo eivado de inconstitucionalidade. E também se serviu do critério da consolidação dos efeitos do ato na realidade para configurar a contrariedade inadmissível do comportamento administrativo, projetando, portanto, um verdadeiro dever decorrente da boa-fé de *não anular*. Nesse ponto,

e até aqui, tem-se o acórdão como acertado em seus fundamentos jurídicos.

Eventualmente, ao entrever os fatos, poderá constatar o julgador que os fatos não se consolidaram, ou, que o nível de consolidação dos fatos, oriundos de um ato nulo, não justifica sua perpetuação no mundo. Ele chegará a essa conclusão verificando que os impactos também fáticos da anulação atingirão os fins de pacificação social e de preservação da ordem jurídica, e que por isso serão a medida mais justa para o caso, pois trarão mais benefícios do que desvantagens.

Por outras palavras, o julgador deverá fazer um juízo de razoabilidade, na situação de não consolidação total ou consolidação precária dos efeitos do ato nulo. Se a anulação for razoável, não restará configurada a contradição inadmissível de comportamento. Assim, a anulação deverá ser razoável para se realizar em conformidade com a boa-fé.

Todavia, necessariamente, ao se valer do critério da consolidação dos efeitos do ato administrativo, deve o julgador lançar mão de uma análise apurada das circunstâncias fáticas envolvidas, de modo a fazer um juízo *qualificador* dos fatos que se consolidaram – se é que realmente se consolidaram. Desse modo, a fim de fazer prevalecer a ordem jurídica justa, um dos argumentos de finalidade, inclusive, para a aplicação da proibição do comportamento contraditório, a verificação do *tipo* de realidade da qual derivou o ato nulo é fundamental.

Ora, como é a hipótese que se cogita no acórdão, é possível que os efeitos consolidados não coincidam com o bem comum, havendo poucos beneficiários que obtêm vultosos proveitos às custas de uma ilegalidade ou mesmo de uma inconstitucionalidade. Esse é o sentido que se atribui à prática de “convalidação de latifúndios”, mencionada pelo Min. Lewandowsky.

Em razão disso, a invalidação de um ato do qual decorra acumulação de renda, desrespeito à concorrência, distúrbios urbanísticos, ou, em geral, viole frontalmente qualquer valor caro à ordem jurídica, não configurará o comportamento contraditório inadmissível. Por tabela, a anulação do ato referido

não violará a boa-fé e mesmo impõe-se como um dever para a restauração da legalidade.

3.8.2 MS 24.580

3.8.2.1 Fatos e questão jurídica

O acórdão selecionado⁴⁴⁴ é relevante mais por suas considerações acerca do pedido subsidiário, ao qual, conforme se verá, foram dedicados importantes apontamentos pelos ministros, do que por seu resultado final. Discute-se a devolução de valores indevidamente recebidos por servidor público, isto é, pagos ilegalmente pelo Poder Público. Trata-se de questão bastante comum em matéria de boa-fé, segundo demonstrado anteriormente, daí a seleção do acórdão, por entendê-lo representativo dos demais que debatem questões análogas.

No caso, tem-se uma servidora pública ocupante exclusiva de cargo em comissão, portanto, sem provimento efetivo no cargo público. Ela pede que continue recebendo a vantagem denominada “diferença individual”. O pagamento de tal parcela foi determinado pela Resolução nº 19.882/97 do Tribunal Superior Eleitoral (de cujos quadros de servidores a servidora participava), a fim de impedir a redução salarial, com fundamento na regra do artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal, uma vez que, anteriormente, a Lei nº 9.421/96 impediu o pagamento da diferença individual a servidores remunerados pelo cargo comissionado.

A parcela devida a título de diferença individual foi instituída para fins de se evitar o decréscimo salarial aos servidores que assim o demonstrassem, uma vez que a Lei nº 9.030/1995 restringiu o pagamento das gratificações instituídas pelo Decreto-lei nº 2.173/84 e pela Lei nº 7.759/89 aos ocupantes de cargo de provimento efetivo.

444 MS 24.580/DF. STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJ: 30/08/2007.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU nº 115/2003, determinou a interrupção do pagamento das parcelas pagas a título de diferença individual, pois a mesma somente seria devida aos ocupantes de provimento efetivo. Tal seria a previsão do § 2º, do artigo 15, da Lei nº 9.421/96, que assegura a percepção da “diferença individual” aos servidores em exercício de função comissionada e que optaram pela remuneração do cargo efetivo, o que não é o caso da impetrante. Além disso, no mesmo acórdão, o TCU determinou a devolução dos valores recebidos.

O relator do acórdão no Supremo Tribunal Federal, o Min. Eros Grau, esclarece que há o pedido principal, de que as parcelas da “diferença individual” continuem sendo pagas, e o pedido subsidiário, de que as parcelas recebidas a esse título não sejam restituídas. Sobre o primeiro pedido, o Min. Eros Grau entende (e sua opinião será modificada no curso dos debates), em seu voto inicial, que não deve ser conhecido, pois a impetrante não fez prova de seu direito líquido e certo, albergando o argumento mencionado do Procurador-Geral da República, pois a impetrante sequer teria demonstrado o seu decréscimo salarial.

Posteriormente, nos debates, chega-se à conclusão, inclusive com a mudança de opinião do Min. Eros Grau⁴⁴⁵, de que na própria determinação de supressão do pagamento da “diferença individual” já se incorreria em uma redução salarial, a qual dispensaria provas, tendo em vista que tal foi o comando da decisão do TCU⁴⁴⁶. Portanto, estariam presentes a certeza e a liquidez do direito. Em razão disso, tal pedido foi conhecido e também provido.

445 O Min. Eros Grau retificou seu voto (p. 387), com base no voto do Min. Carlos Britto, para quem, se a resolução do TSE, que concedeu a gratificação para promover a irredutibilidade salarial do servidor (que, ainda que em comissão, é também estatutário e beneficiário da garantia constitucional), não deve o TCU determinar a suspensão dos pagamentos, tampouco sua devolução. O acórdão evoluiu para, analisando a questão de mérito, realizar o controle judicial das decisões administrativas.

446 Tal entendimento partiu do Min. Carlos Britto e representou um verdadeiro *plot* no julgamento do acórdão, sendo emitido apenas nas páginas finais do julgamento e, por fim, seguida pela maioria dos ministros: “Penso que o Ministro Celso de Mello chega a chamar esse direito à irredutibilidade, mesmo por parte daqueles que apenas ocupam o cargo em comissão, de prerrogativa jurídico-social e, portanto, insusceptível de prejuízo por efeito de uma lei modificadora. Ou seja, o servidor, ocupante exclusivamente de cargo em comissão, que vê, por efeito de lei, o seu estipêndio reduzido, continua a perceber o estipêndio anterior, com essa parcela que foi reduzida sendo recebida a título de vantagem pessoal nominalmente identificável” (p. 384). Essa opinião também vinha sendo defendida pelo Min. Sepúlveda Pertence (p. 350).

A propósito do pedido subsidiário, e que é o que aqui interessa ao tema, apresentarei as considerações do Min. Relator Eros Grau e dos demais no item seguinte.

3.8.2.2 Tratamento da boa-fé

No voto inicial do Min. Relator Eros Grau, afirma-se que a percepção das parcelas de “diferença individual” realizou-se de boa-fé até o momento da decisão definitiva, isto é, decisão em sede de recurso irrecurível, do Tribunal de Contas da União. Isso porque, se antes da decisão administrativa em primeiro grau toda a percepção dos valores se deu amparada na Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, as parcelas eram consideradas legítimas pelos seus beneficiários.

Em razão disso, sustenta a boa-fé no recebimento dos valores em questão, pois a certeza da regularidade dos mesmos encontrava respaldo em norma interna do Poder Público ao qual a impetrante estava vinculada⁴⁴⁷. No entanto, a boa-fé deixaria de existir quando o recebimento das parcelas ocorreu após a decisão definitiva do TCU, quando, então, por figurar enquanto interessada no respectivo processo administrativo, a impetrante tomou ciência da irregularidade do recebimento das parcelas.

Observa-se que a caracterização da boa-fé do particular, para o Min. Eros Grau, ocorre apenas enquanto ele *acreditava* na legitimidade do recebimento das parcelas, fundamentadas na resolução do TSE. Após a decisão do TCU em sentido contrário, deveria o particular creditar ao recebimento o caráter ilícito, em que pese o TSE continuar a pagar referidos valores.

447 Assim manifesta-se o Min. Relator Eros Grau (p. 7 do voto): “O pagamento da vantagem foi procedido com observância da interpretação adotada pela autoridade competente, amparada por Resolução do Tribunal Superior Eleitoral. Até que fosse por ela declarada definitivamente ilegal pelo TCU no processo em que a impetrante figura como interessada, deve-se presumir não só a legitimidade da parcela, como também boa-fé no seu recebimento. Assim, são devidas ao erário somente as parcelas pagas após a publicação do Acórdão TCU n. 115/2003” (grifos do acórdão).

Tem-se, portanto, um caso em que, embora predomine a boa-fé objetiva, também lateral ou implicitamente se faz influente a subjetiva. Isso porque se tributa à crença do particular na legitimidade dos atos do Poder Público, inclusive fundado em normativa, a sua boa-fé no recebimento da “diferença individual”. Esse sentido parece mais aproximado do que atualmente se designa por confiança legítima.

Por outro lado, para a descaracterização da boa-fé, a ciência da decisão do TCU foi suficiente, de modo que sequer cogitou-se da confiança do indivíduo na possibilidade de alteração da decisão. Assim, estabeleceu-se a decisão definitiva do TCU como parâmetro externo às expectativas individuais para configuração da boa-fé, que é, no caso, objetiva.

Em voto-vista proferido pelo Min. Marco Aurélio, que procurou deter-se especialmente sobre a questão do conhecimento ou não do pedido principal, muito controversa no debate, foram feitas algumas considerações referentes ao momento no qual a boa-fé da servidora se descaracterizou.

Para o Min. Marco Aurélio, a boa-fé da servidora restaria finda a partir da primeira decisão do TCU, nos idos de 2000. Isso porque, com o pronunciamento do órgão administrativo, a dúvida ou a certeza sobre a legitimidade do recebimento dos valores se dissiparia, de modo que a servidora saberia desde então da ilegalidade na percepção da “diferença individual”⁴⁴⁸.

Ainda, afirma que a boa-fé da servidora estaria resguardada pela própria decisão do TCU, que limitaria o *dies a quo* da devolução a partir do seu primeiro pronunciamento, em 2000, de modo que as parcelas recebidas anteriormente não deveriam ser repetidas, em prestígio à boa-fé.

448 O Min. Marco Aurélio expõe seu raciocínio nos seguintes termos (p. 378): “Indago: diante desse contexto, o pedido de revisão formulado pela impetrante, de reexame da decisão proferida, levaria a projetar o afastamento da devolução a fevereiro de 2003? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. A impetrante usou, é certo, de um *dies a quo* - o de ver submetido a segundo crivo o que decidido. Mas isso não seria suficiente à percepção de boa-fé, tendo-se esta como ligada a situação ambígua que deixou de existir com o pronunciamento de maio de 2000. Nessa parte, divirjo do relator, sob pena de utilização de recurso, presente o acúmulo de processos no Tribunal de Contas da União, vir a ensejar a continuidade do recebimento, o que, de início, já se mostra legal e, digo mais, declarado ilegal pela própria Corte de Contas”.

Assim, sendo o recebimento da “diferença individual” concebida como ilegal pelo TCU, ainda que a servidora se valesse de seu direito ao duplo grau de jurisdição, recorrendo da decisão na instância administrativa, esse recurso não poderia figurar como verniz de boa-fé da servidora, de modo a fundamentar a continuidade do recebimento.

Mais adiante na discussão (p. 381), o Min. Eros Grau, em oposição ao Min. Marco Aurélio, aponta o caráter alimentar das parcelas recebidas pela servidora, o que, supostamente, viria a socorrer ao argumento de prestígio mais amplo da boa-fé em sua percepção. Dessa forma, para o Min. Eros Grau, mantendo sua posição original, os valores apenas devem ser repetidos a partir da decisão definitiva do TCU, em 2003.

Referida associação entre o caráter alimentar das parcelas pagas ilegalmente figura frequentemente ao lado do argumento da boa-fé em sua percepção, como se um valor reforçasse o outro. Como se por serem destinadas à subsistência do indivíduo, e, portanto, essenciais à dignidade, não pudessem ser recebidas de má-fé. Quase como uma excludente de culpabilidade (preservadas as diferenças entre ramos do direito).

Os ministros, inicialmente, não demonstraram oposição à posição exposta no voto do Min. Relator Eros Grau. No entanto, em função da virada no entendimento do caso⁴⁴⁹, a partir da breve exposição do Min. Carlos Britto, a decisão final e sobre a qual prevaleceram os demais votos, referiu-se ao pedido principal. Deferiu-se a manutenção do pagamento da “diferença individual”, em favor da irredutibilidade salarial da servidora, e assim votaram os Ministros Eros Grau (retificando seu voto), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, sendo votos vencidos os do Ministro Marco Aurélio e da Ministra Ellen Gracie.

449 Vide nota anterior (nº 448).

3.8.2.3 Expansão dos argumentos

Observa-se neste e nos demais casos que abordam a mesma questão (embora mais acentuadamente neste), que se considera a boa-fé principalmente em uma dimensão objetiva, mais atrelada a um fato externo ao indivíduo que permita o conhecimento individual da irregularidade das parcelas. Isso porque a existência da boa-fé na percepção ilegal das parcelas é condicionada ao pronunciamento de um órgão julgador em um ou outro sentido.

Não se cogita, por exemplo, da boa-fé da impetrante decorrente do pagamento continuado das parcelas pelo TSE, mesmo após a decisão do TCU. Assim, seria possível afirmar que a servidora fiou-se no comportamento do órgão público ao que era vinculada, que continuou pagando-lhe as parcelas, em contradição ao pronunciamento do TCU.

Disso se pode apontar o caráter flutuante da consideração do parâmetro externo ao indivíduo para medir suas crenças, no que se confundem as dimensões subjetivas e objetivas da boa-fé, o que torna os lindes classificatórios muito sutis. Referida característica há de exigir um ônus argumentativo maior do julgador, de modo que não restem lacunas nas considerações das circunstâncias que ensejam a consideração da boa-fé de um indivíduo a derrogar a letra da lei.

Há outro aspecto a considerar, desta vez referentemente ao argumento dos alimentos. O caráter alimentar das parcelas pagas ilegalmente pelo Poder Público acena para o elemento subjetivo do próprio julgador de tal recebimento. Ora, se são relevantes à dignidade humana, somente poderiam ser recebidas de boa-fé, segundo se infere de tal raciocínio.

A destinação dos valores se confunde com o elemento subjetivo da ação do indivíduo, e, assim, a noção de boa-fé se afasta do sentido originalmente exposto no acórdão de respeito à expectativa do indivíduo fundada na resolução do TSE. Aparentemente, o teor jurídico da boa-fé dá lugar a um sentido

psicológico, quase emocional.

Isso demonstra que o tratamento da boa-fé está fundamentalmente atrelado aos valores que as circunstâncias fáticas evocam. O sentimento de solidariedade que o caráter alimentar das parcelas abriga é infundido no próprio significado da boa-fé, antes tratado em termos técnicos e atrelados à conduta do Poder Público (emissão de uma resolução que sustentava a pretensão).

Em matéria de direito administrativo, e de direito público, em geral, que reportam a relações do Estado com o indivíduo, tal padrão, perigosamente repetido, afigura-se ainda mais grave, tendo em vista que, desprendido de fatores significativos técnicos, a boa-fé poderá abrigar *qualquer* sentido, incluindo sentidos arbitrários. Daí a necessidade de, dada sua plasticidade semântica, buscar um esforço redobrado para vincular a boa-fé a seus sentidos técnico-jurídicos.

3.8.3 REsp 808.708⁴⁵⁰

3.8.3.1 Fatos e questão jurídica

O caso trata de um particular, uma viúva de um servidor público, o qual construiu uma casa no Jardim Botânico do Rio de Janeiro na década de 1950, que pede indenização por ter sido de lá despejada. Ela vivia nessa casa há anos, pagando um “aluguel” àqueles responsáveis pela guarda do imóvel. Com isso, sua permanência na casa contaria com uma certa tolerância de servidores⁴⁵¹.

450 REsp 808.708/RJ. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 18/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600060728&dt_publicacao=04/05/2011>.

451 Assim, afirma o Min. Relator (p. 21): “Eventual inércia ou tolerância dos servidores públicos encarregados de zelar pelo bem não tem efeito de afastar ou distorcer a aplicação da lei. Não fosse assim, teriam eles, sob sua exclusiva vontade, o poder de afastar normas legais cogentes, instituídas em observância e como garantia do interesse da coletividade. Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de ‘aluguel’) não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de

Alega os seguintes dispositivos legais para tanto: artigos 515, 535, 922, 926 e 927 do CPC; artigos 516 e 547 do CC/1916; e artigos 20 do DL 9.760/1649. Alega que tal casa seria uma benfeitoria ao Jardim Botânico e que teria autorização para lá residir, tanto que supostamente pagava um “aluguel” à União.

Como se sabe e, conforme descrito no acórdão, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, fundado em 1808 por Dom João VI, é um precioso patrimônio cultural brasileiro, sendo tombado em 1937 pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Atualmente, o Jardim Botânico é propriedade da União, o que submeteria tal bem à estrita observância do interesse público e do regime jurídico especial que regem os bens públicos.

Conforme o descreve o relator (p. 8), o Tribunal de origem considerou a posse de área pública juridicamente impossível e, por tabela, também impossível a indenização pelas benfeitorias lá realizadas. Afirmar ainda que se trataria de mera detenção, da qual não decorreriam quaisquer dos direitos previstos no Código Civil para a posse.

Consta ainda que a detentora da casa foi notificada para desocupá-la e, ainda assim, lá permaneceu. Desse modo, teria cometido esbulho, conforme admitido pelas instâncias judiciais anteriores.

Afirma-se também que a utilização de bens públicos de propriedade da União rege-se pelo Decreto-lei nº 9.760/46, não se aplicando o Código Civil, que rege relações do direito comum, uma vez que os bens públicos não se sujeitam a apropriação privada.

Segundo continua o Min. Rel. Herman Benjamin, a condição de possuidor é definida pelo artigo 485 do Código Civil como aquele que dispõe de fato dos poderes inerentes à propriedade. No entanto, sobre bens públicos não se exerce qualquer poder inerente à propriedade, inclusive sendo a usucapião proibida (nos termos do artigo 183, §3º, da Constituição Federal). Com efeito, consoante o artigo 102 do Código Civil, os bens públicos sequer podem ser usucapidos, bem

improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido”.

como, segundo artigo 100, os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto assim se qualificarem.

Com isso, não se caracterizando a posse do particular, a indenização por benfeitorias (artigo 1.219 do CC/2002) não se aplica, tampouco o direito de retenção do imóvel até que se paguem as indenizações. O relator menciona (p. 10) o princípio da indisponibilidade do patrimônio público e o da supremacia do interesse público.

O relator aponta também o artigo 71 do Decreto-lei nº 9.760/1946, que dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização daquele regularmente competente pela guarda do imóvel para que um indivíduo possa ocupá-lo, sob pena de despejo, e ainda sem ter direito a qualquer indenização⁴⁵². O artigo 90 do mesmo diploma dispõe sobre as condições para que as benfeitorias necessárias possam ser indenizadas pela União, devendo o particular notificá-la no prazo de 120 dias de sua execução⁴⁵³.

Como a particular não fez prova da autorização da União para realizar a construção, e como essa seria incompatível com a destinação do Jardim Botânico (p. 19), afirma o relator (p. 12) que admitir a retenção e a indenização, direitos a princípio assegurados apenas ao possuidor de boa-fé, em um caso de detenção ilícita de bens públicos, seria legitimar a “grilagem”. Cita ainda um precedente no STJ, o REsp 699374/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira

452 Assim o relator especifica seu argumento (p. 11): “Isso quer dizer, em outras palavras, que a ocupação, a exploração e o uso de bem público – sobretudo os de interesse ambiental-cultural e, com maior razão, aqueles tombados – só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador, como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção”.

453 O relator explicita quais seriam as condições para que o particular ocupante de imóvel público pudesse fazer jus à indenização, sendo que não são cumpridas pelo particular no caso: “Sob o amparo do supracitado Decreto-Lei, para fazer jus a indenização por acessões e benfeitorias, ao administrado incumbe o ônus de provar: a) a regularidade e a boa-fé da ocupação, exploração ou uso do bem, lastreadas em assentimento expresso, inequívoco, válido e atual; b) o caráter necessário das benfeitorias e das acessões (art. 90 do DL 9.760/46); c) a notificação, escoreita na forma e no conteúdo, do órgão acerca da realização dessas acessões e benfeitorias (art. 90 do DL 9.760/46).

Como se não bastasse tratar-se de imóvel público, a área ocupada é tombada como patrimônio histórico e ambiental, o que amplia o regime de proteção que sobre ela incide”.

Turma, DJ 18/06/2007.

Ainda, também assinala que é dever do Estado promover o direito à moradia para aqueles que não podem pagar por suas habitações, mas que seria inadmissível franquear a particulares, especialmente na realidade brasileira, com tantos problemas fundiários, a propriedade de bens públicos. Isso retiraria de tais bens seu pertencimento à comunidade e às gerações futuras.

3.8.3.2 Tratamento da boa-fé

Neste acórdão, conforme será exposto, observa-se, diferentemente dos demais, e mesmo da regra geral de direito, a preterição jurídica da boa-fé, em favor de um entendimento muito mais legalista, de um lado, e, de outro, mais voltado à tutela do patrimônio do Estado. Por outras palavras, a boa-fé se coloca no centro da tensão entre propriedade privada e *propriedade*⁴⁵⁴ do Estado.

Há um item do acórdão dedicado a rechaçar inteiramente o argumento da boa-fé. Intitula-se, de maneira muito indicativa de seu teor, “Inexistência de boa-fé”. Há, também, referências pontuais à boa-fé (ou má-fé, como prefere o relator designar) nos demais itens, embora menos explícitas. Por tais razões, entende-se que a boa-fé é empregada como *ratio decidendi*, sendo determinante, nos termos postos pelo próprio acórdão.

A abordagem da boa-fé, em todos os trechos a ela relativos, é realizada com o significado de sua negativa, de sua refutação. O relator afirma, inclusive, que, no caso e para (em tese) quaisquer situações de ocupação ilegal de bens públicos, “presume-se a má-fé”⁴⁵⁵, o que afastaria quaisquer direitos decorrentes e

454 Empreguei a palavra “propriedade” para designar o bem público, isto é, titularizado pelo Poder Público, porque, embora não seja a expressão usual, nem tecnicamente admitida, é assim que o Jardim Botânico é tratado no acórdão. A questão parece gravitar em torno da disputa sobre quem é o proprietário daquele imóvel situado no Jardim Botânico.

455 Reproduz-se trecho relevante para compreender o posicionamento sobre a boa-fé: “Não há falar, por outro lado, em boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, fica evidente a má-fé de particular que, sem título expresso, inequívoco, válido e atual, ocupa imóvel público, mesmo depois de notificação para abandoná-lo, situação típica de esbulho permanente, em

reservados somente ao possuidor de boa-fé.

Ora, constitui-se assim uma presunção expressamente contrária à regra geral de presunção de boa-fé. Veja-se que se o relator assim admite tacitamente e a toma como regra para as circunstâncias em questão, sem qualquer contestação por parte dos demais ministros.

Desse modo, inverte-se o caminho argumentativo seguido pela maioria dos acórdãos, os que partem da presunção da boa-fé e que têm, por isso, maior esforço de justificação para afastar tal presunção. Aqui não, aqui expressamente se parte da má-fé. Desse modo, desavisadamente para a particular, o ônus argumentativo em suas manifestações seria maior, a fim de satisfazer a exigência estabelecida pelo relator.

Para sustentar essa nova presunção, afirma-se que seria mesmo evidente a má-fé de um particular que ocupa um imóvel público, sem qualquer título para tanto, e que nele permanece mesmo após receber notificação para desocupá-lo. Em razão disso, restaria caracterizada, segundo o relator (p. 18), uma situação de “esbulho permanente”, pois a particular estaria agindo com reiterado ânimo de burlar a lei, inclusive ao implementar, segundo consta, ampliações e reformas no imóvel público. Por tais razões, o relator afirma (p. 19) que a boa-fé em tal caso somente poderia ser admitida ao arrepio da lei e da jurisprudência.

Desse modo, no lugar de apresentar-se a boa-fé em sua dimensão subjetiva, tradicionalmente relacionada ao ânimo do particular na posse, a abordagem parece se desfiar a partir dos juízos de valor sobre o comportamento da particular, e não sobre sua intenção. Por isso, entende-se que a boa-fé considerada pelo acórdão encontra-se também em sua dimensão objetiva.

O relator não considera, portanto, que tais obras no imóvel seriam feitas para sua melhoria ou aumento de utilidade, não configurando benfeitorias, mas sim resultados obtidos da má-fé do particular. A má-fé atuou, desse modo, como catalisador para a própria desconfiguração da qualidade de “benfeitoria”, a fim de

que cabível a imediata reintegração judicial”.

que não se caracterize qualquer elemento apto a possibilitar uma indenização à particular. Note que tal argumento é construído no acórdão, ainda que o artigo 90 do Decreto-lei 9.760/1946 preveja expressamente a impossibilidade de indenização se as “benfeitorias” não forem notificadas à União em 120 dias de sua realização, o que parece aplicar-se ao caso.

Desse modo, toda e qualquer ação da particular que se apresentasse de fato como o exercício de posse e propriedade sobre o bem público é interpretada no acórdão como incontestável indicativo da má-fé da particular. O curioso é que justamente tais circunstâncias são tratadas no direito privado como elementos de caracterização de uma boa-fé na posse, ou, ao menos, de um comportamento a ser levado em consideração na determinação de prescrição aquisitiva.

Ainda que se veja pouca utilidade para o *decisum* na consideração da boa-fé da particular, é relevante observar que não se cogita, sequer remotamente, como argumento favorável à consideração da boa-fé o fato de que a permanência da particular no imóvel situado no Jardim Botânico contou com a tolerância dos servidores encarregados da guarda do imóvel. Tal circunstância, atrelada ao pagamento de um “aluguel” pela permanência no imóvel, poderia levar a refletir sobre uma possível *aparência* de legalidade e legitimidade na situação de fato.

Por fim, não houve dissenso por parte dos demais ministros, e a turma votou por unanimidade com o relator.

3.8.3.3 Expansão dos argumentos

No presente acórdão, nota-se que a decisão tomada pelo STJ estava basicamente contida no Decreto-lei nº 9.760/1946, que disciplina a relação e os direitos daqueles que ocupam imóveis públicos. Com efeito, o relator poderia dispensar as considerações sobre a boa-fé, e sequer precisava tratar da boa-fé ou da má-fé do indivíduo. Bastava mencionar os preceitos positivos do decreto que regulam expressamente a questão, impondo condições para o exercício da

detenção de bem público e posterior obtenção de indenização por benfeitorias. Assim, tem-se uma abordagem, por assim dizer, supérflua da boa-fé.

No entanto, no contexto deste caso em específico, aparentemente lançando mão de um recurso para desqualificar, até mesmo moralmente, a pretensão do particular, o acórdão refuta a boa-fé da ação do indivíduo, até mesmo presumindo a má-fé. Com tal expediente, o discurso do julgamento assume uma feição de inconformismo e de reprovação política da ocupação de bem público por particular⁴⁵⁶.

Com tal constatação, aliada ao emprego dispensável da boa-fé para se chegar à mesma decisão tomada no acórdão, considero que há, mais uma vez, uma utilização emocional ou teatral da boa-fé. Com efeito, seus contornos técnicos explicitados no acórdão (com artigos do Código Civil) poderiam simplesmente não ter sido considerados, à vista de dispositivo legal expresso (no artigo 71 do Decreto-lei mencionado, segundo o qual nenhum direito caberia à particular).

Além disso, observa-se que a existência da boa-fé foi condicionada à legalidade. Nesse aspecto, há também, mais uma vez, uma inversão da usual e histórica função da boa-fé, que opera no sentido de atenuar ou flexibilizar a legalidade estrita. Nos termos do voto, não só não se pode falar em boa-fé, como também a má-fé deve se presumir, pois houve violação à lei.

A anulação ou desvirtuamento do significado principal da boa-fé em matéria de posse operou-se até mesmo em relação à sua dimensão subjetiva tradicionalmente considerada para tais questões. Em nenhum momento sequer cogitou-se a ignorância ou a convicção íntima do particular em relação à sua ocupação no imóvel, embora se tenha como implícita a intenção (subjetiva,

⁴⁵⁶ No acórdão inclusive aparece um novo princípio, o da “indisponibilidade do bem público”, uma figura provavelmente forjada no acórdão a partir de uma mutação do tradicional princípio da indisponibilidade do interesse público, já conhecido da doutrina. Substituiu-se o bem público ao próprio interesse público nessa nova expressão. Isso demonstra como o bem público é elevado a um patamar de fundamentalidade, no mesmo patamar de um interesse público, no acórdão.

portanto) dolosa da particular. A boa-fé foi apenas situada no contexto de valoração de seus comportamentos externalizados em relação ao imóvel que ocupava.

Por isso, e nesse sentido, poder-se-ia vislumbrar uma nova concepção da boa-fé subjetiva envolvida em matéria de direito público, em face do direito privado. No direito público, a legalidade assume uma relevância tão forte que afetaria mesmo o sentido mais próprio da boa-fé. Ora, se “não há como presumir boa-fé diante de ato ilícito”, a boa-fé necessariamente existirá apenas junto ao estrito cumprimento da lei, e, nesses casos, seria praticamente despcienda.

3.9 Conclusões do capítulo

(i) A indagação sobre a boa-fé em matéria de atos administrativos deve se voltar tanto à origem do ato (do que se desdobra a relação com os temas de desvio de poder e abuso de poder), como à extinção do ato (atrelado aos temas da revogação e invalidação de atos administrativos).

(i.1) Quanto à origem do ato, a boa-fé em matéria de direito administrativo irá se relacionar com os temas do desvio de poder e do abuso de poder, no que diz respeito à boa-fé subjetiva do agente administrativo, bem como aos parâmetros normais de exercício das prerrogativas administrativas (função limitativa da boa-fé).

(i.2) Em relação à extinção do ato, a invalidação e a revogação dos atos administrativo estão atrelados a uma problemática da boa-fé, envolvendo questões como a aparência de legalidade dos atos administrativos, o prazo decadencial para o exercício da autotutela condicionado à boa-fé do administrado e a estabilização dos efeitos do ato inválido.

(ii) Constatou-se que há um ponto de contato, por assim dizer, com fundamento na boa-fé, em todas as diversas matérias abordadas (invalidação de

ato administrativo, funcionário de fato, estabilização dos efeitos de ato inválido, na teoria, e não repetibilidade de verbas pagas pela Administração, tratamento das ocupações de bens públicos, entre outros, na jurisprudência) que se deve ressaltar: a primazia da realidade sobre a letra da lei.

(iii) Fala-se em consolidação dos fatos decorrentes de ato administrativo ilegal, bem como em tutela da confiança dos administrados, forte nos fatos que, ilegalmente, se desenrolaram. Tal apontamento não necessariamente deve ser festejado: demonstrou-se, especialmente com a análise mais profunda de acórdãos, a ambivalência de tal emprego da boa-fé.

(iv) Desse modo, a conclusão anterior deve se aliar a uma crítica no sentido de se reconhecerem os riscos de efeitos perversos, como de costume existem em se tratando de cláusulas gerais, em razão da flexibilidade (ou ambivalência) argumentativa da boa-fé também em matéria de direito administrativo.

4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E BOA-FÉ

4.1 Introdução

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) conceitua, para seus fins, contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas” (artigo 2º, parágrafo único). A doutrina, por vezes, designa por “contrato administrativo” apenas os acordos dos quais a Administração Pública é parte, e que se sujeitam a um regime jurídico especial, diferenciado em relação ao direito comum⁴⁵⁷. Por fim, pode-se também compreender por contratos administrativos – ou “módulos convencionais”, expressão essa empregada por Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 239) – aqueles que, segundo o autor citado, seriam de cooperação, de concessão ou instrumentais⁴⁵⁸.

457 Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta um sentido mais restrito que o da Lei nº 8.666/1993 para a definição de contrato administrativo, que, segundo a autora (2010, p. 261), abrangeria apenas “aqueles acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum”. A fórmula do regime exorbitante caracterizador do contrato administrativo também é seguido na doutrina francesa, a exemplo de Charles Debbasch e Frédéric Colin (2010, p. 379): “eles [os contratos administrativos] estão sujeitos às regras de fundo especial: um regime exorbitante do direito comum destinado a salvaguardar os interesses do poder público” (no original: *Ils sont soumis à des règles de fond spéciales: un régime exorbitant du droit commun destiné à sauvegarder les intérêts de la puissance publique.*). Na doutrina alemã, segundo ensina Maurer (1990, p. 306) afirma-se que o contrato administrativo diferencia-se justamente por seu objeto ter em vista uma relação de direito administrativo, sendo apenas aqueles contratos firmados por uma autoridade administrativa e que se inscrevem no campo do direito administrativo (no original: *die [Verträge] von einer Behörde abgeschlossen wurden und dem Bereich des Verwaltungsrechts zuzuordnen sind*).

458 Referidos tipos seriam, respectivamente, para Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 239): “(a) aqueles pelos quais a Administração e a(s) outra(s) parte(s) estabelecem obrigacionalmente uma conjunção de esforços para alcançarem um fim comum, vinculando à função pública da Administração, ou à atividade privada entendida como de interesse público, constituindo ou não pessoas jurídicas distintas; (b) aqueles pelos quais a Administração transfere à outra parte o exercício de atividade ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular à sua função pública; (c) aqueles pelos quais a Administração, como de resto fazem também as pessoas privadas, busca suprir suas necessidades

Abstraindo-me a respeito do melhor critério para a identificação de um contrato administrativo, ou de sua espécie, o que foge ao objeto desta dissertação, interessa por ora a aplicação da boa-fé a tais contratos (regidos pelo direito público ou privado), nos quais, segundo Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 207), “o princípio da boa-fé encontra fartas condições de habitabilidade”.

Nos contratos de direito privado não há dúvidas sobre a aplicação do princípio da boa-fé, abordagem essa amplamente já tratada pela doutrina especializada. De outro lado, por ser um princípio geral, a boa-fé também se estende aos contratos de direito público (nesse sentido, vide Nobre Júnior, 2002, p. 207).

Especificamente, no que toca às contratações de direito público, o artigo 54, da Lei nº 8.666/1993⁴⁵⁹, dispõe que os contratos administrativos regem-se pelos princípios de direito público, dentre os quais não se exclui o da boa-fé, inclusive se o considerar sob o abrigo dos princípios da moralidade e da segurança jurídica. Supletivamente, aplicam-se também os preceitos da teoria geral dos contratos, na qual a boa-fé resta consagrada. E, tal como apontam diversos autores privatistas, a boa-fé⁴⁶⁰ observa-se durante toda a existência do contrato, desde sua gestação (fase prévia à da conclusão do acordo), passando por seu desenvolvimento (execução), e até mesmo após sua consumação (fase pós-contratual). Por isso, nos contratos administrativos, deve a boa-fé ser

instrumentais em relação aos fins de sua função”.

459 Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

460 Nesse sentido, é possível atribuir ao artigo 54 da Lei nº 8.666/1993 o fundamento para a aplicação do princípio da boa-fé aos contratos administrativos, a partir de uma interpretação sistemática, e sem maiores dificuldades, do dispositivo mencionado. Não houve tal previsão positiva expressa, seria possível questionar qual seria o fundamento jurídico para a aplicação da boa-fé aos contratos administrativos. Tal discussão foi sustentada, conforme exposto por Shalev (1983, p. 127-129), no julgamento do caso Lugasi, julgado pela Suprema Corte de Israel, no qual um particular questionava a implementação de um plano na área das telecomunicações. Os juízes dividiram-se sobre o fundamento da aplicação da boa-fé ao direito público, sendo que uns entenderam tratar-se de um princípio geral de direito, aplicável a todas as áreas, e outros – entenderam esse que prevaleceu – extraíram do regime contratual de direito privado a extensão da aplicação da boa-fé para todos os atos e obrigações de direito público também, pois, no caso, a própria regra conferia referida abertura para sua aplicação ampla. Cf. SHALEV, 1983.

observada, por parte da Administração Pública e do particular, desde a licitação e até mesmo depois da completa execução do objeto contratual.

4.2 Boa-fé na fase pré-contratual

Nobre Júnior (2002, p. 209-214) distingue duas situações no período pré-contratual que ensejariam a aplicação do princípio da boa-fé: no procedimento licitatório e na conclusão do procedimento licitatório com a escolha de um licitante⁴⁶¹. No primeiro, destacam-se circunstâncias de alteração do edital (questões de publicidade, tais como publicar a alteração insuficientemente, *venire contra factum* – ao se exigir um requisito e, depois, deixar de exigir), impedimentos da comissão julgadora, consideração no julgamento das propostas de elementos sigilosos (não previstos no edital) ou subjetivos. Igualmente, exige-se também boa-fé do licitante. Um exemplo de violação à boa-fé citado por Nobre Júnior (2002, p. 210) refere-se à apresentação de documento falso por esse para poder se habilitar.

Enquanto dever derivado da boa-fé, é também possível inferir que o licitante, uma vez habilitado, deve informar quaisquer alterações em sua situação econômico-financeira, trabalhista, técnica, etc. Trata-se verdadeiramente da imposição da informação como dever de conduta.

Em relação ao procedimento licitatório, muitas vezes sua dispensa ou inexigibilidade pode ser desvirtuada para contratações “desastrosas, não vantajosas ou inadequadas”, conforme aponta Justen Filho (2005, p. 351), havendo então a possibilidade de abusos na contratação direta. O melhor

⁴⁶¹ A fase pré-contratual é fundamental para a formação regular e isenta de vícios do contrato administrativo. Havendo quaisquer erros ou desrespeito às normas desta fase, especialmente quanto à licitação e ao conteúdo da minuta contratual, o contrato resultante restará defeituoso e, por isso, inválido. Nesse sentido, entende Battis (1985, p. 172): “Para o contrato público, há apenas uma decorrência do vício: a nulidade” (no original: *Für den öffentlich-rechtlichen Vertrag gibt es nur eine Fehlerfolge: die Nichtigkeit*).

contrato possível deve também ser perseguido pela Administração, ainda que haja quaisquer das limitações concorrenciais ou de mercado que as hipóteses dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993 pressupõem. Desse modo, é preciso que se dedique especial atenção às contratações diretas, para se evitem casos de desvio de poder, ou mesmo abuso do emprego de tal técnica. Dentre as disfuncionalidades da contratação direta, Justen Filho aponta como exemplo o previsto no §2º do artigo 25, casos de “superfaturamento”, de modo a se observar a existência real de motivos econômicos para a elevação de preços.

Ainda em relação a esse abuso da contratação direta, ou mesmo sem a observância de qualquer procedimento para a contratação, a aplicação do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, faz-se muito difundida. Referido dispositivo consagra a obrigação de indenização pela Administração ao particular que prestou serviços ou forneceu algum objeto em sede de contrato nulo, desde que a nulidade contratual não lhe seja imputada, isto é, desde que esse particular esteja de boa-fé. A regra, conforme se verá adiante, emprega-se como determinante na jurisprudência, sem maiores questionamentos sobre a boa-fé do contratado, especialmente nas circunstâncias de nulidade previstas no artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 (contratos verbais com a Administração).

Outra hipótese de aplicação da boa-fé na fase pré-contratual refere-se à liberdade de contratar ou não o vencedor da licitação, conforme aponta Nobre Júnior (2002, p. 212). Haveria, ainda segundo o autor, algum grau de expectativa, determinado pelas interações do particular com a Administração Pública, que obrigaria a mesma a contratar. O artigo 49 da Lei nº 8.666/1993, continua o autor, apresentaria as limitações a tal liberdade. Mas afirma (2002, p. 214), por fim, que a quebra do dever da boa-fé nesses casos deve ser analisada, para se verificar se ocorreu ou não, a partir do caso concreto.

Ainda quanto ao artigo 49 da Lei nº 8.666/1993, verifica-se que representa um verdadeiro autorizativo do comportamento contraditório por parte da Administração Pública. Ora, se o Poder Público engendrar um procedimento

específico para fins de uma contratação, é de se supor que se gerem expectativas no sentido de efetiva realização da mesma. Os participantes do certame o são na medida em que confiam na concretização de seu objeto, e, embora não desconheçam (ou não devam desconhecer) o artigo 49 mencionado, ainda assim não acreditam que a celebração do contrato seja meramente aleatória, e sim altamente provável ou mesmo certa. Daí dizer-se que existe a contradição autorizada para a não celebração de um contrato consagrada em referido dispositivo.

Trata-se, em verdade, de uma inversão em relação à previsão civil sobre a proposta contratual do artigo 427 do Código Civil, segundo o qual a “proposta de contrato obriga o proponente”. Em matéria de contrato administrativo, a Administração pode mesmo contradizer o sentido inicial de sua conduta ao propor uma contratação com a abertura de um certame licitatório. Vigera então o princípio segundo o qual a proposta não obriga a Administração-proponente.

No campo do direito privado, segundo expõe Antonio Junqueira de Azevedo (1992, p. 82), a boa-fé como norma a se observar na formação dos contratos é compreendida enquanto manifestação de uma mentalidade mais justa. O Código do Consumidor, nesse sentido, ao contemplá-la em inúmeros dispositivos, refletiria, para ele, tal mentalidade. Mais concretamente, a boa-fé na formação dos contratos implicaria na imposição de deveres às partes, como o amplo dever de informar, o de não revelar o que se soube na fase pré-contratual, e o de indenizar os prejuízos causados pela ruptura das negociações. Conforme exposto nos parágrafos anteriores, neste último dever consiste a diferença principal entre os campos público e privado.

Entendimento muito pertinente apresenta Marçal Justen Filho (2005, p. 351-352), segundo quem, atualmente, haveria um verdadeiro dever de promover a contratação. Segundo o autor, a contratação enquanto faculdade da Administração é concepção superada, “em vista da natureza funcional da atividade licitatória”. Ou seja, a Administração deve levar os licitantes, os

interesses públicos que motivaram a licitação, o procedimento licitatório, bem como a si mesma a sério, devendo então promover a adjudicação do objeto ao licitante vencedor no prazo da validade das propostas, isto é, 60 dias, nos termos do artigo 64, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/1993. As exceções existem e dizem respeito às razões impeditivas de ordem legal, como, segundo menciona o próprio autor, a impossibilidade de compatibilização com a Lei de Responsabilidade Fiscal, ou, ainda, por motivo de inconveniência ao interesse público constatado posteriormente à homologação.

Em todo caso, se a celebração do contrato vier a ocorrer, ao particular garante-se a classificação na ordem das propostas, nos termos do artigo 50, da Lei nº 8.666/1993. Trata-se de um dispositivo que tutela não somente a finalidade da própria licitação, no que toca à escolha mais vantajosa, mas também as próprias expectativas dos licitantes quanto à certeza da escolha para a contratação.

Desse modo, pode-se inferir o dever de conduta séria, conforme mesmo dela se espera, da Administração em relação à licitação. Licitar sem o comprometimento de levar a efeito o fim que a justifica, qual seja, a contratação pública, presta-se ao disfuncionalismo do instituto, bem como, por isso, a quebra da confiança dos licitantes. A seriedade na condução da licitação pode ser qualificada também como um dever de boa-fé.

Salgado Filho (2006, p. 146) afirma que os participantes de uma licitação devem assumir uma postura proativa para a manutenção de um ambiente colaborativo frente aos demais concorrentes e para com a Administração Pública. Por tal razão, tanto condutas positivas quanto omissivas, dolosas ou culposas, poderiam violar a boa-fé. Na prática, deve o participante da licitação zelar pela concorrência e impessoalidade do certame, avaliando os critérios de julgamento, as cláusulas de execução do contrato e, inclusive, verificar a correção do projeto básico.

Desse modo, o particular “não deve silenciar com receio de ser aliado da

competição, pois mais à frente não poderá afirmar sua boa-fé num aditamento contratual que supere os limites autorizados pela lei”. Nesse caso, para Salgado Filho (2006, p. 146), o particular não deveria se beneficiar de um aditamento contratual ou mesmo da indenização em caso de rescisão, pois estaria agindo de má-fé. O artigo 63 da Lei nº 8.666/1993 viabiliza referida postura de controle dos licitantes, assim como a transparência de todo o trâmite, pois permite a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do processo licitatório. Os interessados também poderão colaborar para esse intento, uma vez que o mesmo dispositivo os autoriza a obter cópia autenticada, mediante o pagamento de emolumentos previstos.

O autor (2006, p. 155) menciona dispositivos da Lei nº 8.666/1993 que dispõem sobre a vinculação ao edital e sobre as cláusulas contratuais que são estipuladas com clareza e precisão (artigo 54, §1º) logo ao início da licitação, como anexo ao edital (artigo 40, §2º), para sugerir que o administrado, ao conhecer inteiramente o objeto contratual e as condições de execução do contrato, nem sempre estará de boa-fé quando der causa a eventual e futura rescisão contratual ou pedido de alteração quantitativa do objeto contratual⁴⁶².

Por fim, cumpre ressaltar a função não contraditória que desempenha o princípio da vinculação ao edital. Justen Filho (2005, p. 355) afirma que o instrumento do contrato administrativo “deverá sintetizar as regras e os eventos ocorridos ao longo do procedimento anterior” e, por isso, vincula-se ao edital, nos termos do artigo 55, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, que inclusive também deve ser acompanhado da minuta do contrato. Trata-se de um dever de não contradição que se funda na excepcionalidade de mudanças das cláusulas contratuais, somente determinadas por eventos supervenientes que motivem essa

⁴⁶² Além disso, destaque-se o entendimento de Nilo Spínola Salgado Filho (2006, p. 155), dissonante da jurisprudência atual, a respeito da não realização de licitação pela Administração e a existência de dever de indenização pelos serviços prestados pelo particular contratado: “Não se pode admitir que a falta de licitação seja ignorada de boa-fé pelo contratado, que assim concorre de maneira acintosa para a viciação do contrato. Impossível presumir-se, pois, a boa-fé a eventualmente gerar direito de indenização em razão de atividade já desenvolvida pelo Poder Público. Em casos tais, a magnitude do vício não permite esse tipo de inferência”.

alteração.

4.3 Boa-fé e a execução do contrato administrativo

O primeiro aspecto digno de nota no que tange à relação entre boa-fé e a execução do contrato administrativo diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, à boa-fé como fundamento do artigo 58, §2º, e artigo 65, II, d, da Lei nº 8.666/95 e artigo 9º, §§2º a 4º da Lei nº 8.987/95, pois seria, segundo Nobre Júnior (2002, p. 215), um dever de lealdade e boa-fé, contrário à ganância e ambição, restituir referido equilíbrio.

Além disso, é preciso mencionar a necessidade de prudência e ponderação frente à razoabilidade e à eficiência de uma alteração contratual no curso da execução do contrato. É possível dizer que, apoiando-se nos deveres decorrentes da boa-fé, recomenda-se às partes do contrato administrativo, especialmente tratando-se de obras públicas, que “sejam postergadas as alterações contratuais, de modo a simplificar a execução do contrato, para que sejam consolidadas em uma única e definitiva alteração contratual” (Vieira, 1999, p. 101).

Ressalte-se ainda que toda a alteração que amplie o objeto originalmente contratado deverá ser pago ao particular, na proporção do quanto acrescido, do contrário, ter-se-ia o enriquecimento ilícito da Administração Pública. Desse modo, admite-se o entendimento no sentido de que, ainda que haja um acréscimo do objeto contratual realizado na forma verbal (que é vedada, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993), desde que o particular contratado não tenha contribuído para tal nulidade (porque, inclusive, o aditivo contratual pode decorrer de fatores imprevisíveis e mesmo por erros no projeto básico), e assim, desde que aja de boa-fé, é devido seu pagamento adicional. Do contrário, seria configurada a situação absurda na qual a Administração Pública, que praticou uma nulidade (contrato verbal), beneficiar-se-ia de sua violação à lei, não arcando

com os custos do acréscimo contratual.

Adicionalmente, ressalte-se também que as partes, atuando de boa-fé, deverão ter em vistas os fins da contratação e também, tratando-se de contratos administrativos, os fins públicos que norteiam sua existência. Deverão também contribuir para a realização das obrigações mútuas, de modo a não obstar a execução do contrato, muito menos sobrecarregar um a outro. Em razão disso, as alterações contratuais deverão também compreender necessárias revisões de cronograma para o adimplemento, alteração essa que deve se definir consensualmente entre as partes.

Referida postura colaborativa nos contratos administrativos faz-se necessária diante de um mundo com tempos diversos, dentre os quais o tempo do direito é o mais moroso comparativamente ao tempo econômico e político, conforme já tratou Moreira (2014, p. 508-514). Para o autor, é necessário se pensar em modelos contratuais – especialmente nos contratos de longo prazo – que conciliem os diversos tempos, para que não sejam varridos pelos mesmos e para que se mostrem como instrumentos adequados de governo (imunizados, mas não isolados, contudo, das flutuações políticas). Por isso, devem se prestigiar arranjos contratuais mais flexíveis, que prestigiem o consenso e o atingimento de finalidades públicas adequadas à necessidade real do mundo dos fatos (sempre mutável). Por força desse contexto de corrida contra a defasagem jurídica, quando a realidade pede menor rigidez de dogmas e flexibilidade na execução e redefinição contratual, a boa-fé desponta como instrumento de suma importância para os acordos, uma vez que as partes deverão fiar-se muito mais no padrão de comportamento mútuo, e na certeza de abertura de diálogo e de fidelidade ao desdobramento da relação contratual em plena confiança e coerência de atitudes.

A propósito, mencione-se a relevância dos contratos administrativos de execução diferida para a implementação de políticas públicas, como instrumento não só de atualização da performance administrativa, mas também como meio de

manutenção da coerência do comportamento do Poder Público. Desse modo, como se verá, evita-se o comportamento contraditório na Administração Pública, de forma a não se admitirem alterações bruscas, vigentes as mesmas condições fáticas relevantes ao interesse público. Com efeito, a sucessão de gestões administrativas e políticas não poderão determinar a ruptura de empreendimentos públicos, de modo a interromper aqueles em andamento e irresponsavelmente dar início a novos, sem qualquer ligação com os anteriores. Há uma regra implícita referente a um *continuum* administrativo, que pode nos levar a compreender o contrato como instrumento de governo⁴⁶³.

Ora, ao vincular as partes por longos períodos (como no caso das parcerias público-privadas, que poderão perdurar por até 35 anos, nos termos do artigo 5º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004), deve o contrato administrativo não só prever cláusulas que possibilitem adequação às novas realidades, como também deve prever objetos que transcendam interesses peculiares à sucessão de gestões. Por se tratar de projetos de vultosos investimentos e objetivos muito definidos de impacto em determinado setor social ou econômico, os contratos administrativos de longo prazo afiguram-se como verdadeiros planos políticos e, por isso, geram expectativas socialmente difundidas de que se concluirão de modo efetivo. Assim, a Administração vincula-se à execução do contrato, em favor do interesse público, não sendo admitida em tais casos, a menos que excepcionalmente e de modo muito bem fundamentado, a rescisão contratual.

Quanto à vigência prolongada de um contrato administrativo, são muito possíveis e mesmo esperadas as eventuais alterações contratuais, nos termos do artigo 65, a fim de promover ajustes às demandas do interesse público, da melhor

463 O emprego de contratos administrativos como instrumentos de política pública é tão possível como o é para a implementação de serviços públicos ou de infraestruturas. A afirmação pode ser atestada pela mera suposição de que o governo escolhe celebrar contratos com objetos ou em setores econômicos que visa difundir ou fortalecer. Todavia, há de se cuidar para que todas os objetivos do governo sejam claros e transparentes para todos, inclusive para o próprio Poder Público – conforme afirma Paul Craig (1983, p. 596-597) – a fim mesmo de o projeto político dos contratos administrativos não se perca de sua própria causa, viabilizando o monitoramento de sua realização, além de também possibilitar ao cidadão, como é devido a todas as práticas do Poder Público, a consciência e o esclarecimento a respeito de tais medidas.

execução do contrato, e do equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, embora o §1º do referido artigo preveja os limites quantitativos de alteração contratual, é preciso ter em vista que, na prática, muitas vezes tais margens de alteração inviabilizarão a execução do contrato, bem como as expectativas quanto à mesma por parte do contratado, em face das práticas usuais da atividade e das circunstâncias concretas, que poderão não preveni-lo quanto a tais alterações, surpreendendo-o a respeito e quebrando sua confiança na estabilidade da relação contratual. Nesses casos, embora o particular deva atender às alterações, quando propostas pela Administração, pode haver a repactuação do cronograma de execução, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993. Justen Filho (2005, p. 363), a esse respeito, apresenta proposição mais categórica, ao afirmar que, quando a alteração contratual pela Administração impactar o ritmo ou mesmo determinar a cessação da execução da prestação, o particular não terá o dever de cumpri-la nos prazos inicialmente previstos, presumindo-se a impossibilidade de cumprimento de prazos.

Desse modo, a alteração unilateral do contrato deve ser efetivada mediante uma postura colaborativa da Administração, a fim de se evitar a inflexibilidade da mesma quanto ao cumprimento dos prazos, caso a modificação da proposta afete o tempo ou a viabilidade material para a execução do objeto do contrato. O particular contratado terá em seu favor a boa-fé da relação contratual, segundo a qual as determinações do Poder Público devem seguir um padrão de razoabilidade e tolerância como aparato para se definirem os limites do exercício normal, e não abusivo, da prerrogativa de alteração unilateral dos contratos, bem como para se determinar um dever de prorrogação contratual (cujas hipóteses estão previstas no artigo 57, §1º, da Lei nº 8.666/1993). E, por isso, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva exerceria a função, em tais casos, de modulação do exercício da discricionariedade administrativa para a alteração do contrato.

A respeito das alterações contratuais por parte da Administração Pública, apesar de as mesmas serem previstas expressamente em lei e possibilitadas unilateralmente, nos termos do artigo 65, da Lei nº 8.666/1993, Di Pietro (2010, p.

269) aponta como um dos requisitos da alteração unilateral o respeito à natureza do contrato, no que diz respeito a seu objeto, e Justen Filho (2005, p. 365) alerta sobre a possibilidade de desvio de poder no exercício dessa prerrogativa. Isso porque é possível supor a situação na qual a Administração torne mais grave as condições de execução do contrato como forma de punir o contratado. O limite e o fundamento para as alterações unilaterais, aponta o autor, é o interesse público, e jamais devem se impor para beneficiar ou agravar o contratado. De outro lado, à prerrogativa de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública corresponde o direito de equilíbrio econômico-financeiro do contratado. Referido equilíbrio é componente essencial da relação contratual de direito administrativo, como contrapartida de sua mutabilidade, e abrigado constitucionalmente, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 562-563), no inciso XXI, do artigo 37, segundo o qual deverão se manter “as condições efetivas da proposta”. O autor ainda predica ao equilíbrio econômico-financeiro o atributo de direito adquirido do contratado, também resguardado constitucionalmente no inciso XXXVI, do artigo 5º. Alterações contratuais unilaterais em desacordo com a boa-fé e a confiança do contratado compreendem não só aquelas arrazoáveis, sem recomposição dos prazos e desatentas à viabilidade de sua execução, mas também aquelas a que não correspondem a manutenção da equação econômico-financeira originalmente prevista.

É justamente no respeito ao equilíbrio econômico-financeiro como contrapartida do dever de o particular sujeitar-se às alterações unilaterais que Bandeira de Mello (2002, p. 583) entrevê a essência da boa-fé na relação contratual. Também entende que o equilíbrio igualmente compreende a atuação do contratante privado nos exatos termos discriminados no contrato, esperando-se então que ele não busque qualquer proveito econômico adicional não previsto e em detrimento da Administração. Por exemplo, não admite a utilização de materiais ou procedimentos mais baratos, que possam trazer prejuízos à segurança, à rapidez ou à qualidade da obra ou serviço. Tais medidas constituiriam falta contratual, em “dissonância com os deveres de lisura e boa-fé

norteadores deste tipo de relação jurídica”.

Enquanto obrigações contratuais de boa-fé podem-se considerar também aquelas mencionadas por Hely Lopes Meirelles (2002, p. 220), que são exigíveis, “ainda que não consignadas expressamente no instrumento contratual, por decorrerem dos princípios e normas que regem os ajustes do Direito Público”. Dentre elas, aponta o autor as seguintes: observância das normas técnicas adequadas, emprego do material qualitativa e quantitativamente adequado, execução pessoal do objeto do contrato, e manutenção das condições para tratar com a Administração e dela ser instruída no local da obra ou serviço.

Durante a execução do contrato, cumpre também à Administração Pública fiscalizar sua execução, por meio de um agente para tanto designado, nos termos dos artigos 58, inciso I, e 67 da Lei nº 8.666/1993. Nessa tarefa o agente deverá observar todo o desenvolvimento do objeto contratado e fazer notar erros e ocorrências relevantes. A empresa contratada, por sua vez, deverá também designar um agente para representá-la, para evitar, segundo aponta Justen Filho (2005, p. 360), a incerteza ou a multiplicidade de representantes. Deve se instaurar, por tal interação, a colaboração entre contratante e contratado para o bom desenvolvimento do contrato.

A fiscalização da Administração Pública referida no parágrafo anterior se estende também ao recebimento do objeto, que, em contratos administrativos, não encerrará de imediato a relação contratual. Isso porque a Lei nº 8.666/1993 prevê, nos incisos do artigo 73, o recebimento provisório que antecede ao definitivo, e, por isso, a mera tradição do objeto ou a apresentação dos resultados do serviço para a Administração não extinguirão o contrato. O recebimento provisório inaugura a oportunidade de a Administração realizar todas as verificações necessárias a fim de apurar a adequação do objeto nos termos firmados anteriormente. Poderá, se for o caso, rejeitá-lo e devolvê-lo ao particular, nos termos do artigo 76, da Lei nº 8.666/1993. Já o recebimento definitivo, conforme afirma Justen Filho (2005, p. 362) representa a aceitação expressa ou

tácita de que a prestação é satisfatória. E, ainda que haja o recebimento definitivo, a responsabilidade do contratado pelos defeitos na prestação não será afastada, respondendo por vícios ocultos e também por evicção, devendo o particular saná-los às suas próprias expensas.

Por fim, ainda quanto à execução de contratos, mencione-se também a relação entre boa-fé e usuários de serviços públicos, cuja convergência se encontra no CDC, tal como afirma Nobre Júnior (2002, p. 222-226). Para o autor, a fruição de serviços públicos por destinatários finais configura-se como relação de consumo, aplicando-se, portanto, o CDC para fins de tutela do usuário. Citem-se, nesse sentido, os artigos 30, 36 e 37, 46, e 51, inciso IV, do referido diploma⁴⁶⁴. Destacam-se as cláusulas referentes à informação e transparência, bem como a proibitiva de cláusulas abusivas e do comportamento em abuso de poder.

4.4 Extinção do contrato administrativo e boa-fé

4.4.1 Rescisão unilateral e boa-fé

O artigo 79, inciso I, combinado com o artigo 78, incisos I a XII e XVII, da Lei nº 8.666/1993, especificam as situações nas quais a Administração Pública poderá rescindir unilateralmente os contratos. Basicamente, referem-se ao descumprimento em mora de tempo ou objeto, e, ainda, referente aos recursos

⁴⁶⁴ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

societários e humanos e às condições de regularidade financeira e trabalhista da pessoa jurídica contratada, bem como ao interesse público.

A rescisão unilateral do contrato administrativo tem sido justificada no regime jurídico de direito público, a que a parte particular contratante aderiria em virtude de, no outro polo contratual, encontrar-se uma pessoa jurídica de direito público. Seria a rescisão unilateral uma prerrogativa do Poder Público, uma cláusula dita “exorbitante” do direito privado. Diz-se também que o particular contratante, ao aceitar as cláusulas exorbitantes derivadas do regime jurídico de direito público, estaria, sobremaneira, acatando os eventuais exercícios efetivos de tais exorbitâncias, estranhas ao direito privado. Em tal relação na qual uma das partes exerce prerrogativas, em franco desequilíbrio justificado pela tutela do interesse público, é que se sustentaria a frágil e um tanto distorcida confiança, essencial à constituição de relações contratuais.

Com efeito, não é por outro motivo que Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 324) afirma que o modelo contratual do direito administrativo nacional inspira uma noção de desconfiança inerente. Isso porque a prática adotada subverteria em seu cerne a própria ideia de contrato, que se sustenta no consenso entre as partes derivado, justamente, da confiança mútua entre as mesmas. E, sustenta o autor, a previsão em lei de tal estado de desconfiança não bastaria para garantir a confiança do cidadão⁴⁶⁵.

Por tais razões, a nível teórico, *vis-à-vis* o conceito de contrato, é possível de plano se fazer uma crítica à rescisão contratual unilateral, que também pode se estender às cláusulas exorbitantes em geral (como alteração unilateral do contrato, ocupação das instalações e do serviço, entre outras), pela própria arremetida contra a confiança mútua entre as partes, tão indispensável para que

⁴⁶⁵ Assim entende Menezes de Almeida (2012, p. 324): “Ou seja, ainda que a outra parte contratante saiba – por não ignorar o que dispõe a lei – que tais prerrogativas assistem à Administração, isso não significa que se estabeleça uma situação de confiança. Pelo contrário, é a institucionalização da desconfiança. Nesse sentido, a análise do papel do Direito legislado em relação à proteção da *confiança* de seus destinatários – ou, em termos mais amplos, à proteção da *segurança jurídica* – não se esgota na constatação formal da existência de *clareza* no texto da norma. É preciso que se avance em uma verificação *material*, de efetiva garantia da *confiança* no teor da disposição normativa”.

exista algo a que se chame contrato. Como destaquei anteriormente, considero que a boa-fé compreende a confiança entre as partes e o comportamento esperado de quem considera a confiança da outra parte. Por isso, legislativamente, é mesmo possível afirmar que exista a positivação da inversão significativa da boa-fé no campo contratual⁴⁶⁶.

Contudo, conforme mencionado, embora a crítica ao direito posto seja salutar e necessária para a evolução do contexto jurídico, para os fins deste trabalho, faz-se também necessária uma análise mais aprofundada das hipóteses de rescisão contratual, a fim de se lançarem luzes sobre tal matéria em face das funções limitativa e criadora de deveres de conduta da boa-fé.

4.4.1.1 Rescisão unilateral por atos atribuíveis ao contratado⁴⁶⁷

Tem-se aqui em vista a inexecução contratual culposa, segundo a classificação de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 229), que se identifica com a inadimplência, isto é, o descumprimento com culpa de quaisquer das cláusulas

⁴⁶⁶ De outro lado, pode-se assumir que a previsão em lei da rescisão unilateral pelo Poder Público contratante seria suficiente para suprir as condições básicas de conhecimento sobre tais hipóteses, o que permitiria afirmar que o particular contratante desde sempre soube de tal possibilidade, aceitando o risco. Em termos similares é apresentada a questão por Hartmut Maurer, em matéria de ato administrativo. O autor (1990, p. 276) trata de uma situação de conflito em matéria de atos administrativos com efeitos favoráveis a particulares e, contudo, com efeitos prejudiciais a terceiros. Caso um ato administrativo favorável tenha sido concedido a um particular, cujos efeitos repercutem potencialmente sobre a esfera jurídica de terceiros, como, por exemplo, um alvará de construção, o terceiro poderá impugnar o ato dentro do prazo que lhe fora conferido para tanto. Nesse sentido, o particular favorecido pelo ato não poderá alegar a boa-fé ou a confiança para manter o ato, caso ele não se mantenha após as impugnações, porque deveria contar com tal possibilidade desde o início, da mesma forma que o contratante particular deveria contar com o risco de uma rescisão unilateral pelo Estado. Para completar o raciocínio de Maurer em matéria de boa-fé, o problema se densifica quando a comunicação do ato favorável fez-se de modo informal para o particular, sendo que o prazo de impugnação teria início a partir da comunicação pelos meios oficiais. Mas, se, de fato, o terceiro prejudicado pelo ato souber de sua execução, o prazo inicia-se a partir do dia de seu efetivo conhecimento.

⁴⁶⁷ Adotou-se para este item o entendimento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010, p. 286), para quem os incisos I a XI e XVIII do artigo 78, da Lei nº 8.666/1993, dizem respeito às hipóteses de rescisão por atos atribuíveis ao contratado. Houve aqui a expressa opção pelo tratamento em item separado da hipótese do inciso XII do mesmo dispositivo, referente à rescisão unilateral por interesse público.

contratuais, ou, conforme minudencia o autor, a “ação ou omissão da parte, decorrente de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas contratuais”. A restrição a essa dimensão da inexecução contratual diz respeito às suas inferências e consequências mais relevantes em matéria de boa-fé, uma vez que para a inexecução sem culpa, na linha do entendimento de Meirelles (2002, p. 230-234), atuarão as diferentes causas justificadoras da inexecução do contrato (teoria da imprevisão, força maior e caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração), que permitirão a liberação do contratado particular dos encargos originários, ou ensejarão medidas voltadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Referidas hipóteses estão previstas no artigo 78, incisos I a XI e XVIII, da Lei nº 8.666/1993. A primeira previsão diz respeito ao não cumprimento de deveres contratuais (I), com a ressalva, apontada por Edmir Netto de Araújo (2010, p. 716), de que “faltas menos graves podem ser relevadas” e somente serão consideradas em caso de reiteração. Outra hipótese refere-se ao cumprimento irregular de cláusulas contratuais (II), em desacordo com a fiel execução do contrato, mencionada no artigo 66, da Lei nº 8.666/1993. As demais hipóteses consistem na lentidão no cumprimento dos deveres contratuais (III), demora no início da execução (IV), paralisação da execução (V), desatendimento de determinações da autoridade administrativa (VII), cometimento reiterado de faltas (VIII), além da falência e insolvência da sociedade (IX), bem como sua dissolução ou falecimento do contratado (X), além da alteração da estrutura ou finalidade social que prejudique a execução do contrato (XI), e, por fim, desatendimento da regularidade fiscal e trabalhista (XVIII).

Sobre a inadimplência contratual, destaque-se que a boa-fé gera deveres anexos, que, uma vez descumpridos darão ensejo à aplicação de sanções, quer sejam multas, quer seja inclusive a rescisão, tudo nos termos do edital do certame e da lei. Segundo afirma Marçal Justen Filho (2005, p. 368), “a relevância das atividades administrativas produz o surgimento de um dever de diligência, que alcança tanto o particular que contrata com a Administração como os próprios

agentes administrativos”. E explica: a diligência referida não deverá ser determinada segundo o padrão médio do “bom pai de família”, mas sim segundo os elevados níveis de profissionalismo e funcionalidade envolvidos na função administrativa.

Desse modo, mesmo a inadimplência relativa poderá ser sancionada, e, de acordo com um juízo de proporcionalidade, multas serão aplicadas em tais casos, sendo a inadimplência absoluta, por sua vez, penalizada com a rescisão, segundo aponta Lúcia Valle Figueiredo (2002, p. 45). O critério para a configuração de uma ou outra será o prejuízo causado pela inadimplência do contratado ao Poder Público contratante. Todavia, segundo redação expressa do artigo 77 da Lei nº 8.666/1993, a inadimplência relativa e a absoluta podem levar à identidade de consequência: a rescisão. Desse modo, a infração a qualquer dever poderá acarretar a extinção do contrato, o que, segundo afirmou Justen Filho (2005, p. 368), arriscará a moralidade de tal sanção, em vistas da possibilidade de desvio de poder (e mesmo abuso de poder) em sua aplicação.

Acerca das multas e penalidades financeiras impostas ao contratado inadimplente, interessante ponderação é feita por Figueiredo (2002, p. 46). As multas devem ser proporcionais à falta contratual, bem como, se houver previsão de perda da fiança contratual, essa deverá também ser proporcional ao inadimplemento. Ora, segundo a autora, se o inadimplemento foi parcial, a perda da fiança também deverá ser parcial, em nome da proibição do enriquecimento ilícito da Administração e da boa-fé⁴⁶⁸. Além disso, por tratar-se de matéria sancionatória, as penalidades contratuais por inadimplemento devem estar adstritas ao quanto previsto em lei e em contrato, sendo interpretadas restritamente.

A rescisão unilateral, por descumprimento do contrato, em que pese ser

468 Segundo Figueiredo, o regime jurídico de qualquer contrato administrativo determinaria o dever de lealdade entre as partes: “Com efeito, contratos administrativos são chamados de contratos de colaboração e, essencialmente, de boa-fé [...]. Se resolvesse a Administração reter toda a garantia apesar de cumprido parcialmente o contrato, haveria enriquecimento indevido de sua parte” (Figueiredo, 2002, p. 46).

uma prerrogativa da Administração Pública, é restringida pelo atendimento ao interesse público, esse sendo considerado frente à atual conjuntura social, política e econômica. Com efeito, a motivação do ato de rescisão unilateral será suscetível de controle administrativo, legislativo (Tribunal de Contas) e do Judiciário (ação popular ou em caso de violação de direito subjetivo).

Além disso, como todo direito ou prerrogativa, a rescisão unilateral pela Administração não pode ser exercida de maneira arbitrária, sob pena de configurar-se o abuso de direito. O exercício dessa prerrogativa deve ser balizado pela boa-fé (função limitativa). Isso porque, segundo exposto por Justen Filho (2005, p. 374), há condutas irregulares que afetam as garantias ou deveres fundamentais à execução do contrato, enquanto há outras que fulminam “questões de somenos”. Em termos práticos, considera-se o cumprimento substancial do contrato e a possibilidade de aditivos contratuais (para eventuais prorrogações de prazo e extensão ou restrição do objeto contratado), observada a razoabilidade da medida e a boa-fé segundo o histórico de condutas do contratado.

Nesse sentido, Justen Filho (2012, p. 830) fala em “dever de rejeitar a prestação defeituosa”, bem como explica que os defeitos na prestação devem ser ponderados não somente à luz dos padrões do contrato, mas também diante de normas técnicas e científicas. A assertiva elevada a seu grau absoluto vai ao encontro da doutrina do adimplemento substancial do contrato, que inclusive ressoa na jurisprudência do STJ⁴⁶⁹. Assim, a aceitação de prestação realizada em

469 Vide REsp 914.087 (Relator Ministro José Delgado, d.j.: 29/10/2007), em cuja ementa se lê: “DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE. 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados. 2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-

pequeno desvio do objeto originalmente acordado não se constitui em uma “liberalidade” da Administração, muito menos em algo que fuja a sua competência, mas antes trata-se de uma conduta esperada de um comportamento decorrente de um dever de boa-fé.

A teoria do adimplemento substancial, que “impede que seja o contrato rescindido apesar de ter havido descumprimento parcial do mesmo por uma das partes” (Negreiros, 1998, p. 249), é apontada como uma decorrência da função limitadora de direitos da boa-fé. Assim, o exercício do direito à rescisão não é ilimitado e encontraria suas balizas no chamado adimplemento substancial.

A doutrina do adimplemento substancial objetiva resguardar o sinalagma contratual que restou inabalado, embora tenha ocorrido algum descumprimento menor em comparação ao todo obrigacional. Assim, um objeto contratual é realizado por uma das partes em mora, mas se a mora não impede a aceitação do objeto pelo credor, de modo que a finalidade da relação jurídica não se perca para nenhuma das partes, verifica-se o adimplemento substancial e restringe-se o exercício do direito subjetivo à rescisão. Isso pode ser constatado na prática dos contratos administrativos, quando, por exemplo, por uma questão de impossibilidade de prorrogação do contrato, a prestação é entregue extemporaneamente ao Poder Público contratante, mas o interesse público não é afetado pelo atraso. Nesse sentido, a hipótese de rescisão contratual prevista no artigo 78, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 deve ser ponderada com a situação de adimplemento substancial⁴⁷⁰.

O adimplemento substancial foi utilizado como argumento na decisão do

contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade. 5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas”.

470 Observe-se também que a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), no artigo 45, inciso II, alínea f, previu mecanismo que pode instrumentalizar argumentos como este do adimplemento substancial por meio do recurso previsto contra a decisão de rescisão contratual decorrente, entre outras, da hipótese do artigo 78, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

REsp 914.087⁴⁷¹, confirmando decisão *a quo* que afastou a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses. No caso, a Administração contratou o fornecimento de 48.000 (quarenta e oito mil) fogareiros, no prazo de 30 dias. Todavia, por motivos de força maior (falta de matéria-prima junto à fabricante da mesma) relatados à autoridade contratante, o contratado não pode cumprir toda a prestação no tempo acertado, embora tenha cumprido integralmente a prestação em prazo posterior. As decisões anteriores ao recurso especial mencionado, e mesmo o próprio acórdão dele, consideraram a sanção desproporcional em função do adimplemento substancial do objeto contratado, além da ausência de prejuízo ao interesse público no caso.

Todavia, ressalte-se que, em direito administrativo, existem regras mais severas para a aferição da inexecução total ou parcial do contrato, inclusive porque a “inexecução parcial pode ser assimilada à total”, conforme afirma Justen Filho (2012, p. 831). Para Edmir Netto de Araújo (2010, p. 716), tal hipótese seria a de cumprimento irregular de cláusulas, especificações, projetos e prazos a que se comprometeu o contratado, de modo a não se atingir a forma convencionada para o objeto. Por tais razões, deve-se ponderar com cautela a aplicação da doutrina do adimplemento substancial em matéria de contratos administrativos, sempre tendo em vista o atingimento dos fins do contrato e do interesse público.

A propósito do descumprimento irregular do contrato, prevista no artigo 78, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, Justen Filho (2012, p. 836) critica a previsão legislativa no sentido de sua omissão quanto à intenção do agente em descumprir seus deveres contratuais mais gerais e menos ligados diretamente ao objeto principal. Essa “intenção” poderia ser percebida como a boa-fé do contratado no cumprimento do *core* contratual e poderia permitir o ajuste de condições para a manutenção do vínculo (considerando todas as circunstâncias envolvidas).

471 REsp 914.087/RJ. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. DJ: 04/10/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700014906&dt_publicacao=29/10/2007>.

Em relação à lentidão na execução, bem como a demora no início da execução, ambos previstos nos incisos III e IV do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, mais uma vez demonstra-se sua ligação com a boa-fé objetiva, na medida em que se definem parâmetros ou limites para o exercício da rescisão. Para que possa se valer de tal hipótese legal, ainda na concepção do autor, deve a Administração notificar o particular acerca dos indícios de que não haverá prazo suficiente para o cumprimento dos prazos acertados no contrato. Isso porque é possível que o particular consiga inovar na execução do contrato e esteja o executando conforme a melhor técnica e dentro das previsões para a conclusão do objeto, ou pode mesmo denotar uma opção organizacional do particular contratado.

Espera-se do particular que o mesmo explicita os motivos de uma eventual delonga, o que poderá fazer *a priori* ou *a posteriori*. O problema, como bem ressaltado por Justen Filho (2012, p. 837), é a inviabilização de uma conclusão tempestiva do particular em relação ao objeto do contrato. Mesmo a paralisação da execução (artigo 78, inciso V, da Lei nº 8.666/1993), se comunicada e justificada pelo particular, poderá ser tolerada pela Administração, sem que implique a rescisão contratual (JUSTEN FILHO, 2012, p. 837).

A respeito da hipótese prevista no inciso VI, do artigo 78, da Lei nº 8.666/1993, que tange à questão da natureza personalista do contrato administrativo (impossibilidade de intercâmbio subjetivo do contratado), Di Pietro (2010, p. 267) afirma que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*”, sendo as condições pessoais do contratado apuradas no procedimento de licitação.

Por outro lado, em oposição à concepção (adotada no ordenamento jurídico francês) de que o contrato administrativo consubstanciaria uma relação de confiança objetiva entre o Poder Público e o particular por ela contratado, de modo que a ocupação do polo contratual por um particular em específico constituiria um dos motivos determinantes da contratação, expõe-se como a mesma não se coaduna com o sistema positivo nacional, conforme apontado por

Marçal Justen Filho (2012, p. 838-839). No Brasil, segundo o autor, essa regra não valeria, pois vigora o primado da objetividade – e não pessoalidade – na escolha do contratado. A identidade do particular não é requisito de escolha na contratação, mas sim a vantajosidade da proposta, o que desloca o critério decisório da Administração para o objeto oferecido pelo particular, e não para sua pessoa.

A regra do artigo 64, §2º, da Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de troca de contratado – do que se infere que não vigora no Brasil a natureza *intuitu personae* das contratações públicas – apenas para os casos de inexigibilidade de licitação. Por via de regra, admite-se, pois, a modificação de identidade do contratado, desde que a contratação tenha se precedido de licitação. Nesse sentido, não se vislumbra a quebra do vínculo de confiança entre Administração e particular quando, nos termos da lei, houver a substituição do mesmo⁴⁷². A única regra que existe diz respeito à submissão da Administração Pública ao resultado da licitação. Além disso, pelo próprio ordenamento jurídico, pode-se inferir que um dos requisitos para a alteração subjetiva do contrato seja a moralidade, de modo a não dar margens a, valendo-me da expressão de Justen Filho (2012, p. 840), “operações obscuras”, que suscitem dúvidas sobre sua qualidade ética, nem sobre eventuais desvios.

4.4.1.2 Boa-fé e rescisão unilateral por interesse público

Conforme já mencionado, a rescisão unilateral pela Administração pode operar-se por inadimplemento contratual ou por superveniente perda da conveniência ou interesse público na contratação. Sobre essa última hipótese,

⁴⁷² Segundo Justen Filho (2012, p. 840), “a licitação não produz qualquer espécie de vínculo subjetivo de confiança entre as partes do contrato administrativo. O respeito à identidade do licitante vencedor não retrata alguma manifestação especial ou diferenciada de confiança por parte da Administração Pública. Trata-se mais propriamente, de observância quanto a outros princípios jurídicos, característicos do Direito Constitucional”.

podem ser aplicadas as considerações a respeito da revogação dos atos administrativos. Por isso, os efeitos da revogação contratual incidirão sobre o contrato administrativo válido, que, apesar de legal, não atende ao interesse público em função de fatos e ponderações ulteriores relativos ao objeto e fim do contrato.

A rescisão unilateral por interesse público, ou por conveniência da Administração, apresenta como fundamento, segundo expõe Edmir Netto de Araújo (2010, p. 241), “a variação do interesse público, que autoriza a cessação do ajuste quando este se torna inútil ou prejudicial à coletividade”. Além disso, ressalte-se também que quando houver a rescisão por motivo de interesse público, não se imporão sanções ao particular contratado, a ele sendo devida uma indenização que compense os danos sofridos com a extinção antecipada do contrato.

A Administração Pública, conforme afirma Figueiredo (2002, p. 50), não poderá meramente evocar o interesse público em termos abstratos, como se palavra mágica fosse. Deve, antes, esclarecer os fatos concretos que implicariam em contrariedade ou inutilidade ao interesse público, caso o contrato se cumprisse⁴⁷³. Enquanto poder discricionário, a rescisão unilateral do contrato administrativo por interesse público encontra dentre seus parâmetros limitantes a boa-fé (conforme já afirmado por Marrara⁴⁷⁴), que se expressa principalmente no dever de motivação robusta e detalhada da medida, a fim de esclarecer o particular contratado da medida, para que possa, inclusive, contestá-la administrativa ou judicialmente.

É possível considerar com ressalvas o entendimento que afirma haver violação às expectativas legítimas do contratado pela revogação do contrato

473 “Na revogação – mister que se enfatize – há uma determinação voluntária da Administração de dispor diferentemente. Portanto, é em face de conceitos práticos, e não teóricos, que o administrador – a quem cabe, pela própria natureza da função administrativa, criar e *renovar*, nos termos da lei (vale dizer, *se, quando, e como* necessário), a utilidade pública – praticará o ato revogatório, como o único propósito de satisfazer a norma legal no *momento atual*.” (FIGUEIREDO, 2002, p. 50).

474 Em seu artigo “A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa” (MARRARA, 2012a).

administrativo⁴⁷⁵. Ora, a hipótese de rescisão unilateral por interesse público é prevista em lei e constitui o arsenal de prerrogativas do regime jurídico de direito administrativo, sobre o qual o particular sabe ou deveria saber e concorda no momento em que se sujeita ao certame licitatório. Não há, portanto, quebra de expectativa ou violação à confiança do particular na hipótese de rescisão em discussão, desde que, conforme considerações expostas no item 3.6, o interesse público e a conveniência que justificam a revogação contratual sejam autênticos e plausíveis, condizentes, assim, com a boa administração.

Além disso, assim como na revogação de atos administrativos, se a revogação do contrato administrativo se der em momento de irreversibilidade dos efeitos fáticos já produzidos, havendo situações já constituídas e estabilizadas, a revogação implicará indenização para todos os que pela medida forem afetados⁴⁷⁶. Ora, nesses casos, pela sedimentação das situações fáticas produzidas pelo contrato, legitimam-se as expectativas e a confiança dos administrados relativamente ao seu cumprimento. Assim, por exemplo, no caso de construção de vias pavimentadas e instalação de demais serviços urbanos (água, saneamento e eletricidade) em determinada zona, levando pessoas ou grupos empresariais a investirem em compra de lotes, que, ulteriormente, mostram-se desvalorizados e inúteis aos planos de destinação residencial aos mesmos, em

475 Destarte, não há de reproduzir-se a discussão sobre direito adquirido no caso da assinatura do contrato administrativo, exposta por Figueiredo (2002, p. 51-52).

476 Aqui pode-se questionar qual seria o sentido de rescindir unilateralmente pelo interesse público um contrato administrativo já em estado avançado de execução; os recursos financeiros dispendidos com o contrato seriam desperdiçados, pois, sob pena de configuração de enriquecimento ilícito, o contratado deveria ser indenizado pelo quantum já executado. Caso se rescinda unilateralmente por interesse público a contratação e busque-se desfazer materialmente o produto do objeto contratual (por exemplo, um edifício ou uma ciclovia), observa-se, *prima facie*, a irrazoabilidade de tal medida. Por isso, nas palavras de Figueiredo (2002, p. 53): “há de se inferir que a revogação, dada sua natureza de paralisar os efeitos para o futuro, só *incide em atos de execução continuada ou em atos cuja utilidade plena ainda não se esgotou*”. Tal foi o argumento da decisão, em pedido liminar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, referentemente a partes de obras de implantação de ciclovias no município de São Paulo, que já estavam em estado avançado de execução, ao que soa útil reproduzir o trecho da decisão judicial: “[...] como se trata de implantação em estágio avançado de desenvolvimento, a paralisação dos trabalhos ou a recomposição ao estado anterior importará em maiores transtornos aos munícipes [...]”. Ação Civil Pública, processo nº 1009441-04.2015.8.26.0053, São Paulo/SP, Juiz de Direito Luiz Fernando Rodrigues Guerra, DJ: 19/03/2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2560719.PDF>.

função da revogação contratual e não implementação do objeto contratado.

A rescisão contratual unilateral, por interesse público, deverá ocorrer na forma escrita (nesse sentido, cf. Figueiredo, 2002, p. 71-72), para que se permita o controle mais amplo do ato, em todas as instâncias possíveis, e para que o particular fie-se no quanto registrado pela Administração para o exercício de sua defesa, instaurando-se um processo justo e devido para tanto.

4.4.2 Rescisão a pedido do contratado

A relação entre a rescisão do contrato a pedido do particular contratado e a boa-fé é observada principalmente nas hipóteses de alteração da base objetiva do contrato, em que a prestação acordada torna-se inviável por condições inicialmente imprevisíveis. A aplicação da teoria da imprevisão à alteração unilateral dos contratos pela Administração tem relação direta com a boa-fé dos contratantes, isso porque o particular contratado espera cumprir determinadas prestações, aquilatadas conforme o projeto básico e com alguma margem de alteração, cuja probabilidade é definida caso a caso, conforme as peculiaridades do setor em questão.

A imprevisão que sustenta o poder de alteração unilateral dos contratos deve referir-se a circunstâncias que não poderiam ser previstas. Ora, se a Administração não se planejou adequadamente, não mediu os custos ou, conforme a melhor técnica indicada, deixou de considerar aspectos custosos ao contrato, não se sustenta a boa-fé na determinação de alteração contratual, pois não cumpriu com os padrões de conduta que seriam esperados. Nesse sentido, terá o particular subsídios jurídicos para se recusar a cumprir a alteração contrária à boa-fé. Por isso, é possível afirmar que, em tais casos, a prerrogativa de alteração contratual da Administração não poderá ser exercida de maneira

abusiva⁴⁷⁷.

Tal discussão não se resume à solução do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – que é a “relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração”, segundo a definição de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 227). A questão trata da postura administrativa em seguir a conduta que dela se esperava, somente exigindo prestações contratualmente definidas e que se modificam, ainda que dentro das margens previstas em lei, apenas em casos excepcionais e de necessidade aferida na prática. Além disso, cuida também da diligência da Administração em providenciar parâmetros objetivos e *acertados* ao proceder ao certame licitatório.

Por outras palavras, o particular contratado não deve contar com a alteração contratual, para além de mínimas flutuações que não causariam fatalmente a necessidade de aumento ou redução do objeto. Afinal a alteração contratual não é a regra. O particular deve, sim, presumir que, em hipóteses excepcionalíssimas e não previsíveis, pode haver a alteração. Mas deve supor que essa é uma alternativa rara, e não recorrente nos contratos administrativos. Somente com tal concepção se contorna o modelo de desconfiança, já mencionado, dos contratos administrativos.

De outro lado, com relação à álea econômica extraordinária, ou seja, anormal, fora da previsibilidade de mercado, deve a Administração arcar parcialmente com os ônus decorrentes para a contratação, em razão do dever de colaboração contratual. Assim afirma Figueiredo, “pois o contratado é um colaborador da Administração, da boa-fé que preside os contratos administrativos, bem como – e principalmente – o princípio da igualdade” (2002, p. 109). Além disso, “os ônus decorrentes de álea extraordinária não devem ser suportados apenas pelo contratado, uma vez que o objeto contratual vai ser usufruído pela

477 “O poder de modificar, o *ius variandi*, é nuclear para a Administração Pública, pois não pode esta ficar inerte diante dos reclamos do interesse público. A este direito da Administração Pública corresponde o dever do contratado de aceitar as modificações unilaterais, até certo limite. O limite será exatamente a não-desfiguração do objeto contratual e a observância das alterações quantitativas discriminadas pelas leis [...]” (Figueiredo, 2002, p. 108).

coletividade”. Por tais razões, caberia ressarcimento parcial ao contratado em caso de álea extraordinária.

A rescisão a pedido do contratado verifica-se também nas hipóteses de inadimplemento da Administração, nas hipóteses dos incisos XIII a XVI do artigo 78, da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, quando ela não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos, ou quando pratica quaisquer atos impeditivos da execução do contrato pelo particular. Como não é dado ao particular se valer da exceção do contrato não cumprido, deverá pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, conforme expõe Hely Lopes Meirelles (2002, p. 233-234). Tais condições, conforme exposto anteriormente nas figuras parcelares da boa-fé, consistem numa limitação à aplicação do *tu quoque* nas relações contratuais de direito administrativo.

Com efeito, em contratos administrativos, o particular contratado não pode se valer da previsão geral do artigo 477 do Código Civil, que consagra a *exceptio non adimpleti contractus*, segundo expõe Di Pietro (2010, p. 275), em virtude dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público. Para rescindir o contrato administrativo, o particular, diferentemente da Administração que poderá fazê-lo unilateral e discricionariamente, dependerá de autorização, seja administrativa (rescisão “amigável”), seja judicial (rescisão judicial). A doutrina, contudo, aponta as hipóteses dos incisos XV e XVI do artigo 78 (atraso no pagamento e não liberação de áreas e materiais para a execução do contrato) como possibilidades para a rescisão unilateral do particular, as quais se incluiriam no chamado “fato da administração”, pois tornariam impossível a prestação contratual, cabendo ao particular a indenização prevista no §2º do artigo 79, da Lei nº 8.666/1993.

4.4.3 Extinção do contrato administrativo por vício de legalidade

O vício de legalidade do contrato administrativo consiste justamente em algum aspecto ou elemento contratual em desacordo com a lei. Como se sabe, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade estrita, só podendo agir na medida em que a lei lhe confere essa possibilidade. Contratando, portanto, fora do que se admite no ordenamento, haverá nulidade contratual.

Ressalte-se que o contrato administrativo poderá eivar-se de ilegalidade não só em sua forma já perfeita, mas antes de sua formação (na licitação) e mesmo após seu firmamento, em caso de algum aditivo contratual ilegal, como bem anota Figueiredo (2002, p. 76). Em caso de ilegalidade, em qualquer dessas etapas, tal como nos atos administrativos assim viciados e com o mesmo fundamento, afirma-se, a princípio, que o contrato deverá ser anulado com efeitos *ex tunc*, como se nunca tivesse existido, no exercício da autotutela administrativa.

Em razão disso, ao contrato administrativo nulo podem-se aplicar as mesmas considerações do ato administrativo nulo, de acordo com o entendimento de Justen Filho (2005, p. 371). É dizer: indenizam-se as partes prejudicadas pela nulidade, caso o contrato tenha produzido efeitos fáticos, incluindo o próprio contratante de boa-fé. Havendo má-fé, não será o contratante indenizado. Do contrário, por ser a anulação uma *autocriminação* da Administração Pública, apontando sua própria má-atuação, havendo expectativas por parte do contratado de boa-fé, o mesmo será indenizado pelas expectativas ou confiança legítima.

Há também casos em que a reconstituição ao *status quo ante* não será possível, por questões propriamente materiais. Nesses casos, o efeito da declaração da nulidade contratual será *ex nunc*⁴⁷⁸, caso em que se desdobram os efeitos jurídicos anulados dos efeitos fáticos preservados.

Lúcia Valle Figueiredo menciona a teoria dos atos separáveis (2002, p. 96-97), formulada na jurisprudência francesa, segundo a qual a invalidade de um

478 Nesse sentido, cf. Figueiredo (2002, p. 79).

procedimento anterior à contratação não a invalidaria. Para ela, referida teoria não foi recepcionada pelo direito brasileiro, uma vez que a nulidade existente no procedimento de licitação induz à nulidade da contratação, nos termos do artigo 49, §2º, combinado com o artigo 59, ambos da Lei nº 8.666/1993. Além disso, a ação popular é instrumento para qualquer interessado anular o contrato oriundo de licitação viciada.

Marçal Justen Filho (2005, p. 371) ensina que mesmo os vícios ainda pré-contratuais, verificados na licitação, poderão acarretar a nulidade de todos os atos posteriores do procedimento, incluindo o próprio contrato administrativo, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei nº 8.666/1993. Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 227), a anulação somente poderá ser declarada quando a ilegalidade se verificar na formalização do contrato ou em cláusula essencial, e também reconhece que “a nulidade da licitação induz à do contrato”. Nesses casos, verifica-se outra exceção a uma das figuras parcelares da boa-fé, a inalegabilidade dos vícios formais, uma vez que alguma irregularidade no procedimento licitatório, que assegura a lisura e a vantajosidade da contratação, muitas vezes não poderá ser tolerada.

A nulidade do contrato administrativo, embora a uma primeira vista remeta ao regime das nulidades do direito privado, em verdade consagra, no bojo do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, um regime jurídico especial, assim também entendendo Justen Filho (2005, p. 372-373). Isso porque os atos praticados pela Administração, ainda que nulos, vinculam-na, de modo a não prejudicar o particular de boa-fé. Assim, se o procedimento de contratação aparentemente desenvolveu-se regularmente, não pode o contratado ser prejudicado por erro da Administração, especialmente se já tiver mobilizado recursos para a prestação contratada, ou, avançando, já tiver a prestado.

Nesse sentido, embora se admita que o contrato administrativo nulo não deva gerar direitos e obrigações entre as partes, “porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo entre os contratantes” (MEIRELLES,

2002, p. 227), os efeitos perante o contratante de boa-fé subsistirão. O enriquecimento ilícito da Administração é coibido e, por isso, em favor da boa-fé do particular que não deu causa à nulidade contratual, deve-se indenizá-lo pelos prejuízos sofridos. Observa-se então, conforme expôs Hely Lopes Meirelles (2002, p. 228), que o fundamento para referida indenização não é mais a obrigação contratual, em virtude da nulidade do contrato, mas sim o “dever moral e legal” de indenizar, nos termos previstos no artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993.

O particular estará de boa-fé quando não tiver conhecimento do vício que eivou a contratação, e, por isso, não tenha endossado sua prática. Se tiver o conhecimento do vício, ainda que a ele não tiver dado causa, a sua boa-fé será constatada pela comunicação às autoridades. Se se mantiver silente, conforme anota Justen Filho (2005, p. 373), haverá atuação culposa do particular.

A relevância de tal distinção diz respeito à indenização a que fará jus. Se estiver de boa-fé, será compensado pelos danos efetivamente sofridos, bem como pela quebra das expectativas de ganho que seria auferido com a contratação, ao passo que se estiver de má-fé, sua indenização será composta apenas pelos serviços ou objetos efetivamente já prestados à Administração.

Em prestígio à segurança das relações estabelecidas e à aparência de legalidade dos procedimentos administrativos, bem como, igualmente, à boa-fé dos administrados, como limites à extinção dos contratos administrativos por vício de legalidade, tem-se, conforme arrolado por Figueiredo (2002, p. 80-85), a prescrição, o exaurimento da competência e a ausência de lesão. Segundo a autora, quanto ao primeiro limitante da extinção dos contratos administrativos por ilegalidade, aplica-se o prazo previsto no artigo 59 da Lei nº 9.784/99, ou seja, cinco anos, salvo se comprovada má-fé.

Sobre o segundo limitante, o exaurimento de competência, verifica-se no caso em que o contrato, considerado anteriormente válido, serviu de base para outros atos. Isso se verifica justamente no caso em que o contrato e a verificação

de sua validade subsidiaram o ato homologatório do Tribunal de Contas, segundo expõe Figueiredo (2002, p. 81). Uma vez homologado pelo Tribunal de Contas, órgão de controle externo da Administração Pública, vinculado ao Poder Legislativo, não dispõe mais a autoridade administrativa contratante de competência para invalidar o contrato, pois não poderá interferir no ato do Tribunal de Contas. Há, desse modo, uma preclusão implícita da autotutela da Administração contratante⁴⁷⁹.

De seu turno, o terceiro limitante, a ausência de lesão, ocorre quando alguma desconformidade com a lei não interferiu em desdobramentos relevantes do contrato. Emprestando o exemplo apresentado por Figueiredo (2002, p. 84), se um licitante que, apesar de não cumprir os requisitos previstos no edital para a licitação, foi habilitado, mas não venceu o certame, não há, *a priori*, qualquer necessidade de anular o contrato administrativo que resultou dessa licitação.

Ainda sobre a extinção do contrato administrativo por vício de ilegalidade, tem-se o contrato eivado de vício formal. Assim como nos atos administrativos, se a forma for da substância do contrato, e o será quando algum procedimento prévio à licitação não for dispensável, a ilegalidade acarretará a nulidade contratual⁴⁸⁰. Justen Filho (2005, p. 372), de seu turno, indica o “princípio do prejuízo” como parâmetro para a invalidação do contrato pelo vício formal, isso é, “aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse estatal”, e arremata ao afirmar que “não ocorre a invalidação” na ausência de prejuízo a referido interesse.

Outra hipótese de rescisão contratual por ilegalidade do contrato administrativo refere-se aos aditamentos indevidos, isto é, aqueles que ultrapassem as margens estipuladas de acréscimo ou redução do objeto

479 Segundo entendimento de Figueiredo (2002, p. 83), haveria uma condição resolutiva dos contratos administrativos, qual seja, a não homologação dos mesmos pelo Tribunal de Contas. Um ato homologatório é vinculado, pois apenas é emitido se verificados todos os requisitos de legalidade. Nas palavras da autora (2002, p. 81): “Com efeito, não pode a Administração dispor de um contrato, pretendendo anulá-lo, se este já mereceu a homologação do Tribunal de Contas. Não se encontraria mais em sua esfera de competência, de disponibilidade, uma vez que o órgão controlador, ao exercer sua atividade típica, tê-lo-ia homologado”.

480 Nesse sentido, cf. Figueiredo (2002, p. 86).

contratual e de valores no artigo 65 da Lei nº 8.666/1993. No entanto, em função do elevado risco de alguns empreendimentos, deve-se considerar tal previsão não de maneira absoluta frente a situações determinadas. Com efeito, se o contratado pede a revisão dos valores ou de uma quantidade do objeto que supere a margem de 25% prevista em lei, em razão de equívoco no projeto básico, ou ainda, por culpa da Administração, em favor de sua boa-fé e da eficiência administrativa, deve-se conceder-lhe o aumento. Em tais casos, não só haveria afronta à boa-fé como também não seria razoável a rescisão contratual⁴⁸¹.

Para a anulação dos contratos, aplicam-se as mesmas premissas da anulação do ato administrativo, ou seja, devem se considerar os efeitos fáticos e jurídicos da contratação. O efeito jurídico é a norma, o arranjo normativo definido entre partes.

A norma contratual será extirpada do mundo jurídico, no entanto, os efeitos fáticos podem persistir⁴⁸². Na prática, isso significa que o contratado deverá ser indenizado pelo montante já realizado do contrato, para evitar o enriquecimento ilícito da Administração, exceto em caso de má-fé.

4.5 Jurisprudência sobre boa-fé e contrato administrativo

Foram computados vinte e nove acórdãos que discutiam contrato administrativo. Em todos os casos, tratava-se de contratos administrativos inválidos, isto é, firmados sem a observância das regras definidas no

481 Empresto, mais uma vez, o exemplo esclarecer apresentado por Figueiredo (2002, p. 93): “Imaginemos, por hipótese, uma sondagem mais profunda do terreno. Sabemos que sondagens terão de ser efetuadas para a feitura do orçamento. Entretanto, determinadas sondagens só serão feitas, por muito onerosas, pelo contratado. Isso poderá trazer alteração quantitativa ao contrato”. Em momento posterior, a autora, contudo, afirma que tais casos serão provavelmente rejeitados pelos órgãos de controle (p. 95).

482 Nesse sentido, afirma Lúcia Valle Figueiredo (2002, p. 98-99): “Suprime-se do mundo jurídico a norma contratual, quer seja referente ao contrato original, quer seja ao aditamento, mas não se pode suprimir o fato administrativo. É dizer: as consequência jurídicas de ter existido, como *declaração socialmente reconhecível*, antes da invalidação”.

ordenamento para tanto.

Na grande maioria dos casos, a demanda levada ao Judiciário versava sobre a cobrança de indenização pelos serviços prestados em âmbito de contratação pelo Poder Público. Em tais casos, alega-se, por via de regra, que a Administração não observou o trâmite fundamental para tanto, estabelecido na Lei nº 8.666/1993. Em função de tal descumprimento, o Poder Público afirma que não se vincula ao pagamento de qualquer prestação ao particular, tendo em vista a nulidade do contrato.

Destaquem-se, de saída, dois aspectos observados nos acórdãos analisados⁴⁸³. O primeiro deles diz respeito aos limites da responsabilização do Estado, à luz da previsão do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993⁴⁸⁴, segundo a qual é devida a indenização pelos serviços prestados em âmbito de contrato nulo, além de pelos prejuízos sofridos pelo particular (desde que esse não os tenha dado causa). Referido dispositivo é recorrentemente citado nos acórdãos analisados e, em razão disso, merece análise mais detida, porque toca de modo muito sensível ao tema da boa-fé.

A primeira parte do dispositivo em questão impõe a responsabilidade de a Administração indenizar o contratado particular em âmbito de contrato nulo pelos serviços prestados até o momento em que a nulidade for declarada (“A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este

483 Dos quais é um ótimo representante o acórdão proferido no REsp nº 1.148.463, no qual se lê a seguinte passagem sobre a boa-fé: “Sem embargo, o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993 contempla exceção, no sentido de que ‘A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa’. Com fundamento nessa norma e nos princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que, mesmo em caso de nulidade do contrato administrativo, o ente público é obrigado a efetuar o pagamento pelos serviços prestados e pelos prejuízos aos quais deu causa, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade, quando o particular somente tem direito ao ressarcimento pela vantagem auferida pela Administração, sem margem de lucro alguma”.

484 *Ipsis literis*: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

houver executado até a data em que ela for declarada”). Essa parte, embora de maneira não expressa e sistematizada nos acórdãos, pode ser associada à proibição do enriquecimento ilícito, na medida em que se presume que os serviços prestados trouxeram benefícios patrimoniais à Administração e que, por isso, não poderiam dispensar a contrapartida devida.

A segunda parte do parágrafo único do artigo 59, da Lei nº 8.666/93, remete à dimensão da responsabilidade estatal que somente existirá caso o particular não tenha dado causa aos prejuízos. Também de maneira não expressa, tal previsão é compreendida nos acórdãos como uma regra de verificação da boa-fé do particular contratado, para que seja indenizado por outros prejuízos, além dos serviços prestados. Haverá boa-fé do particular se o mesmo não tiver corroborado para a nulidade da contratação. Ora, estando o particular de má-fé, terá concorrido para a nulidade contratual e tal formulação ressoa na jurisprudência do STJ⁴⁸⁵.

O segundo aspecto que se quer tratar decorre particularmente da constatação aventada sobre a segunda parte do parágrafo único, do artigo 59, da Lei Geral de Licitações e Contratos. Basicamente, abordar-se-á mais a fundo o sentido da boa-fé atribuído à previsão legal e seus reflexos na parcela da jurisprudência aqui considerada.

Desse modo, aprofundando a análise do dispositivo em questão, junto ao qual a boa-fé do particular contratado é evocada, observa-se que se trata,

485 Veja-se, por exemplo, o quanto exposto no acórdão proferido no REsp 1148463 (Relator Ministro Mauro Campbell Marques, d.j.: 06/12/2013): “[...]Sem embargo, o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993 contempla exceção, no sentido de que 'A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa'. Com fundamento nessa norma e nos princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que, mesmo *em caso de nulidade do contrato administrativo, o ente público é obrigado a efetuar o pagamento pelos serviços prestados e pelos prejuízos aos quais deu causa, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé* ou de ter o contratado concorrido para a nulidade, quando o particular somente tem direito ao ressarcimento pela vantagem auferida pela Administração, sem margem de lucro alguma.” (itálicos da autora).

diversamente do que uma primeira impressão poderia indicar, de sua dimensão objetiva, para fins de imposição do dever de pagar da Administração. Isso porque a contratação e os serviços foram efetivamente prestados, e o particular, confiando na conduta do Poder Público, esperava receber a remuneração avençada. Nesse sentido, haveria a expectativa de validade e cumprimento do acordo, o que geraria, na perspectiva de ausência de má-fé do particular, o dever de a Administração adimplir com o contrato, ainda que esse seja eivado de nulidade.

Dois acórdãos (REsp 1.306.350 e REsp 1.231.646), citam Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 612-613), que estabelece parâmetros precisos para que a Administração arque com a indenização do particular contratado, nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. Assim, o particular deverá ser indenizado, segundo acolhido pelos acórdãos citados, (a) pelas prestações executadas até a declaração de nulidade do contrato (ou “invalidação do contrato”), nos termos do valor avençado para tanto; (b) pelas despesas que decorrerão em função da nulidade do contrato; (c) pelos prejuízos indiretos, entendidos no sentido de lucros cessantes, isto é, vantagens que deixarão de ser auferidas pelo particular em razão da invalidação contratual.

Por outro lado, constatada sua má-fé, própria ou em conluio com a Administração, terá o particular direito ao valor correspondente, apurado em perícia, à “vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contratado haja sido maior”, não lhe sendo devida qualquer parcela referente a lucros esperados ou a remunerações cobradas pelo serviço, bem como os prejuízos indiretos⁴⁸⁶.

486 Reproduzem-se as considerações pertinentes de um dos acórdãos em recurso especial mencionados, o do REsp 1.306.350: “Como se vê, o consagrado autor ensina que o administrado, estando de boa-fé, deve ser: a) indenizado, “nos termos supostos no contrato”, pelas prestações que realizou, ou seja, deve receber o que foi convencionado pelos serviços prestados até a data da invalidação do contrato; b) ressarcido pelas despesas em que terá que incorrer por força do contrato viciado; e c) indenizado pelos prejuízos indiretos, ou seja, os proveitos que deixou de captar em outra relação jurídica, por força da vinculação contratual. Se estiver de má-fé, ou em conluio com a Administração, terá direito, apenas, ao exato valor, a ser pericialmente apurado, correspondente à vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contratado haja sido maior. Nesse caso, não faz jus a qualquer lucro ou

Observa-se que não há uma exploração significativa do sentido que se atribui à “má-fé”. Não se sabe se poderá ser inferida da conduta do particular, ou, ainda, se se trata de seu estado psicológico ou convicção a propósito da contratação irregular. Em que pese a ausência de maiores esclarecimentos a respeito, é possível deduzir que o sentido tratado nos acórdãos diz respeito à dimensão objetiva da boa-fé. Isso porque, não obstante não se haja cogitado das experiências anteriores dos particulares com contratações públicas – o que, presume-se, envolveria um procedimento mínimo para a contratação, e, por isso, um aprendizado prático –, faz-se menção à confiança do particular nos atos praticados pelo Poder Público, e na presumida legitimidade e legalidade que os caracterizaria.

Além disso, outro argumento apontado para a indenização ao particular diz respeito à efetiva, tempestiva e satisfatória prestação do objeto contratual. Tamanha presteza poderia ser associada ao contratante que obra de boa-fé, forte em sua confiança na regularidade de toda contratação⁴⁸⁷.

Em suma, constatada a existência de boa-fé, ou, antes, constatada a inexistência ou nenhum indício de má-fé (vez que a boa-fé se presume),

remuneração por aquilo que empreendeu, nem será resguardado dos prejuízos indiretos. No caso, o réu sequer cogitou – ou o aresto recorrido tangenciou – suposta má-fé da autora. O contrato foi declarado nulo por vício intrínseco, qual seja, ausência de prazo para início e execução da obra, que somente pode ser imputado ao Município de Guarulhos, responsável exclusivo pela realização do certame licitatório e elaboração do contrato administrativo. Como se sabe, o contrato administrativo é de adesão, elaborado unilateralmente, sem a participação ou discussão de suas cláusulas com o administrado vencedor da licitação. Assim, se foi anulado por não conter uma cláusula obrigatória, o vício somente pode ser imputado à Administração, nunca ao particular que com ela contrata. É fato incontroverso nos autos que a empresa autora vinha cumprindo com todas as suas obrigações contratuais. Nesses termos, não lhe pode ser imputado o prejuízo por qualquer vício do contrato”.

487 Um representante de tal constatação é o acórdão do REsp 1.153.337, no qual se lê: “Além da boa-fé, expressada pela ausência de conduta geradora da invalidade contratual, o dispositivo, ao outorgar proteção especial, exige, de forma expressa, o início da execução da avença. Portanto, considerando que o parágrafo único estatui proteção específica ao contratado de boa-fé, está fora do círculo de alcance o contratado de má-fé, notadamente porque sua conduta é incompatível com a proteção da confiança, fundamento da norma que restringiu os efeitos da declaração de invalidade. Embora o contratado de má-fé não se beneficie com a proteção especial, não lhe é retirada a posição normal de quem sofreu com a declaração de invalidade do contrato – retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86.” (destaquei).

resguarda-se o particular contratado sob circunstâncias avessas à lei, e que confiou na atuação lúdima do Poder Público. Ao contratado de má-fé, esse, por sua vez, somente será indenizado, segundo a jurisprudência, no montante das vantagens acrescidas à Administração.

Ainda quanto à expectativa legítima do particular em ver-se retribuído por sua prestação realizada, embora alguns acórdãos o mencionem, nenhum problematiza o conhecimento do particular contratado acerca do procedimento licitatório para contratos públicos. Porque já em Tribunal Superior – o que impede, em regra, o conhecimento de fatos –, não é indicado o estudo de um histórico das experiências prévias daquele particular em contratos públicos ou sua participação em certames a esse fim destinados. De tal investigação, seria possível aferir a legitimidade das expectativas dos particulares, e, por tabela, sua boa-fé – desta feita em sua dimensão subjetiva, sobre a convicção da legitimidade e legalidade ao firmar um contrato com o Poder Público não precedido de licitação.

Ainda sobre a questão do direito à contrapartida contratual ao particular em contrato administrativo nulo, destaca-se o acórdão proferido em sede do REsp 403.905. Apesar de nele debater-se também os limites da responsabilidade estatal pela contratação nula, diferentemente dos demais, o pleito do particular foi refutado⁴⁸⁸. Isso porque não se pedia a indenização pelos serviços efetivamente prestados, como expresse enquanto padrão nos demais acórdãos, mas sim, discutia-se o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em âmbito das relações desdobradas do contrato nulo. Entendem-se relevantes algumas considerações sobre o acórdão em questão, tendo em vista a patrimonialidade, tão característica como no pleito meramente indenizatório pelos serviços prestados, do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, sendo esse último nulo.

Pois bem, considera-se no acórdão que tal direito somente existe

488 A boa-fé do particular, para fins indenizatórios, não foi acolhida também nos acórdãos proferidos em sede dos recursos especiais de números 579.541; 973.044; 1.153.337 e 1.057.539.

condicionado à licitude da relação contratual. E, uma vez tendo sido irregular, no caso, o prévio e devido procedimento licitatório, torna-se evidente a ilegalidade que eiva o contrato. Desse modo, caberia ao particular contratado (que, no caso concreto do acórdão, trata-se de um permissionário), “suportar os ônus decorrentes de uma ilegalidade que lhe favoreceu”, o que se reforça diante de sua “inexistente boa-fé”.

Relevante também pontuar a questão sobre o equilíbrio contratual constatada nos acórdãos analisados. Nesse passo, para além do equilíbrio econômico-financeiro, considera-se no REsp 776.790 que a Lei Geral de Licitações e Contratações “já confere uma série de prerrogativas à Administração, motivo pelo qual existe uma tendência em se querer igualar as forças dela às do particular, sob o pálio da boa-fé objetiva”. Reconhece, portanto, que a Lei nº 8.666/1993, ao prever as ditas prerrogativas estatais na relação contratual, estabelece um desnível de poder entre as partes, que, desse modo, estarão em posição de desequilíbrio. Por outro lado, afirma também que é preciso ponderação para a aplicação de tal preceito, uma vez que se pode incorrer na geração de uma outra assimetria, ao se tentar corrigir uma primeira. Desse modo, a preocupação com a paridade de forças na relação contratual de direito administrativo não poderá significar a condescendência da Administração Pública para toda e qualquer conduta do particular contratado, em uma postura permissiva.

Essa perspectiva, do argumento da boa-fé como vetor de equilíbrio de forças em um contrato administrativo, naturalmente desnivelado por própria previsão positiva, é também reproduzida no acórdão proferido no REsp 524.811, onde se lê que a boa-fé objetiva deve ser compreendida como “o dever de lealdade e satisfação dos interesses do outro contratante”.

Referida definição, claramente principiológica, e na esteira da dimensão objetiva da boa-fé, ao impor deveres de conduta às partes, se insere no bojo decisório de um caso no qual a Infraero licitou a exploração de um

estacionamento de aeroporto. O contrato firmado previa duração de oito meses, sendo que, segundo menciona-se no acórdão, o ente administrativo havia infundido no particular a expectativa de prorrogação do contrato por mais 3 (três) anos. Afirma-se que, muito embora pudesse valer-se a Infraero de sua discricionariedade quanto à prorrogação do contrato, forte no interesse público, apresenta-se como dever de boa-fé, a pautar toda a atuação Administrativa, preservar as legítimas expectativas do particular – que, então, predominariam até mesmo sobre o interesse público no juízo de discricionariedade.

Adicionalmente, além do enriquecimento ilícito, tratado anteriormente, a proibição do comportamento contraditório figura também ao lado do argumento da boa-fé nos acórdãos, como elemento favorável à indenização do particular nos contratos firmados sem observância do procedimento devido, ou acometidos por qualquer outra espécie de ilegalidade.

Os acórdãos, proferidos em sede dos seguintes recursos especiais – 859.722; 547.196; 524.811 –, merecem destaque. O primeiro deles refere-se à concessão de serviço de energia elétrica, firmada sem a observância do procedimento previsto na Lei nº 8.987/1995, o segundo refere-se às práticas de concorrência desleal no mercado cafeeiro, executadas com o respaldo de instituições estatais de regulação e controle, e, por fim, o terceiro, refere-se ao mesmo caso da insinuação, por parte da Infraero, da possibilidade de prorrogação do contrato de exploração de estacionamento em aeroporto.

Em todos eles afirma-se que a Administração Pública, uma vez conduzindo-se em uma relação contratual em afronta ao direito positivo, e, portanto, dando causa à nulidade do contrato, não poderá alegá-la para fins de eximir-se dos efeitos patrimoniais que decorrem do ajuste, que persistem, em que pese sua nulidade. Chega-se mesmo a equiparar a conduta contraditória ao ato de valer-se da própria torpeza, um dos cânones em matéria de princípios gerais de direito. Como consequência prática, ainda que haja a ilegalidade, aplicam-se as regras como se a ilegalidade da conduta da Administração não houvesse⁴⁸⁹.

489 Conforme se lê de modo expreso no acórdão do REsp 859722: "Se o Poder Público, embora

Desse modo, sobre a vedação ao comportamento contraditório em matéria de contratos administrativos na jurisprudência podem ser apontadas duas constatações principais. A primeira delas é que sua função nos acórdãos figura em favor dos particulares que travam as relações contratuais nulas com a Administração Pública, cujos efeitos de seu mau proceder, ainda que signifiquem ilegalidade, não podem recair sobre o particular que nela confiou.

A segunda das constatações é que não se cogita sobre em que medida o comportamento ilegal inicial da Administração Pública não foi corroborado ou concedido⁴⁹⁰, de maneira consciente, pelo particular, de modo que a análise da contradição recaia apenas sobre uma das etapas anteriormente expostas para que se proíba a mesma. Assim, não se questiona sobre a expectativa legítima do particular – especialmente quanto a essa qualificação de “legítima” – para que o comportamento posterior contrário ao primeiro seja proibido. Por isso, não se observam, na prática, as considerações teóricas anteriormente expostas neste trabalho sobre o assunto.

4.6 Análise de acórdão

Em razão de sua representatividade frente ao restante da amostra, bem como pela maior robustez de argumentos, selecionou-se o acórdão proferido no Recurso Especial 1.231.646⁴⁹¹ para fins de análise qualitativa mais aprofundada. Os itens que seguem dedicam-se a referido estudo, que, conciliado com as

obrigado a contratar formalmente a prestação do serviço de energia elétrica, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a manutenção do índice de juros de mora na razão de 0,5% a.m., porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). Por isso, na ausência de contrato formal entre as partes - e, portanto, de ato jurídico perfeito que reservaria a aplicação da lei vigente à época da celebração do instrumento -, deve ser aplicado o índice de juros de mora previsto no art. 17, § 2º, da Lei n. 9.427/96, com a redação dada pela Lei n. 10.438/02, a partir da entrada em vigor deste último diploma normativo".

490 Não se perscrutam também se tais aspectos foram ou não contemplados na decisão *a quo*.

491 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.231.646. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. D.J. 04/12/2014.

demais ponderações até aqui tecidas, procurará conduzir o presente capítulo a uma conclusão.

4.6.1 Fatos e questão jurídica

O presente acórdão trata da responsabilização da Administração Pública em virtude de contratação firmada verbalmente com o particular. No caso, uma empresa de propaganda foi contratada, sem instrumento escrito, pelo Estado do Maranhão para prestação de serviços. Esses últimos consistiam na gravação de 6 (seis) VTs (“videoteipes”), cada qual no valor de R\$ 15.000,00, para serem utilizados em campanha publicitária do ente estatal.

Como referido contrato foi verbal, e, por isso, nulo, o estado negou-se a pagar os valores devidos. Não obstante, o Tribunal de segunda instância reconheceu a responsabilidade pelo pagamento dos serviços, em razão do reconhecimento da efetiva prestação dos mesmos, dizendo tratar-se de caso de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, III, da Lei nº 8.666/1993.

Todavia, como se sabe, nos termos do artigo 60, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, não é permitido à Administração Pública, de maneira desimpedida, firmar contratos verbais. Por tais razões, o contrato celebrado no caso em questão seria nulo, em sua origem, e, *a priori*, o Poder Público não deveria realizar quaisquer pagamentos. Esse foi o argumento levantado pelo Estado do Maranhão em sede recursal.

Em suma, “discute-se [...] a legalidade do pagamento de verba pública decorrente de contrato sem o procedimento licitatório” (página 4).

Tal é o contexto em que se insere a ação de cobrança ajuizada pela empresa. Os argumentos evocados e utilizados no acórdão referem-se fundamentalmente à boa-fé e à sua figura parcelar *venire contra factum proprium*. Serão tratados no item seguinte.

4.6.2 Tratamento da boa-fé

Segundo o Relator do acórdão, Min. Campbell Marques, ainda que o contrato seja inválido, não poderia o Poder Público alegar tal nulidade a fim de eximir-se do adimplemento da contraprestação pelos serviços avençados⁴⁹². Não poderia também, por isso, evocar o artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, porque haveria em tal hipótese “uma tentativa de se valer da própria torpeza” (p. 5), que é então associada no acórdão a uma violação da boa-fé objetiva – expressamente apontada como “orientadora” da Administração Pública.

Há, assim, uma vedação à alegação de uma nulidade, determinada nos termos da lei, em prestígio à boa-fé. Inclusive, segundo se afirma, o prevailecimento da lei representaria um comportamento inadmissível por parte do Poder Público, de modo que é preciso apoiar-se em outra categoria normativa, a boa-fé objetiva, para que a decisão se sustente juridicamente.

Além disso, assumindo a linha do reconhecimento de nulidade do contrato administrativo verbal, afirma-se que, não havendo responsabilização da Administração Pública, haveria enriquecimento ilícito dessa última, o que não se admite perante a boa-fé objetiva. Em favor do reconhecimento dos fatos, quais sejam, referentes à execução dos serviços pelo particular, o pagamento é devido pela Administração.

Desse modo, em matéria de nulidade contratual, fazem-se presentes as figuras da proibição do enriquecimento ilícito e do benefício pela própria torpeza, muito comuns e também princípios gerais de direito, tal como a boa-fé. E, nessa esteira, percebe-se um forte teor de fundo moral albergado na decisão.

492 “Se o Poder Público, embora obrigado a contratar formalmente, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato verbal, porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública).” (p. 5-6).

Além disso, denota-se um claro sentido prospectivo da boa-fé, no sentido de se gerarem deveres para além do texto da lei e, mais, ainda quando contrários à mesma. Por tal razão, estaria, de acordo com a menção expressa da dimensão objetiva da boa-fé, operando em uma clara função criadora frente ao Poder Público, e em benefício do particular.

Somente ao final de seu voto, o Min. Relator Campbell Marques menciona o direito positivo que prevaleceria no caso, e que, *per se*, poderia resolver inteiramente toda a questão – o artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. Apesar disso, o relator sobre ele não se detém extensamente, e há apenas um parágrafo a respeito.

O referido dispositivo expressamente determina que o particular deve ser indenizado pelo quanto executou, independentemente da validade do contrato firmado. Desse modo, seria possível uma mera subsunção da norma ao fato. Há, portanto, um caminho argumentativo que estabelece a primazia dos princípios de direito, dentre eles a boa-fé, enquanto a letra da lei é mencionada subsidiariamente no conteúdo decisório.

O voto-vista do Ministro Herman Benjamin, por outro lado, tomou como ponto de partida a própria lei e traçou uma visão mais técnica a respeito da relação do artigo 59, da Lei nº 8.666/1993, com a boa-fé. Principia o voto com a interpretação do dispositivo mencionado e afirma que o mesmo estabelece efeitos *ex tunc* da declaração de nulidade do contrato administrativo, o que impede a produção de seus efeitos e impõe a desconstituição dos efeitos já produzidos.

Destaca ainda que o parágrafo único do mesmo artigo contempla exceção ao *caput*, prevendo a indenização ao contratado pelo que o mesmo tiver executado até a data da declaração de nulidade, bem como pelos prejuízos comprovados, a que não tenha dado causa.

Foi também mencionado que a jurisprudência já consolidada do STJ é firme na prevalência da boa-fé objetiva e na vedação do enriquecimento ilícito em causas de nulidade de contrato administrativo. Por tal razão, a Corte entendeu

reiteradamente que em tais casos o ente público é obrigado a pagar os serviços executados e a indenizar os prejuízos que eventualmente existirem.

A hipótese de exceção sublinhada pelo Ministro Herman Benjamin para eximir o Poder Público do ressarcimento pelos prejuízos sofridos é a má-fé do particular, bem como sua culpa exclusiva na provocação dos danos. Assim, a boa-fé do particular, para o Ministro, somente seria relevante para se aferir o preenchimento de condição para a indenização dos prejuízos – e nada mais. De todo modo, e em todo caso, o particular fará jus à indenização pelos serviços prestados, na medida da vantagem indevida auferida pela Administração.

Assim, citando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹³, entende que o *quantum* indenizatório deve corresponder ao valor do enriquecimento da Administração, ainda que tenham sido realizados gastos superiores para a execução dos serviços. Cita-se um precedente nesse sentido, da própria Corte⁴⁹⁴.

O Ministro aponta ainda que o órgão judicial *a quo* nenhuma menção faz à boa-fé do particular. Em que pese tal constatação, afirma que também não se fez referência à má-fé do mesmo. Desse modo, não se podendo presumir a má-fé, deve-se optar pela solução normativa da boa-fé⁴⁹⁵, isto é, ressarcimento integral pelos serviços prestados e pelo prejuízo sofrido.

À par de tais considerações, não há pedido de indenização pelos prejuízos

493 Havendo boa-fé do particular na execução de contrato nulo, segundo aponta o Ministro Herman Benjamin (p. 14), o particular será: “a) indenizado, 'nos termos supostos no contrato', pelas prestações que realizou, ou seja, deve receber o que foi convencionado pelos serviços prestados até a data da invalidação do contrato; b) ressarcido pelas despesas em que teve que incorrer por força do contrato viciado; e c) indenizado pelos prejuízos indiretos, ou seja, os proveitos que deixou de captar em outra relação jurídica, por força da vinculação contratual.”. Já, se houver má-fé, o particular “não faz jus a qualquer lucro ou remuneração por aquilo que empreendeu, nem será resguardado dos prejuízos indiretos”.

494 REsp 707.710/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2005.

495 Assim se expressa o Ministro Herman Benjamin: “Todavia, a Corte estadual não adentra no aspecto da boa-fé contratual, justificando a condenação do Estado ao argumento da impossibilidade de enriquecimento ilícito unicamente em razão de ter considerado existente a prova da prestação dos serviços e inexigível o procedimento licitatório, nos termos do art. 25, III, da Lei 8.666/1993, o que, todavia, não autorizaria a contratação verbal, ante o disposto no parágrafo único do art. 60 da mesma lei c/c os arts. 26, parágrafo único, e 62 dessa norma. [...] Por outro lado, não há no acórdão recorrido elemento algum que aponte a presença de má-fé como elemento subjetivo da conduta do recorrido, não cabendo presumi-la” (p. 17).

sofridos, apenas pelos serviços efetivamente prestados.

Por fim, estando ambos os votos concordantes quanto à mesma questão, a turma votou por unanimidade acompanhando o relator.

4.6.3 *Expansão dos argumentos*

Neste acórdão, considerando a alegação de uma nulidade provocada pela própria Administração Pública, a boa-fé poderia ter sido empregada de modo mais expresso no sentido do *venire contra factum proprium*, havendo, portanto, claramente um comportamento contraditório. No entanto, tratou-se a boa-fé em uma roupagem mais genérica, no sentido de vincular seu alcance a toda a conduta da Administração.

Ora, conforme se viu, verificou-se uma expectativa de comportamento da Administração, qual seja, o pagamento pelos serviços que contratou, ainda que de maneira nula, sem seguir o procedimento estipulado pela Lei para tanto. Não foi questionado, contudo, se tal expectativa do particular seria legítima, tendo em vista o teor da própria nulidade em questão, que salta aos olhos pela falta de qualquer procedimento formal em sua origem.

Assim, a abordagem da perspectiva parcelar, da proibição do comportamento contraditório, permitiria contemplar também a confiança do particular em tal contratação. Isto é, permitiria, ainda, refletir sobre a legitimidade da expectativa contrariada e sem a qual não se proibiria a contradição no comportamento. Tal reflexão seria realizada considerando as circunstâncias e as peculiaridades da contratação e dos contratantes (nível de entendimento técnico, se houve assistência jurídica para a contratação, experiências anteriores com contratação pública, etc.).

A respeito da associação entre a boa-fé objetiva e a conduta da

Administração, não se adentrou em minúcias sobre quanto e como tal conduta deve ser determinada pela categoria normativa da boa-fé, tampouco sobre sua relação precisa na proibição do enriquecimento ilícito e no dever do Estado de indenizar o particular. A boa-fé objetiva foi mencionada sem maiores esclarecimentos, no entanto, apresenta-se como um dos mais importantes fundamentos da decisão, ao lado da proibição do enriquecimento ilícito e do benefício da própria torpeza.

O voto-vista, conforme já tratado, apresentou contornos mais técnicos. Nele, a boa-fé figura como categoria limitante da responsabilização do Estado em virtude de contratação nula. Ou seja, é explicitada no contexto da menção de seu antônimo no artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, a má-fé, e, portanto, com fundo mais normativo e de base positiva.

Com efeito, não se verificando a boa-fé do particular, mas, sim, sua má-fé, para o que se exige produção de provas (pois, segundo o próprio voto-vista, a má-fé não se presume), a indenização pelos “prejuízos” demonstrados pelo particular (danos emergentes, não vinculados imediatamente aos custos do objeto contratual, e lucros cessantes) não será devida.

Por outro lado, a indenização no valor do quanto devido a título de pagamento, na exata medida do enriquecimento da Administração Pública, será sempre devida, ainda que esteja o particular de má-fé. Ou ainda, em outras palavras, pode-se afirmar que a constatação da boa-fé é determinante para que uma parcela da indenização se imponha.

Desse modo, diferentemente do quanto ventilado pelo relator, o voto-vista representa a proibição do enriquecimento ilícito dissociada da categoria de boa-fé considerada para a solução do caso. Isso porque, segundo essa perspectiva, a indenização devida ao particular, ainda em caso de má-fé do mesmo, no *quantum* do enriquecimento da Administração Pública, imporia referida proibição independentemente da constatação da boa-fé.

Com efeito, as categorias consideradas em um e outro voto são diversas.

No voto do relator, considera-se a boa-fé objetiva da Administração Pública, que, no caso, imporia um dever de comportamento específico, que é a proibição de valer-se da própria torpeza. Já no voto-vista, a boa-fé é tomada a partir de um dispositivo de lei que expressamente regulamenta os fatos do litígio, e que se refere ao próprio particular, não à Administração Pública.

Tal divergência de perspectivas não é exposta de maneira consciente nos fundamentos da decisão, no entanto, como foi visto, imporia consequências diversas caso tomada em toda sua dimensão técnico-jurídica, caso o particular houvesse pedido indenização pelos “prejuízos sofridos”, especialmente no primeiro voto – o que permitiria não somente aferir o dever de conduta da Administração em face da boa-fé objetiva, como também a contrariedade de seu comportamento, a partir da mensuração das expectativas do particular.

Desse modo, ao passo que no primeiro voto a boa-fé atua como contraponto à lei positiva, que determina a nulidade de contrato administrativo verbal, e, assim, busca impor à Administração o dever de indenizar a despeito de tal previsão legal, no segundo voto a boa-fé é tomada como elemento da própria lei positiva, a demarcar os limites da indenização ao particular no contexto de um contrato nulo.

4.7 Conclusões do capítulo

(i) A análise aqui traçada sobre a boa-fé em matéria de contratos administrativos permite inferir que ela atua como vetor de deveres de conduta ética e otimizadora dos acordos firmados, em todas as fases do contrato administrativo (inclusive a antecedente e a subsequente).

(ii) Além disso, a boa-fé também atua como parâmetro para o exercício justo de direitos previstos no regime jurídico dos contratos públicos, incluindo as prerrogativas do Poder Público e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do

particular.

(iii) É relevante notar que a maioria da jurisprudência analisada tratou a respeito dos moldes para a indenizabilidade de contratos ilegalmente firmados, e, em tais casos, a boa-fé assumiu o papel de medida para, de um lado, o direito ao ressarcimento do particular, e, de outro lado, a correspondente responsabilidade do Poder Público contratante.

(iv) A partir da análise teórica e jurisprudencial deste capítulo, verifica-se a clara função flexibilizadora da legalidade desempenhada pela boa-fé, de um lado, e, de outro, sua função criadora de deveres na relação contratual de direito administrativo.

(v) Em resumo, deve-se destacar que as principais manifestações da boa-fé em matéria de contrato administrativos são estas: enquanto princípio jurídico e medida da responsabilidade estatal.

5 A BOA-FÉ NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

5.1 Introdução: o processo administrativo como dever da Administração Pública

A processualidade administrativa é um paradigma do Estado contemporâneo, o que decorre da tendência ou mesmo necessidade de uma maior proximidade com o cidadão, transparência e controlabilidade da atuação administrativa. Nesse sentido, o *iter* atuacional que se desdobra da instauração de um processo administrativo permite a visualização do trâmite e dos atos tomados previamente a uma decisão, que, potencialmente, poderá afetar posições jurídicas individuais ou coletivas. Com isso, oportuniza-se a manifestação do cidadão a respeito de quaisquer dos atos do processo, e, por tabela, o controle democrático da atuação do Poder Público associado à transparência e à participação dos interessados no processo. O processo administrativo predispõe as medidas administrativas ao consenso, tão necessário a partes naturalmente em desequilíbrio (Poder Público e particulares).

A análise da boa-fé, considerando seu *core* conceitual atrelado a deveres de conduta, previsibilidade e coerência de comportamentos, aplicada ao processo administrativo somente vem a endossar o sentido geral de processo como paradigma atual da atuação estatal. Ademais, conforme discorre Egon Bockmann Moreira (2007, p. 106-107), “o processo administrativo deve ser conduzido de acordo com parâmetros morais”. O autor predica como deveres morais básicos aqueles “inequívocos a qualquer relação processual”, dentre os quais se inserem a imparcialidade e a boa-fé. Desse modo, entende-se a boa-fé como expressão da moralidade administrativa no processo. A processualização do direito

administrativo reflete-se como o dever de instaurar o processo em casos de interferências em posições jurídicas individuais. Ora, havendo possibilidade de prejuízo aos particulares, a Administração deverá forjar seus atos mediante um processo administrativo prévio. Mesmo a autotutela administrativa, consagrada em lei e em súmula vinculante (nº 473, do Supremo Tribunal Federal⁴⁹⁶), encontra-se limitada ao devido processo legal, em que se assegure a ampla defesa e o contraditório aos interessados⁴⁹⁷. Portanto, havendo potencial repercussão em direitos subjetivos, o processo administrativo impõe-se como dever da Administração Pública e como garantia do particular.

Note-se, no entanto, que a oportunização de contraditório e ampla defesa aos afetados pela atividade administrativa, embora se imponha pela tutela das legítimas expectativas de participação no processo, não é tão óbvia ou mesmo admitida sem quaisquer restrições pelas instâncias decisórias. Como exemplo, tem-se a súmula nº 256/2010⁴⁹⁸ do Tribunal de Contas da União, corroborada pela súmula nº 3 do Supremo Tribunal Federal⁴⁹⁹, segundo a qual não é exigida a observância do contraditório e da ampla defesa na análise de legalidade pelo órgão do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão e de “ato de alteração posterior concessivo de melhoria que altere os fundamentos legais do ato inicial já registrado pelo TCU”. Outrossim, encontram-se na jurisprudência algumas manifestações resistentes ao exercício da autotutela administrativa

496 “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

497 Há jurisprudência vinculante nesse sentido, contida no acórdão da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 594.296-MG (Rel. Menezes Direito. DJ: 13/11/2008), cuja ementa merece citação: “Direito administrativo. Anulação de ato administrativo cuja formalização tenha repercutido no campo de interesses individuais. Poder de autotutela da Administração Pública. Necessidade de instauração de procedimento administrativo sob o rito do devido processo legal e com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Existência de repercussão geral”.

498 “Não se exige a observância do contraditório e da ampla defesa na apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão e de ato de alteração posterior concessivo de melhoria que altere os fundamentos legais do ato inicial já registrado pelo TCU.”

499 *Ipsis literis*: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

mediante processo administrativo⁵⁰⁰, ainda que não sejam representantes majoritárias do entendimento jurisprudencial a respeito. Acrescente-se que o esforço analítico sobre a boa-fé faz-se indispensável tendo em vista sua posituação dentre os critérios a serem observados no processo administrativo, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999. Essa previsão manda permear toda a atuação administrativa, desde seus atos, passando por contratos e atividade normativa, até a atividade sancionatória, da boa-fé⁵⁰¹. Daí a grande relevância da posituação da boa-fé na Lei de Processo Administrativo Federal.

No diploma de processo administrativo federal há também a previsão da boa-fé como dever de conduta do administrado, nos termos do seu artigo 4º, inciso II. Desse modo, entendendo-se que nenhuma previsão legislativa é destituída de utilidade, é possível inferir que a previsão anterior, a do inciso IV, parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, dirige-se especialmente à própria Administração Pública, compondo o dever de conduta do administrador

500 Vide acórdão proferido em sede da apelação nº 9171359-94.2002.8.26.0000, TJ/SP (6ª Câmara de Direito Público. Rel. Reinaldo Miluzzi. DJ: 02/02/2015), cujo entendimento sobre o contraditório em processo administrativo limita sua aplicação apenas a processos punitivos ou sancionatórios e que afirma que, em caso de ato viciado, a anulação se impõe de maneira impessoal e mesmo sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Relevante se faz a reprodução de sua ementa: “CONCURSO PÚBLICO Anulação pela própria Administração Acórdão que deu provimento ao recurso de apelação, sob o fundamento de que desnecessário o processo administrativo para possibilitar a ampla defesa do servidor, uma vez que não há falta a ser apurada, mas direito inexoravelmente atingido pela anulação do certame Retorno dos autos na forma do art. 543-B do CPC RE 594.296/MG, que versa sobre a necessidade de procedimento administrativo, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa, para revogação de atos que a Administração repute ilegais, se de tais atos já decorreram efeitos concretos Questão discutida distinta daquela examinada, com repercussão geral, no referido Recurso Extraordinário Acórdão mantido”. Há inclusive entendimento que dispensa o contraditório e a ampla defesa mesmo tratando-se de aplicação de sanção administrativa: “Ação ordinária. Anulação de multa por infração da Lei Municipal nº 14.223/2006 (‘Lei Cidade Limpa’), por não ter lhe sido conferido o direito ao contraditório e a ampla defesa prévio à aplicação da penalidade. Sentença de improcedência. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Inviabilidade. Exercício regular do poder de polícia pela Administração Pública. Desnecessária a prévia instauração de processo administrativo a fim de aplicar penalidade legalmente prevista. Recurso improvido.” (Apelação nº 0019173-65.2011.8.26.0053, TJ/SP, 11ª Câmara de Direito Público. Rel. Aroldo Viotti. DJ: 26/11/2013). O Supremo Tribunal Federal também apresenta julgados no sentido de dispensa de processo administrativo prévio a atos que impliquem em restrição de direitos de particulares (vide RE 85557/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 18/03/1977. Vide também, já sob a égide da Lei nº 9.874/1999, o RE 352258/BA. Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 14/05/2004).

501 Nesse sentido, vide Nobre Júnior, 2002, p. 239-240.

que conduzirá o processo conforme os ditames da boa-fé. Tal é o entendimento adotado por José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 73), que, discorrendo sobre o artigo 2º, inciso IV, afirma que a conduta do administrador “deve transmitir sinceridade e veracidade”, assim como considera o decoro um componente de seu padrão de conduta. As previsões expressas da boa-fé no processo administrativo, nos dispositivos acima mencionados, não impedem que se observem projeções positivas da mesma ao longo de todo o diploma referido. Diante de tal comando, a boa-fé deve ser observada durante todas as etapas do processo administrativo, desde a instauração até seu deslinde. As manifestações pontuais da boa-fé na Lei de Processo Administrativo Federal serão tratadas nos itens seguintes.

5.2 Vedação à interpretação retroativa de entendimento administrativo

Dentre as referidas manifestações da boa-fé, prevê-se a vedação à interpretação retroativa da norma administrativa no artigo 4º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999. A interdição da retroatividade interpretativa coaduna-se com a tutela da confiança legítima, “autêntica emanção da boa-fé”, para Edilson Nobre Júnior (2002, p. 241)⁵⁰². Desse modo, predominando determinado entendimento sobre uma questão jurídica por parte da Administração Pública, os particulares que agiram sob a égide de tal interpretação em determinado momento estarão resguardados da mudança interpretativa emitida pela Administração⁵⁰³. Fixa-se, desse modo, um marco temporal referente às

502 Ainda sobre a questão, assim manifesta-se Edilson Nobre Júnior (2002, p. 241): “Ora, se a Administração perfilha, em situações similares, um entendimento em determinado sentido, criando uma forte crença no administrado de que, em exemplos futuros, adotará a mesma posição, dessa confiança inspirada aos particulares poderá vir à tona a prática de algumas condutas conformes à interpretação então predominante. Em casos tais, havendo uma mudança da rota interpretativa, esta não poderá atingir os particulares que agiram sob inspiração da exegese anterior”.

503 Tal é a posição acolhida pela jurisprudência do STJ, sobre a qual são emprestados os exemplos enumerados por Nobre Júnior (2002, p. 243-244): REsp 47.015 –SP e REsp 141.879 – SP.

possibilidades de atuação administrativa segundo o novo e o velho entendimento, marco esse determinado pela confiança do administrado. Por tal razão, e de modo a expandir o raciocínio, é possível afirmar que a vedação da retroatividade interpretativa expressa-se também sob a forma de vedação às alterações interpretativas bruscas⁵⁰⁴. Assim, de um lado, veda-se a aplicação de um entendimento vigente sobre a norma jurídica à situação do passado em que o administrado portou-se de maneira correspondente à interpretação vigente no momento do ato. De outro lado, ainda que a conduta adotada pelo particular coincida com o momento do novo entendimento que pretende a Administração aplicar, é indispensável analisar as peculiaridades do caso.

Ora, o administrado, fiando-se em manifestações decisórias anteriores da Administração Pública sobre determinada norma jurídica, mantidas as mesmas condições fáticas e jurídicas relativas a seu caso, espera legitimamente que a mesma solução jurídica seja adotada pelo órgão administrativo. Por conseguinte, é razoável supor que o administrado planejou sua atuação, muitas vezes movendo recursos financeiros e humanos de elevada monta, tendo por base o histórico interpretativo uniforme da Administração Pública sobre determinada norma ou questão jurídica.

Daí a relevância de atos administrativos informativos de entendimentos normativos, que comuniquem também a novidade interpretativa e estabeleçam um marco temporal a partir do qual suas disposições passarão a vigor. Comunicados e informativos das alterações interpretativas, às quais se deem ampla publicidade, podem ser encarados como mecanismos úteis a evitar a ruptura inesperada de expectativas. Ressalte-se também que o sentido geral da vedação à retroatividade interpretativa da Administração Pública, conforme já assinalou Nobre Júnior (2002, p. 242), diz respeito à vedação ao *venire contra*

⁵⁰⁴ Nesse sentido, destaque-se excerto de Rezende (2013, p. 104): “Se o Poder Público sempre decide de um modo em específica situação, a mudança isolada e pouco fundamentada de paradigma pode ensejar uma falta de confiança na sociedade e impossibilidade de previsibilidade para o cidadão, bem como, uma ofensa ao princípio da impessoalidade. A decisão que ensejar uma mudança de interpretação não pode retroagir para prejudicar o interessado, visto que ofende a segurança jurídica e o dever de colaboração imposto ao Estado-administração”.

factum proprium, uma das figuras parcelares da boa-fé. Com efeito, a coerência da atuação estatal deve ser preservada, de modo a evitar a arbitrariedade de entendimentos e a desigualdade na aplicação da norma.

Embora não trate da interpretação retroativa, mas sim da mudança de orientação da Administração, pode-se considerar sob o pálio da boa-fé a proposta ventilada no Projeto de Lei nº 349/2015, que sugere, dentre outras, a inserção do artigo 22 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵⁰⁵, prevendo um regime de transição a ser adotado em sede de decisão administrativa, controladora ou judicial que, fiando-se em norma indeterminada, “impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova”. Desse modo, o indivíduo poderá contar com um período de ajustamento às novas exigências da Administração Pública, para atendê-las “de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.” Aliam-se as expectativas do administrado quanto à permanência das orientações administrativas aos objetivos de eficiência da realização de mudanças naquelas. Prestigia-se também a consensualidade, na medida em que o PL nº 349/2015 prevê, para o parágrafo único do referido artigo 22, a possibilidade de negociação do regime de transição, caso o mesmo não tenha sido previsto de antemão pela Administração⁵⁰⁶.

Reforce-se, por fim, que a manifestação da boa-fé na Lei de Processo

505 Assim prevê o PL nº 349/2015: “Art. 22. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.”

506 A este respeito, muito pertinente mostra-se a crítica apresentada por Irene Nohara (2016), que alerta para os riscos de captura pelo agente privado ao negociar o regime de transição: “possível manifestação do fenômeno da captura, diante dessa abertura, em que aquele que deveria ser sancionado, por exemplo, negocia o grau de cumprimento de seu dever”. Para a autora, uma solução alternativa e também consensual seria viabilizar ao afetado pela mudança de orientação administrativa manifestar-se processualmente, exercendo seu contraditório e apresentando seus argumentos, para que a decisão sobre o regime de transição os considerasse (mas não necessariamente os acatasse).

Administrativo Federal, referida anteriormente, não significa o engessamento das possibilidades decisórias da Administração Pública a um perpétuo padrão de entendimentos interpretativos. Há apenas que se considerar que, no caso de preservação das mesmas situações de fato e de direito que ensejaram determinado entendimento, uma mudança interpretativa apenas poderia representar a arbitrariedade da Administração, uma vez que não restará legitimamente fundada em aspectos essenciais à própria motivação da decisão (fatos e normas). Por outro lado, havendo alterações das circunstâncias fáticas e normativas no momento da prática do ato, torna-se juridicamente fundamentada a alteração interpretativa, sendo que casos peculiares que demandem medidas de transição devem também ser analisados.

5.3 Os deveres do administrado e a litigância de má-fé no processo administrativo

O artigo 4º, incisos I, II e III, da Lei nº 9.784/1999, dispõe sobre deveres do administrado perante a Administração Pública, que são infundidos do mesmo espírito de combate à litigância de má-fé dos artigos 16 a 18 do antigo Código de Processo Civil (e artigos 79 a 81 do Novo Código de Processo Civil) e que, portanto, refletem os deveres advindos da boa-fé no processo. São eles: “expor os fatos conforme a verdade” (inciso I); “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé” (inciso II, que consagra o que pode designar por “dever geral de boa-fé” dirigido ao Administrado); “não agir de modo temerário” (inciso III). Observa-se que o dispositivo nada mais prevê do que o padrão de conduta que se espera de um litigante de boa-fé.

Egon Bockmann Moreira (2007, p. 108) considera a proibição da indevida utilização ou participação no processo como decorrente do dever de boa-fé no processo administrativo. Desse modo, a litigância de má-fé no processo administrativo é coibida por meio da previsão dos deveres de atuação conforme a

boa-fé mencionados anteriormente. Por imposição da boa-fé no processo administrativo, requer-se “a ausência do propósito de enganar do interessado”, caracterizando-se de má-fé aquele que deduz pretensão falsa, ou, ainda, descreve os fatos em desacordo com o realmente ocorrido, alterando a verdade dos mesmos. Isso porque é dever primordial do administrado colaborar com a Administração para o esclarecimento dos fatos, a fim de que a decisão tomada seja a mais acertada e, portanto, mais afinada aos interesses públicos.

Com relação aos deveres de urbanidade e lealdade, devem os administrados não opor resistência ao andamento do processo, por meio de expedientes arditosamente utilizados para protelar determinada medida ou mesmo a sequência dos atos processuais. Da mesma maneira, atitudes temerárias em relação a qualquer ato do processo, tais como, por exemplo, recusar-se a praticar determinada atividade a que expressamente deu-se ordem para realizar, como a apresentação de um certo documento para fins de instrução (nesse caso, nos termos do artigo 40 da Lei nº 9.784/1999), a consequência poderá ser o arquivamento do processo.

Igualmente, deve o administrado abster-se de provocar incidentes manifestamente infundados no processo ou interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. Como exemplos da primeira vedação, não poderá o administrado provocar intencionalmente nulidades em atos administrativos, tal como a ausência de assinatura em ata ou, ainda, o envio de preposto irregularmente constituído ou mesmo não constituído quando chamado a se manifestar. Por sua vez, o recurso meramente protelatório é identificado pela inocuidade de seus fundamentos, ou mesmo por distorções propaladas na argumentação, entre outros.

Além disso, mencione-se também a colaboração do administrado para o bom desfecho no processo, conforme se depreende da previsão do artigo 38, *caput*, da LPA. Segundo o dispositivo, o interessado “poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências

e perícias, e bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”. O dispositivo, ao mesmo tempo, representa, segundo apontam Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 258-259), a “expressão direta da ampla defesa”, e, segundo o §2º do mesmo artigo, apenas as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias poderão ser recusadas pela autoridade administrativa, o que, segundo se pode depreender, estabelece um limite ao exercício normal da ampla defesa. Esse direito, por sua vez, ponderado com a referida limitação, traduz-se em um verdadeiro dever de colaboração do administrado para a melhor decisão da Administração e para o bom desenvolvimento do processo, uma vez que a atividade ilícita, desnecessária, impertinente ou protelatória do interessado não será admitida, ou, por outras palavras, somente se admite a atividade colaborativa do interessado.⁵⁰⁷

5.4 O devido processo administrativo e a boa-fé

Anote-se, de saída, que o devido processo legal impõe deveres de lealdade. Como bem se sabe, a Constituição Federal prevê o devido processo legal, no inciso LIV, do artigo 5º, assim como a ampla defesa e o contraditório nos processos judiciais e administrativos, no inciso LV do mesmo artigo. Desse modo, havendo possibilidade de restrição de direitos subjetivos deve o administrado afetado ser necessariamente ouvido a respeito. Por tal razão, a esse respeito, Nobre Júnior (2002, p. 247) entende tratar-se de um influxo da boa-fé, expresso no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/1999.

Desse modo, por uma questão de lealdade por parte da Administração,

⁵⁰⁷ Os deveres de colaboração do interessado no processo enquanto manifestação da boa-fé são particularmente relevantes para mecanismos de cooperação para com as investigações no processo administrativo, em troca de alguns benefícios relativos à atenuação de responsabilidade pela infração, tal como o acordo de leniência, previsto no artigo 35-B, caput e inciso I, da Lei nº 8.884/96, e no artigo 16, da Lei nº 12.846/2013 (a “Lei anticorrupção”). Em tais acordos, o particular por ele beneficiado deverá praticar atos que efetivamente colaborem com as investigações e com o processo administrativo – e tal cooperação, nos termos do inciso III, do §1º, do artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, deverá ser plena e permanente.

deverá a mesma chamar os interessados (seja em proporção individual ou coletiva) a manifestar-se sobre questão do processo administrativo que afetará seus direitos subjetivos. Em razão disso, poderá o administrado ter ciência do objeto processual de que é interessado (artigo 3º, II, Lei nº 9.874/1999).

É relevante o entendimento exposto por Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 347) a respeito do devido processo legal como limite à autoexecutoriedade dos atos administrativos. Segundo os autores, embora o atributo da autoexecutoriedade não tenha sido extinto, pois o ato administrativo ainda poderá ser executado independentemente de recurso ao Poder Judiciário, se implicar potencial restrição à liberdade e aos bens do administrado, deverá ser precedido da oportunidade para o contraditório e a ampla defesa do interessado. Assim, depreende-se que o entendimento que assegurava o devido processo apenas em casos de procedimentos sancionatórios ou em que houvesse lide propriamente dita (isto é, um litígio) é ultrapassado, devendo ser garantido mais amplamente. Ora, a participação do interessado nos processos cujo resultado lhe afetará representa não só a concretização do princípio democrático, com a influência do interessado para a tomada da decisão e com o controle da atuação da Administração Pública nos procedimentos decisórios, mas também uma *expectativa* dos indivíduos. O direito de contraditório e ampla defesa é, a um só tempo, um direito dos indivíduos e um dever da Administração Pública que conduz o processo – dever que, conforme é esperado, cumpra-se. A participação do interessado proporcionará uma decisão mais justa, mais consensual, e evitará que ele se surpreenda com a brusca imposição de medidas, que poderiam ser diferentes ou mesmo evitadas caso tivesse sua opinião considerada. Trata-se, desse modo, de um dever de boa-fé por parte da Administração.

Ademais, para a instauração do processo administrativo, deverá a Administração Pública descrever em minúcias todos os determinantes fáticos e de direito que deflagram o procedimento, seja de ofício ou por provocação⁵⁰⁸. Com

508 Ressalte-se, porém, haver jurisprudência de longa data no Superior Tribunal de Justiça que afirma não ser necessária a descrição minuciosa da infração administrativa imputada na portaria de instauração do processo administrativo disciplinar. Vide RMS 2501/ES (STJ. Sexta

efeito, enfatiza Vinícius de Paula Rezende (2013, p. 85) que a Administração não poderá omitir nenhum detalhe sobre a questão discutida no processo, sob pena de nulidade do ato inaugural, tendo em vista que a ampla defesa restará prejudicada caso alguma informação não tenha sido exposta.

Rezende (2013, p. 86) também compreende como decorrente da boa-fé a proibição de recusa *prima facie* de alguma petição do administrado voltada à instauração de um procedimento administrativo, isso porque se deve priorizar a formação de uma cultura colaborativa entre Poder Público e cidadão, por força do dever de o Estado “colaborar e incentivar a participação do cidadão na vida estatal” (2013, p. 86). Desse modo, não existiria, nessa sede, algo como um “não recebimento” do requerimento, tal como ocorre na esfera judicial.

As considerações anteriores perfazem o entendimento do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 9.784/1999, que estabelece um verdadeiro dever de colaboração da Administração à instauração do processo mediante requerimento do interessado. O dispositivo veda a recusa imotivada do recebimento de documentos, prevendo ainda o dever de o servidor público orientar o interessado para o suprimento de falhas.

Ainda, em atenção à boa-fé, o particular que provoca a Administração Pública deverá, embora não haja previsão expressa em lei, juntar todas as provas de que dispõe para instruir o feito e a fim de permitir que a Administração possa aquilatar a viabilidade processual do pedido. Por outras palavras, algum material de prova é necessário para demonstrar a própria “boa-fé da pretensão” (Rezende, 2013, p. 87).

Além de tomar ciência do quanto discutido em sede de processo administrativo (artigo 3º, II, da LPA), tem também o administrado o direito de conhecer o processo em todos os aspectos, podendo acessar toda a documentação produzida até então, com a vista dos autos (artigo 46 da Lei nº

Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ 28/03/1994), RMS 16850/BA (STJ. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca. DJ 10/05/2004), RMS 13542/SP (STJ. Quinta Turma. Rel. Gilson Dipp. DJ 22/09/2003).

9.784/1999), bem como acompanhar a instrução processual e os demais atos do processo, em qualquer de suas fases, sendo intimado e cientificado de atos instrutórios e decisões (artigos 26, 28, 41 e 62, todos da Lei nº 9.784/1999). A transparência do *iter* processual a qualquer interessado é dever essencial da Administração Pública, como forma de atuação colaborativa, e não autoritária, perante o particular⁵⁰⁹.

Além disso, na mesma linha do dever de colaboração do administrador para com os administrados, tem-se o artigo 37, que determina a obrigatoriedade de o órgão competente pela instrução do processo obter os documentos ou suas cópias quando o interessado declarar que os fatos e dados se encontram registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou outro órgão administrativo. Segundo Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 255-256), trata-se da consagração de um dever de colaboração instrutória, que visa a dois objetivos principais: “confirmar as informações e os dados declarados pelo administrado que estão nas mãos do próprio Estado” e reduzir “o ônus da prova que, em regra, recairia sobre aquele”⁵¹⁰.

509 A respeito da proibição de autoritarismo num devido processo administrativo, em março de 2016, o Ministério Público Federal protocolou no Congresso Nacional um projeto de lei com dez medidas anticorrupção (PL nº 4.850/2016). Dentre as propostas, algumas chamam a atenção em matéria de boa-fé no processo administrativo, em especial as alcunhadas “teste de integridade” (componente nº 2 da medida nº 1, “investimento em prevenção”) e “sigilo da fonte” (também componente nº 4 da medida nº 1). No anteprojeto do teste de integridade, o artigo 3º o define como “simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública”. O resultado do aludido teste poderá ser utilizado pelas instâncias de controle administrativo e de persecução penal para fins sancionatórios (disciplinares e penais), nos termos do artigo 2º do anteprojeto. De modo bastante evidente, o teste em discussão se coloca num plano ideológico de desconfiança do agente público, uma vez que legitima a atuação do Estado como instigador de ilícitos a fim de, em tese, fazer-se emergir a “predisposição” infracional daquele. Nesse sentido, a proposta se fundamenta num modelo de inversão de paradigma administrativo, no qual a má-fé, e não a boa-fé, presume-se. A proposta de sigilo da fonte, de seu turno, também aparentemente se sustentando no referido modelo invertido, fulmina o sentido aqui exposto de boa-fé face ao devido processo legal, uma vez que, ao impedir ao investigado na infração o pleno conhecimento das circunstâncias de sua acusação, haverá claro prejuízo a sua ampla defesa. A contenção de tal informação pelas instâncias de apuração infracional não se justifica por outro argumento além da presunção de que o acusado efetivamente cometeu o ilícito e que, uma vez conhecendo a fonte, prejudicará a investigação – por outras palavras, presume-se a má-fé.

510 Nohara e Marrara (2009, p. 256) apontam o caráter subsidiário da aplicação do artigo 37 da LPA. Assim, seu emprego somente teria lugar para os casos em que houvesse necessidade para tanto, ou seja, se o interessado, por iniciativa própria, não trouxe aos autos do processo

Em terceiro lugar, deve-se apontar o direito do particular de influir no processo administrativo. Poderá o interessado produzir e solicitar a produção de provas (artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, que deverão ser consideradas pelo órgão competente (artigo 3º, da LPA), bem como levantar argumentos relevantes e úteis à solução do caso, inclusive a título de ampla defesa e contraditório, nos termos dos artigos 27, parágrafo único; 29, *caput* (possibilidade de o interessado propor atuações probatórias), 31 (consulta pública, aberta também a terceiros), 32 (audiência pública, também acessível a terceiros), 36 (ônus da prova do interessado em relação ao que tenha alegado), 38, *caput* (possibilidade de o interessado, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias e fazer alegações) e §2º (recusa possível somente para provas ilícitas, desnecessárias ou protelatórias), e 44 (manifestação do interessado em dez dias, finda a instrução), todos da Lei nº 9.784/1999. A consideração dos argumentos e provas, propostas pelos interessados deverá ser observada na motivação da decisão, que deverá ser explícita, clara e congruente (artigo 38, §1º, combinado com artigo 50, §1º, da Lei nº 9.784/1999).

A participação do interessado no processo administrativo que resultará em decisão potencialmente modificadora de posições jurídicas individuais ou coletivas consiste no aspecto nuclear da proteção procedimental da confiança. Com efeito, essa última toca especialmente às expectativas dos administrados em participarem do processo, sendo ouvidos a fim de influir na decisão, conforme infere-se da jurisprudência anglo-saxônica que per fez a figura (*legitimate expectations*⁵¹¹). O sentido da dimensão processual da confiança diz respeito,

administrativo o documento físico que registraria as suas declarações.

511 Conforme infere-se da evolução histórica do instituto das expectativas legítimas em direito público no direito britânico, onde surgiu, observa-se que a figura relaciona-se muito mais ao direito de ser ouvido ou de se manifestar previamente a uma decisão administrativa que afete a posição subjetiva de até então. Diz-se então que compõe ou atrela-se a um princípio de decisão justa com a prévia audiência das pessoas afetadas. Daí as expectativas legítimas conferirem uma proteção processual (o dever de ouvir os cidadãos) em relação às decisões administrativas. Vide exposição dos *leading cases* que contribuíram para a construção jurídica do instituto (*Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*; *R. v. Liverpool Corporation*, ex

portanto, ao dever do Estado em ouvir os interessados previamente à tomada de qualquer decisão sobre uma questão que os afete⁵¹².

A essencialidade da proteção procedimental reflete-se na excepcionalidade da dispensa de participação dos interessados no processo. Conforme menciona Araújo (2009, p. 219-220), supõe-se que situações de urgência, cujo impacto se estenderá a grande parcela da população, ou circunstâncias em que se exige a confidencialidade de uma medida, ou ainda hipóteses de elevados custos ou grande dificuldade de audiência dos interessados poderão excepcionar a expectativa de participação dos cidadãos no processo.

Contudo, ressalte-se que a motivação do administrador deverá demonstrar a contento a inexistência de alternativas viáveis para a concretização da proteção procedimental da confiança; do contrário, tratar-se-á de uma exceção arbitrária, que poderá acarretar a anulação da decisão resultante, bem como a responsabilização do Estado pela violação da boa-fé e das expectativas de participação processual dos interessados.

Adicionalmente, destaquem-se todas as facetas de atuação processual que expressem a postura colaborativa e democrática devida por ambos os sujeitos do processo, Administração e interessado, e que, por isso, também se refletem como deveres derivados da boa-fé. Podem-se destacar os seguintes: instrumentalidade das formas, economia processual, *favor debitoris*, proibição dos atos próprios.

Com fundamento na instrumentalidade das formas e economia processual podem-se aproveitar atos processuais levemente viciados, seja com

parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association; McInnes v. Onslow Fane; Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu; R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan; Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service por David Wright (1997, p. 146-156).

512 Sobre a relevância democrática e de efetividade decisória da proteção procedimental da confiança, reproduzem-se as palavras de Araújo (2009, p. 216): "A proteção procedimental permite maior participação democrática na formação da vontade estatal e viabiliza que os particulares afetados pela violação da confiança sejam ouvidos e considerados na avaliação do Estado quando da edição de seus atos. Além de esse procedimento reduzir o risco de frustração das expectativas dos administrados, ele contribui, sobremaneira, para a diminuição do sentimento de injustiça que pode surgir, caso a frustração da expectativa realmente se confirme".

impropriedades de informação (por exemplo, erro na qualificação do requerente), seja com equívocos ou obscuridades na descrição dos fatos, desde que suscetíveis de correção⁵¹³. Deve-se, em tais casos, oportunizar ao administrado a possibilidade de corrigir tais imprecisões, como forma de colaboração mútua e, por tabela, cumprir o dever da boa-fé, segundo já destacou Rezende (2013, p. 88).

A expressão da instrumentalidade das formas como dever de boa-fé é consagrada na LPA, em seu artigo 22, o qual dispõe que os atos do processo administrativo somente irão depender de forma determinada apenas quando a lei expressamente a exigir. Trata-se da previsão de um informalismo processual, excepcionado apenas pela lei – o que o próprio §1º do artigo 22 o faz, ao prever a forma escrita dos atos do processo, e em vernáculo, com a data e o local de sua realização, além da assinatura da autoridade responsável.

Revela-se o *favor debitoris* (figura decorrente da boa-fé) no dever de prestigiar a parte mais vulnerável do processo, no caso, o interessado. Dentre os dispositivos previstos na Lei nº 9.784/1999 que expressam referida figura, estão os artigos 29, §2º, (“Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”) e 37 (“Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”).

Ora, o interessado, sujeito em desequilíbrio de forças perante a Administração (que é simultaneamente parte e julgador), conta com um favorecimento justificado em razão de sua posição. Por isso, os atos processuais que demandam a participação ativa dos administrados deverão ser realizados da

513 Ulrich Battis (1985, p. 130-131) afirma que, uma vez considerado o processo como base da atuação administrativa, deve-se também concebê-lo como voltado à finalidade administrativa, ou, em suas palavras como “apenas meio na busca pela decisão correta”, servindo, portanto, ao direito material. Desse modo, para o autor, constatado um erro processual, é preciso verificar se não é possível convalidá-lo ou, ainda, investigar se o mesmo não influenciou a decisão substancial, antes de anular o processo.

maneira que lhes prejudique menos, assim como os documentos e material de prova no processo deverão ser fornecidos pela Administração Pública sempre que possível, uma vez que os mesmos geralmente estão em mãos dos seus órgãos. Desse modo, espera-se que eles cooperem com os cidadãos e que esses últimos, por sua vez, conforme afirma Rezende (2013, p. 92), igualmente se esforcem para apresentar e produzir as provas que não são detidas pela Administração Pública.

Na sequência, proíbe-se a contradição entre atos da própria Administração no processo (teoria dos atos próprios). Nesse sentido, caso se determine que o particular pratique determinado ato ou que apresente documento, não poderá a Administração desconsiderar referido fato no momento de sua decisão, pois estaria contradizendo um ato praticado por si mesmo. É sabido que nenhum ato administrativo, especialmente no processo, é gratuito, sendo sempre fundado em permissivo legal e direcionado à finalidade do interesse público. Desconsiderar um ato ou informação determinada por si própria equivaleria a anular sua própria atividade. A contradição, nesse caso, não será admitida e sua proibição é reforçada pelo artigo 38, § 1º, da Lei nº 9.874/1999.

Ainda sobre a contradição de atos no processo administrativo, observe-se que ela é, de certo modo, admitida para o particular sob circunstâncias específicas e expressas. Com efeito, nos termos do artigo 51, da Lei nº 9.874/1999, poderá o interessado desistir total ou parcialmente do pedido ou mesmo renunciar a direitos disponíveis. Assim, caso o próprio interessado tenha provocado a Administração e deflagrado o processo poderá, a certo ponto, desistir de todo pedido, em franca contradição com sua intenção inicial. Reforça-se a premissa de que a contradição não é, *a priori*, condenada pelo sistema jurídico, mas sim, limitada e modelada a determinadas circunstâncias, conforme apontou Schreiber (2007, p. 80). Todavia, como todo exercício de direito é limitado, caso a Administração entenda ser de interesse público dar continuidade ao processo, assim o fará, nos termos do §2º do artigo 51, da Lei nº 9.874/1999.

Destaque-se, por fim, o dever de o administrador proceder de boa-fé e não ocultar seu impedimento. O artigo 19 da Lei nº 9.874/1999 determina o dever de comunicação sobre o impedimento (dentro das hipóteses do artigo 18) para a autoridade ou servidor que nele incorrer. O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo dispõe que a omissão do referido dever configurará falta grave em termos da responsabilidade disciplinar. A regra visa coibir as decisões tomadas com violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade, que configurarão também desvio de poder, e, conseqüentemente, improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429/1992.

Tais deveres da Administração e respectivos direitos dos administrados decorrentes do devido processo legal exaltam um sentido colaborativo na relação entre os mesmos. Tal colaboração adquire, por sua vez, uma perspectiva democrática na medida em que permite aos administrados participar das decisões do Poder Público que lhe afetarão. Havendo relevância e interesse geral poderá o administrador inclusive instaurar uma audiência ou consulta pública (artigos 31 e 32 da Lei nº 9.784/1999), de modo a chamar para a manifestação no processo todos os interessados na decisão administrativa de impacto transindividual. Finda a instrução processual, chega-se à etapa conclusória, referente à tomada de decisão administrativa.

Da mesma maneira que em sua instauração, a finalização do processo administrativo deverá contar com descrição minuciosa dos motivos da decisão, de modo a expor satisfatoriamente todos os aspectos considerados de todas as provas e manifestações produzidas no processo. Por tal dever de boa-fé, e segundo afirma Rezende (2013, p. 102), repudiam-se as decisões tomadas com base na lacônica justificativa das “razões de Estado”. É preciso expor os motivos a contento, de maneira a se permitir o adequado exercício do direito de recorrer da decisão.

O diálogo e a cooperação entre os polos do processo administrativo assumem um significado de dever de boa-fé, na medida em que se estimulam

padrões de conduta colaborativos e democráticos no atual cenário político e socioeconômico, de superação das decisões verticais e autoritárias do Poder Público.

5.5 Boa-fé e vinculação aos precedentes administrativos e judiciais

É sabido que as decisões e atos administrativos sujeitam-se a controle por parte do Judiciário, não sendo, pois, decisões marcadas pela inalterabilidade da coisa julgada material. Disso decorre o dever da Administração Pública dobrar-se aos posicionamentos vinculantes emitidos pelos órgãos judiciais superiores⁵¹⁴, que se denominam, não sem alguma margem para divergências, “precedentes”⁵¹⁵.

Nessa esteira, Juarez Freitas (1999, p. 118) defende o respeito da Administração Pública aos precedentes judiciais como forma de se ater ao “respeito às instituições e aos cidadãos” e de honrar a segurança jurídica e a confiança dos cidadãos, o que se faz obrigatório diante dos “compromissos que a lealdade e a boa-fé impõem”.

Ressalte-se ainda que, em sede judicial, a defesa do particular afetado por decisão contrária à vinculante do Poder Judiciário é realizada por instrumento

514 A propósito, vale citar o excerto de Juarez de Freitas (1999, p. 118): “Com efeito, em Carta pautada pela unicidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), a Administração Pública precisa, vez por todas, exemplarmente acatar os pronunciamentos irrecorríveis do Poder Judiciário, sob pena de fazer perecer a credibilidade do próprio sistema de controle, dele subtraindo o hábito vital do respeito mútuo e da independência harmônica (arts. 2º e 60, § 4º, III da CF). Dentro de limites, deve assumir, em maior grau, o dever de acatar, por exemplo, as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal mormente em sede concentrada, ainda quando a considere politicamente desalinhada”.

515 Diante de tal constatação, afirma Nobre Júnior (2002, p. 25) que existiria o “dever da Administração, levando em conta a segurança jurídica, em abster-se de editar comportamentos fundados em atos normativos, cuja incompatibilidade vertical fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade”. O autor, desse modo, apenas reconhece a vinculação da Administração em relação a decisões proferidas em ADI, por, supõe-se, guardarem efeitos *erga omnes*. No entanto, diante da figura da reclamação constitucional e da relevância atribuída pelo Novo Código de Processo Civil aos precedentes, entende-se que a vinculação das decisões é estendida aos órgãos administrativos em sede de repercussão geral e de reclamação constitucional.

processual próprio, qual seja, a reclamação, prevista constitucionalmente no artigo 103-A, §3^o⁵¹⁶. Como se nota, referido expediente reforça o sentido de vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais.

Para além de decisões conflitantes com súmulas vinculantes, por força da boa-fé, ampara-se o administrado no dever de a Administração Pública não poder contrariar entendimento pacificado na jurisprudência de órgãos judiciais sobre determinada questão. Tal assertiva merece especial realce quando o posicionamento judicial proferido se der pela cúpula do Poder Judiciário, isto é, pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹⁷.

Em razão disso, o artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.874/1999, determina a obrigatoriedade de motivação da decisão administrativa que deixar de “aplicar jurisprudência firmada sobre a questão”. Referido dispositivo, conforme apontam Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 327), também compreende a jurisprudência administrativa, isto é, as decisões proferidas pela Administração Pública reiteradamente em determinado sentido, e que, por isso, já são firmadas e esperadas pelos interessados. Consagra-se, portanto, o dever de coerência decisória da Administração e evitam-se as surpresas para com os interessados, que não poderão prejudicar-se por decisões discrepantes.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 172-173) também aborda a questão da retratação das orientações anteriores da Administração em face da boa-fé dos administrados. Afirma que em nome do princípio da estabilidade das relações jurídicas e do da boa-fé dos administrados, oferecem-se barreiras à liberdade de tal alteração, pois as orientações anteriormente tomadas pela Administração “não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situações dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só aplicam aos casos ocorridos depois

516 *Ipsis literis*: “§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

517 Nesse sentido, ver Nobre Júnior (2002, p. 250).

de tal notícia”.

Assim, se a Administração proferir decisão em sentido contrário à jurisprudência pacífica deverá motivá-la devidamente, fundando-se seja em aspectos fáticos, seja em elementos jurídicos⁵¹⁸. Do contrário, estar-se-ia diante da situação em que uma instância controlada pelo Judiciário teria total liberdade para ignorar seus pronunciamentos. Uma consequência possível, para além da incoerência institucional, seria a avalanche de litigiosidade levada aos tribunais com origem na intransigência de instâncias administrativas.

O que sustento aqui não significa dizer que a Administração Pública não poderá mudar seu entendimento em determinada questão em qualquer hipótese. A mudança será possível, desde que devidamente motivada em alterações circunstanciais e jurídicas relativas àquela questão. Nesse caso, se a posição anterior não mais se sustentar fática e juridicamente, é dever administrativo, imposto mesmo pelo critério da boa administração, alterar sua orientação. Contudo, se as variáveis de fato e de direito se mantiverem, não há porque aplicar decisão diferente para caso semelhante, em respeito à boa-fé e à expectativa de os interessados serem tratados igualmente. Assim, o efeito prático da mudança de orientação consolidada nas decisões da Administração, em atenção à doutrina da boa-fé no direito administrativo, será a ampliação do seu ônus argumentativo, traduzido no vigoroso dever de motivação.

O artigo 56, §3º, da Lei nº 9.784/1999, por sua vez, tutela a conformidade das decisões administrativas em relação às súmulas vinculantes. Assim, se o interessado, em sede de recurso no processo administrativo, alegar que a decisão contraria súmula vinculante, a autoridade que a prolatou deverá reconsiderá-la, ou, então, encaminhar o recurso à autoridade superior, explicitando as razões de inaplicabilidade da súmula. Na sequência, o artigo 64-A prevê que o órgão

⁵¹⁸ A propósito, reproduz-se a passagem esclarecedora de Nobre Júnior (2002, p. 251): “A nosso ver, o indeferimento do pedido haverá de embasar-se em justificativas plausíveis, tais como na não exata coincidência da situação individual com a fundamentação dos precedentes, ou na superação da orientação pretoriana por novas decisões, ou pela mudança do sistema jurídico, ou das circunstâncias fáticas que ensejaram a formação da exegese invocada pelo particular”.

competente para decidir o recurso “explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”.

O artigo 64-B, de outro lado, diz respeito à situação na qual o interessado ingressou com a reclamação no Supremo Tribunal Federal, um instrumento constitucional voltado à proteção da tutela da autoridade das decisões desse órgão, conforme mencionado. Aqui, se a reclamação for julgada procedente, a autoridade administrativa prolatora da decisão e o órgão competente para o recurso tomarão ciência, para então adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes.

Por tais razões, uma vez emitida uma decisão vinculante (“precedente”⁵¹⁹) dos Tribunais ou, ainda, tendo-se certamente consolidado determinado posicionamento judicial em certo sentido, faz-se necessário que as instâncias administrativas se mobilizem a fim de proporcionar amplo conhecimento em seu meio. Para tanto, poderão lançar mão de boletins informativos ou até mesmo súmulas por parte do órgão com competências hierárquicas correspondentes⁵²⁰.

Os tribunais têm condenado por litigância de má-fé os inconformismos despropositados da Administração Pública em matérias já sedimentadas na jurisprudência. Por exemplo, tem-se a questão da exoneração de servidor público sem processo administrativo prévio ser considerada nula⁵²¹. Note-se, contudo, que para tais casos é necessário que o administrado prejudicado recorra ao Judiciário, o que poderá gerar uma margem desconhecida de outros casos em que inobservâncias a entendimentos já assentados em larga jurisprudência são mantidos incólumes.

519 Tais como súmulas e acórdãos proferidos em sede de recursos repetitivos.

520 Nesse sentido, v. Juarez Freitas (1999, p. 119).

521 Vide acórdãos do RE 217579 AgR/PE (STF. Primeira Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 04/03/2005) e do REsp 492704/RS (STJ. Segunda Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 03/08/2006).

5.6 Jurisprudência

Dos acórdãos analisados, foram encontrados apenas 15 (quinze) cujo objeto neles discutido apresentava-se afeto à matéria de processo administrativo. Basicamente, as questões principais debatidas dizem respeito à não instauração de processo administrativo previamente a determinada decisão que afeta direitos de particulares, bem como ao desrespeito às regras processuais (uma vez instaurado o processo), e, ainda, ao controle judicial da razoabilidade da decisão proferida ao final do processo administrativo.

A maioria – 10 (dez) – dos acórdãos em questão envolve a boa-fé em sua dimensão objetiva, o que demonstra que a boa-fé em matéria processual remete mais a deveres ou padrões de conduta, do que ao estado subjetivo do particular interessado no processo.

Os acórdãos proferidos no âmbito da Ação Rescisória nº 3.732⁵²² e do Recurso Especial nº 1.358.755⁵²³ tratam sobre casos nos quais a decisão administrativa, sensível aos direitos de indivíduos, não foi precedida de processo administrativo.

No primeiro, trata-se de decisão administrativa contestada no Judiciário por ter tornado sem efeito a nomeação de um servidor público, por meio de ato administrativo não precedido de processo administrativo em que se assegurasse a oportunidade para ampla defesa e contraditório do interessado (o servidor). Na decisão, chega-se a elevar a boa-fé à qualidade de princípio constitucional aplicável à Administração Pública (“como a conduta da Administração Pública deve ser pautada pela atenção aos princípios constitucionais, especialmente da

522 AR 3.732/SP. STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJ: 22/10/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1352227&num_registro=200700688528&data=20150202&formato=PDF>.

523 REsp 1.358.755/GO. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJ: 23/04/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1229342&num_registro=201202524811&data=20130502&formato=PDF>.

razoabilidade e da boa-fé objetiva”), o que justificaria como “imperiosa” a aplicação do processo administrativo antes da tomada da decisão administrativa quanto à nomeação em causa. Do contrário, caracterizar-se-ia uma “atuação pública arbitrária”.

Além disso, define-se no acórdão a boa-fé objetiva, ao lado da segurança jurídica, como condição para a “juridicidade do comportamento administrativo e a supremacia do interesse público”, que se realizaria por meio do processo administrativo com a participação do particular que será afetado pela decisão resultante do mesmo⁵²⁴. Desse modo, afirma-se no acórdão o império da boa-fé enquanto princípio a pautar toda a atuação da Administração Pública, do qual o processo demonstra-se como expediente de realização das regras decorrentes da boa-fé. Haveria, portanto, algo como um *dever de processo administrativo* decorrente da boa-fé.

O REsp 1.358.755, por sua vez, refere-se ao caso de exclusão de um servidor militar dos respectivos quadros, sem que referida penalidade se precedesse de processo administrativo. Este acórdão, diferentemente do primeiro, não faz referência à boa-fé como razão do *dever de processo administrativo*, mas sim, afirma que a consideração da boa-fé diz respeito a matéria de fato, que não foi discutida pelo Tribunal de origem⁵²⁵. Trata da boa-fé, desse modo, em sua dimensão subjetiva.

Os acórdãos que tratam do descumprimento de regras de devido processo legal em processo administrativo são: MS 16.141⁵²⁶; REsp 1.112.443⁵²⁷; MS

524 No acórdão: “Assegura-se a juridicidade do comportamento administrativo e a supremacia do interesse público (extinguir-se-á ato com defeito insanável), bem como a boa-fé objetiva e a segurança jurídica (garantir-se-á, em processo administrativo regular, ampla defesa e contraditório àqueles que, mesmo de boa-fé, podem ter as respectivas esferas jurídicas individuais atingidas)”.

525 Assim manifesta-se o acórdão: “A boa ou má-fé do recorrido não foi o suporte jurídico das conclusões da Corte local, que nem sequer apreciou tal alegação. Antes, apontou a mácula do procedimento administrativo, o que é suficiente para anular a portaria fustigada, mostrando-se desnecessário discutir a matéria de fundo trazida pelo Estado”.

526 MS 16.141/DF. STJ, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira. DJ: 25/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100318404&dt_publicacao=02/06/2011>.

527 REsp 1.112.443/SP. STJ, Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 20/10/2009. Disponível em:

13.529⁵²⁸; RMS 19.983⁵²⁹; REsp 498.336⁵³⁰; e, por fim, Rcl 15.405⁵³¹. Para além da Reclamação 15.405, que será analisada mais detidamente no item seguinte, relevante pontuar também o acórdão do MS 16.141 referente ao descumprimento de regra de procedimento administrativo.

Nesse último caso, foi aplicada a pena de suspensão do serviço ao final de processo administrativo disciplinar, originalmente instaurado para a apuração de irregularidades funcionais praticadas por defensor público. Passados quase dois anos da aplicação da penalidade (efetivamente cumprida), a Corregedoria-Geral da União recomendou – e foi acolhida – a anulação do processo administrativo em questão em razão de duas irregularidades verificadas no seu curso (segundo consta, elaboração do relatório final quando já esgotado o prazo para o desenvolvimento das atividades e a participação como membro da comissão de servidor que não era estável no serviço público). Instaurou-se, por isso, um segundo processo administrativo, o qual culminou em manifestação da comissão processante pela pena de suspensão ao defensor; todavia, o voto divergente manifestou-se pela pena de demissão, que foi a acolhida pela autoridade decisória.

A boa-fé no acórdão é apresentada em sua função de limitante ao exercício do direito de autotutela administrativa, ao lado da segurança jurídica, incumbindo-lhe “assegurar estabilidade jurídica aos administrados e a impedir que situações já consolidadas sem qualquer indício de conduta capciosa do beneficiário possam vir a ser objeto de releitura”. Menciona ainda a Súmula 19 do STF, segundo a qual

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801181832&dt_publicacao=06/11/2009>.
528 MS 13.529. STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJ: 26/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800928475&dt_publicacao=11/10/2013>.
529 RMS 19.983/RS. STJ, Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJ: 21/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500714899&dt_publicacao=30/03/2006>.
530 REsp 498.336/AL. STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 21/10/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300177350&dt_publicacao=29/11/2004>.
531 Rcl 15.405/RS. STF, Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ: 03/02/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8153038>>.

“É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

Segundo consta, a consumação dos fatos decorrentes do primeiro processo administrativo deu-se com o cumprimento da pena, e a imposição de uma segunda penalidade, mais grave do que a primeira, violaria frontalmente a segurança jurídica e a boa-fé objetiva. Do contrário, se estaria ratificando o arbítrio da atuação administrativa⁵³².

Desse modo, encerra-se no acórdão o controle de legalidade da decisão administrativa, sendo que a centralidade da violação ao direito, conforme depreende-se do acórdão, é a violação à boa-fé, compreendida em seu sentido objetivo. Com efeito, a tutela da boa-fé no caso repousa principalmente nas expectativas e na consolidação dos fatos envolvidos. Além disso, pode também ser compreendida como flexibilização da legalidade, uma vez que opera em favor do prevailecimento dos efeitos do primeiro processo, evitado de ilegalidades, que, no entanto, não devem implicar na anulação do mesmo, forte nas decorrências da boa-fé.

Em relação aos acórdãos que dizem respeito mais estreitamente ao controle da razoabilidade da decisão proferida em processo administrativo, citam-se os acórdãos do MS 13.716⁵³³, RMS 28.487⁵³⁴ e MS 19.447⁵³⁵. Em comum, os acór-

532 A respeito da contrariedade à boa-fé e à segurança jurídica com uma segunda punição mais grave, afirma-se no acórdão: “Concluir em sentido diverso seria submeter o servidor público ao completo alvedrio da Administração, o que geraria insuportável insegurança na medida em que irregularidades provenientes única e exclusivamente da atuação do Poder Público em sua faceta disciplinar teriam o condão de tornar altamente mutáveis as decisões nesse campo, inclusive para fins de agravamento da sanção. [...] Assim, findo o processo e esgotada a pena, beira o absurdo que, por irregularidade para qual o impetrante não contribuiu e que, no final das contas, sequer foi determinante ao resultado do PAD, a Administração Pública ignore o cumprimento da sanção, promova um rejuízo e agrave a situação do servidor público, ao arripio dos princípios da segurança jurídica e da proteção à boa-fé”.

533 MS 13.716/DF. STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 15/12/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801670309&dt_publicacao=13/02/2009>.

534 RMS 28.487/GO. STJ, Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 10/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802788050&dt_publicacao=30/03/2009>.

535 MS 19.447/DF. STJ, Primeira Seção. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 27/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202454817&dt_publicacao=04/09/2014>.

dãos apresentam a referência aos fatos similares – uso indevido e pessoal de bem público⁵³⁶. Além disso, todos também fazem referência à desproporção da penalidade administrativa, que deve ser atenuada em função dos bons antecedentes funcionais do particular afetado, bem como em razão de sua suposta “boa-fé”⁵³⁷.

Em todos esses casos, considera-se a boa-fé em sua dimensão subjetiva, isto é, atrelada ao estado psicológico dos particulares em relação à infração apurada nos processos administrativos. Trata-se, portanto, de matéria de fato, que, embora implique o ônus probatório da não existência de boa-fé (que, portanto, presume-se), não é problematizada nos acórdãos, mas sim apenas afirmada ao lado do suposto “bom antecedente funcional”, além do diminuto ou inexistente prejuízo ao erário.

Nos acórdãos, a boa-fé subjetiva foi, então, empregada como recurso argumentativo para embasar o controle judicial de razoabilidade da decisão administrativa. O conjunto argumentativo no qual se insere a menção à boa-fé caracteriza-se como um esforço de atenuação da culpabilidade do infrator penalizado em

536 Por todos, ilustra-se o conjunto com as seguintes citações do acórdão proferido no MS 13.716: “Por fim, entendo inafastável a boa-fé da impetrante. Oportuno salientar que somente ficou provado nos autos do PAD, inclusive por meio de confissão, que a impetrante só fez uso dos veículos contratados para transporte no percurso de ida e volta de sua residência para do trabalho. Afirmou a impetrante que assim procedeu sempre no interesse do serviço. [...] Nesse cenário, considero que a boa-fé da impetrante encontra-se devidamente evidenciada, na medida em que ela mesma admite que se utilizou do carro oficial da Agência do INSS Rio de Janeiro/Sul tão-somente para deslocamento de sua residência/trabalho e vice-versa, enquanto no exercício da gerência executiva daquele posto, cargo para o qual, apesar de não ter o veículo à disposição, tinha prioridade na sua utilização, conforme registrou em depoimento o Chefe da Seção de Logística daquela entidade (fl. 53). Desse modo, a penalidade de demissão imposta à impetrante revela-se desproporcional e inadequada, tendo em vista que, além de ela admitir os fatos, devem ser sopesados, na aplicação da penalidade, também os seus bons antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao erário, bem como a sua comprovada boa-fé”.

537 Em um dos acórdãos, o do MS 19.447, menciona inclusive, como elemento coadjuvante à boa-fé nos argumentos favoráveis à atenuação da penalidade imposta em âmbito de processo administrativo, a “fragilidade” do particular penalizado, em virtude de problemas de saúde à época do cometimento da infração. *Ipsis literis*: “Além disso, ressoa certa dúvida sobre a justeza do ato que culminou na demissão do servidor público, máxime porque a Comissão Processante manifestou-se tão-somente pela aplicação de pena de suspensão de 15 dias, consignando os bons antecedentes do impetrante, bem como a sua boa-fé ao admitir o uso do veículo oficial durante o período de licença médica e a sua fragilidade em função de seu estado de saúde, à época do ocorrido (e-STJ, fls. 36/53)”.

âmbito administrativo, sendo, então, a tônica de sua função em sede do controle de razoabilidade das decisões administrativas.

Mencione-se ainda o acórdão proferido no MS 13.407⁵³⁸ que condiciona a abertura de processo administrativo disciplinar, que culminou com pena de demissão, à motivação, por parte da autoridade administrativa que o instaurou, sobre a não aplicação do prazo decadencial previsto no artigo 54, da Lei 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal. Isso porque a aplicação da penalidade, bem como o desenvolvimento do processo ocorreram em momento posterior aos 5 anos previstos no dispositivo para o exercício da autotutela administrativa.

Segundo consta no acórdão, a decisão administrativa justificou o desfazimento do ato de provimento do servidor afetado pelo fato de ser “esdrúxula” a situação de o mesmo não preencher requisitos do cargo (bacharel em Administração), o que, no entendimento do relator do acórdão, estaria a apontar o caráter de nulidade absoluta do ato. Com efeito, aponta-se na doutrina que vícios gravíssimos no ato administrativo permitiriam a declaração de sua nulidade a qualquer momento, sem sujeitar-se ao prazo do artigo 54 da Lei nº 9.784/1999.

Todavia, segundo o relator, o prazo decadencial para a autotutela administrativa, no direito positivo brasileiro, não é determinado pela gravidade do vício de nulidade do ato, mas sim pelo elemento subjetivo do seu destinatário – sua boa ou má-fé⁵³⁹. Em razão disso, considera-se no acórdão que as razões apresentadas pela autoridade administrativa para afastar o prazo quinquenal não são suficientes. Por isso, resta nulo o processo administrativo, bem como a decisão que

538 MS 13.407/DF. STJ, Terceira Seção. Rel. Min. Felix Fischer. DJ: 05/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200800558673&dt_publicacao=02/02/2009>.

539 Considera-se relevante a transcrição dos seguintes trechos do acórdão: “Tal posicionamento sustenta-se nos princípios da **segurança jurídica e da boa-fé** e já vem sendo defendido pela doutrina e jurisprudência pátrias. Dessa forma, apesar do vício, tais atos não seriam passíveis de declaração de nulidade, ocasião em que o princípio da legalidade cederia espaço ao princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito. [...] Ao impor o prazo decadencial de 5 anos, **“salvo comprovada má-fé”**, dispõe-se que o limite da decadência em desfavor da autotutela administrativa não se encontra na natureza do vício que inquina de ilegalidade do ato, mas na **boa ou má-fé** daquele à quem se destinam os *efeitos favoráveis*” (destaques provenientes do texto original).

dele resultou.

Desse modo, afirma-se expressamente na decisão que a boa-fé é a medida dos limites do exercício do direito de autotutela. A ponderação sobre a boa-fé do destinatário do ato administrativo determinaria a extensão temporal pela qual poderá ter seu direito afetado com a anulação do mesmo. A função da boa-fé em tela tipicamente caracteriza-se como a de limitadora de direitos – um direito, no caso, da própria Administração Pública, limite esse que, portanto, configura-se principalmente como uma garantia aos particulares.

5.7 Análise de acórdão

O acórdão da Reclamação Constitucional nº 15.405 foi selecionado não somente pela generosa associação entre boa-fé e devido processo legal que tange o objeto da ação, como também pela discussão absolutamente relevante acerca do caráter restritivo conferido a tão fundamental direito nos processos administrativos, que conta, inclusive, com respaldo e cristalização pelo Judiciário, por meio de súmula vinculante. Essa realidade poderia passar despercebida em análises não empíricas, que se fiam por vezes na materialização automática do inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Passo à análise.

5.7.1 Fatos e questão jurídica

Trata-se de reclamação constitucional proposta nos termos da alínea *l*, do inciso I, do artigo 102, da Constituição Federal, que prevê o instrumento em tela para fins de tutela da autoridade das decisões do STF. O Ministro Dias Toffoli atuou como relator do acórdão, proferido em 03 de fevereiro de 2015, sendo a União

o reclamante, e o reclamado, o juiz federal da 5ª Vara Federal de Porto Alegre.

A reclamação foi proposta com fins de cassação de uma decisão judicial (Ação Ordinária nº 0025385-60.2008.404.7100) que desconstituiu o Acórdão nº 3.349/2008, do Tribunal de Contas da União, no qual se negou o registro de ato inicial de concessão de aposentadoria à particular. A decisão judicial reclamada, além de determinar referida desconstituição de decisão administrativa, determinou a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo do TCU que versar sobre o mesmo objeto referente à particular aposentada em questão.

O cerne da discussão diz respeito à renovada interpretação da súmula vinculante nº 3, editada nos idos de 2007, que dispõe sobre a prescindibilidade das garantias do contraditório e da ampla defesa em processos perante o TCU que tenham por objeto a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão⁵⁴⁰. Essa dispensa, em verdade, é formulada com foros de exceção na súmula referida, sendo que todos os demais processos que possam resultar em anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado deverão observar as garantias do devido processo legal.

Houve uma modificação no entendimento do STF acerca dessa última parte da súmula vinculante, a partir dos julgamentos dos Mandados de Segurança ns. 25.116 e 25.403. A nova interpretação operou no sentido de uma atenuação do absolutismo da dispensa de contraditório e da ampla defesa nos processos de registro de aposentadoria perante o TCU. Segundo passou-se a entender, deve-se franquear ampla defesa e contraditório ao particular interessado em tais processos, desde que a concessão de aposentadoria junto ao órgão por tal ato responsável tenha se dado há mais de 10 (dez) anos ou que o processo de concessão de aposentadoria tenha se iniciado no TCU há mais de 5 (cinco) anos.

540 Súmula vincula nº 3: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

No caso, consta que o ato de concessão de aposentadoria em questão ingressou para o controle do TCU em 04/05/2007, sendo o ato que negou o registro datado de 09/09/2008. Desse modo, não se verificou o transcurso de 5 (cinco) anos desde o início do processo administrativo de registro do ato de aposentadoria.

Em razão disso, entende o STF, por unanimidade, que não houve abusividade ou ilegalidade do ato do TCU, e que a autoridade de sua decisão anterior não estaria sendo respeitada⁵⁴¹. Daí determinar a cassação da decisão judicial de origem, bem como decisões posteriores, devendo a autoridade judicial proferir nova decisão.

5.7.2 Tratamento da boa-fé

Conforme descrito anteriormente, houve uma modificação na interpretação da parte final da súmula vinculante nº 3 pelo STF, no sentido de mitigar o absolutismo da dispensa do devido processo legal em processos perante o TCU cujo objeto seja a concessão de aposentadoria. A mudança de entendimento foi inspirada pelos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, conforme menciona o próprio relator do acórdão⁵⁴².

Para justificar sua assertiva mencionada, o relator cita a ementa do MS

541 Houve ainda apresentação pela particular interessada de uma petição visando à declaração de perda de objeto da reclamação analisada, pois a decisão judicial objeto da reclamação havia sido reformada em sede de Embargos de Declaração no Recurso de Apelação Cível nº 5058720-43.2012.404.7100, no sentido de se reafirmar a impossibilidade do desfazimento da aposentadoria pelo TCU, pois, assim esclarece a decisão dos Embargos: apesar de tratar-se de ato complexo, o qual somente se aperfeiçoa com o registro da aposentadoria pelo TCU, sendo que o prazo decadencial de 5 anos para a anulação somente a correr a partir de tal ato final, deve prevalecer a tese de preservação do ato administrativo nulo em favor da segurança jurídica e das relações jurídicas consolidadas. Tal petição não exerceu influência na tomada de decisão do STF na presente Reclamação, todavia, por tratar-se de uma ocorrência mencionada no acórdão, entendeu-se relevante pontuá-la.

542 Lê-se no acórdão: “Posteriormente à edição da SV no 3, no entanto, o STF, com fundamento nos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, mitigou o entendimento, em especial à parte final [...]” (p. 9).

25.116/DF, o qual prestou-se à modificação do paradigma interpretativo da súmula vinculante nº 3. Os prazos de 5 anos, a partir do ingresso do ato de aposentadoria no TCU, para fins de registro, e de 10 anos a partir da concessão da aposentadoria no órgão competente para tanto firmam-se como parâmetros temporais para a demarcação de uma consolidação dos fatos.

Ora, nos termos do MS citado, a inércia do TCU por mais de 5 (cinco) anos legitimaria ao particular somente ter desconstituído o benefício do qual desfrutou por esse tempo mediante decisão antecedida pela oportunidade a ele franqueada de manifestar-se e defender seus interesses. Note-se que não se trata aqui de caracterizar a impossibilidade de atuação do TCU para a modificação do ato concessivo de aposentadoria em razão da prescrição determinada no artigo 54, da Lei nº 9.784/1999.

Por outro lado, trata-se da imposição de uma espécie de ônus ou penalidade à Administração Pública para que possa interferir na situação de fato que se perpetua na prática. Ou, em perspectiva diversa, o encargo imposto como condição para o exercício de controle externo dos atos administrativos se imponha não como penalidade à Administração pela sua inércia, mas sim como garantia aos particulares que já adquiriram expectativas legítimas em relação à manutenção do estado de coisas do qual são beneficiários, como é o caso de uma aposentadoria concedida há 5 (cinco) ou, ainda, há 10 (dez) anos.

A última hipótese aventada aparenta ser a mais adequada para a explicação da exigência de contraditório e ampla defesa no novo entendimento do STF a partir de 10 (dez) anos da concessão de aposentadoria ao particular. Isso porque em tal circunstância sequer se tem em vista a ciência do ato administrativo em questão pelo TCU, no que se pode afirmar que não se está considerando a possibilidade de atuação – ou de inércia – do mesmo. Desse modo, nessa hipótese somente se tem em vista a decantação da situação de fato, que acaba por gerar uma expectativa de sua perpetuação no beneficiário, o qual, por sua vez, dela não poderá ser privado sem que se manifeste e defenda seus interesses, em suma,

sem o devido processo legal.

Aparentemente, a consolidação dos fatos – sem aparo, contudo, no direito, e ainda não prescritos –, pelo transcurso dos lapsos temporais mencionados, gerará uma situação permeada pela boa-fé do particular, da qual resultará o dever de instaurar-se o devido processo legal. O que será determinado em franca exceção à previsão da súmula vinculante nº 3. Desse modo, opera a boa-fé como vetor de flexibilização do direito positivo em favor dos direitos fundamentais do indivíduo.

A par de tais considerações, o MS 25.116/DF cita como fundamentos da atenuação interpretativa da súmula vinculante nº 3 os princípios da lealdade, da segurança jurídica e da razoabilidade no transcurso processual administrativo no TCU. Além do princípio da lealdade, que se insere na gama de verbete para a definição do amplo significado da boa-fé, os demais princípios referidos são intimamente relacionados à boa-fé, conforme exposto em capítulo próprio.

Além disso, interessante reproduzir o raciocínio do cálculo para o “*tempo constitucional médio*” que estabeleceria o limite para a razoabilidade de delonga para manifestação do TCU: “A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. [...] Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT)”. Afirma ainda o precedente mencionado que o transcurso dos 5 (cinco) anos consolidaria a expectativa do recebimento da verba alimentar pelo particular.

Em sentido muito próximo do precedente abordado, o julgamento do MS nº 24.781/DF⁵⁴³ também pronunciou-se, como o acréscimo da citação do princípio da confiança.

Observa-se que a mudança de entendimento da Corte Suprema afina-se de modo mais coerente com os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como

543 MS 24.781/DF. STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ: 02/03/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623956>>.

contempla a relevância dos mesmos em uma decisão que poderá suprimir o recebimento de um benefício de natureza alimentar, com o qual contavam há anos. Independentemente do transcurso do tempo, a súmula vinculante nº 3 foi editada porque, em tese, no momento em que o TCU exerce o controle de legalidade de um ato concessivo de aposentadoria, o faz frente à própria Administração Pública que se pronunciou pela referida concessão, e não em relação ao particular beneficiário de tal aposentadoria. Desse modo, o elemento temporal, vetor de consolidação de situações fáticas, é desconsiderado na súmula, daí o entendimento posterior do STF, mitigando-a nesse aspecto⁵⁴⁴.

Todavia, entende-se que a decisão reclamada não aplicou corretamente o entendimento do STF, pois, segundo afirma, não transcorreram, no caso, os prazos de 5 (cinco) e 10 (dez) anos para que se viabilize o devido processo legal.

5.7.3 *Expansão dos argumentos*

Entende-se que o acórdão em questão, bem como os demais precedentes em que se funda a flexibilização interpretativa da súmula vinculante nº 3, deveria procurar se ater aos argumentos tratados nas instâncias judiciais anteriores que dissessem respeito às expectativas do particular quanto ao recebimento de sua aposentadoria. Isso porque – e aqui faz-se uma análise crítica da previsão da súmula –, em prazos muito menos extensos do que 5 ou 10 anos, podem-se decan-

⁵⁴⁴ O precedente principal no qual se inspirou a súmula vinculante é o MS 24.268/MG (STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ: 05/02/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>, no qual se lê: “[...] quando o Tribunal de Contas aprecia a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, ele não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Num segundo momento, porém, concedida a aposentadoria, reconhecido o direito à pensão ou à reforma, já existe um ato jurídico que, no primeiro momento, até que prove o contrário, chama-se ato jurídico perfeito, porque se fez reunindo os elementos formadores que a lei exigia para tal. E, nesse caso, a pensão, mesmo fraudulenta - porque estou convencido, também, de que, na sua origem, ela foi fraudulenta -, ganha esse tônus de juridicidade.” (Voto do Ministro Ayres Britto).

tar as circunstâncias de fato decorrentes da concessão de aposentadoria. Nesse sentido, é imperioso o devido processo legal ao se restringir direitos ou mesmo expectativas de direito tão elementares como os que dizem respeito ao recebimento de verbas alimentares.

O preceito utilizado para a fixação dos prazos de 5 (cinco) e 10 (dez) anos – o “tempo constitucional médio” – é determinado pela razoabilidade do transcurso de prazo durante o qual se podem modificar circunstâncias decorrentes de uma expectativa de direito. Com efeito, a depender do caso concreto, em menos de 5 (cinco) anos ou, tanto mais, de 10 (dez) anos se sedimentariam as expectativas.

Por isso, entende-se que a teoria da força normativa dos fatos⁵⁴⁵ – cuja relação com a boa-fé fora tratada anteriormente – possa lançar luzes a respeito. A teoria, conforme visto, concebida por Jellinek (2005, p. 437-441), e segundo a qual, como pessoas procedem em suas relações de acordo com os fatos, aos mesmos estão psicologicamente condicionadas e por isso se converte o real em normal. Em razão disso, entende, ainda, que as concepções normativas derivariam do que é real.

Pela força normativa dos fatos, e menos pelo “tempo constitucional médio”, abrir-se-ia espaço para perscrutar as circunstâncias de fato que enunciariam uma situação de boa-fé do particular, o que importaria, independentemente do “tempo constitucional médio”, o dever de franquear o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo por parte do Poder Público, representada aqui pelo órgão de controle externo, o TCU.

Portanto, entende-se que o emprego da boa-fé como recurso argumentati-

⁵⁴⁵ Pode-se também identificar no artigo 35 do Decreto-lei 3.365/1941 (“Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”) como uma manifestação positiva da supremacia dos fatos. Ora, ainda que haja nulidades graves no processo desapropriatório, tal como a ausência do devido processo para tanto (caso da assim chamada “desapropriação indireta”), o efeito da desapropriação, qual seja, a aquisição da propriedade pelo Estado se opera de fato com a respectiva consequência jurídica. Ao particular, somente caberá discutir a indenização devida, mas não o retorno específico da coisa desapropriada a seu patrimônio.

vo da decisão permitiria transpor à mesma elementos fáticos que poderiam flexibilizar a já flexibilização à súmula vinculante nº 3. Isso no sentido de adequação do decurso temporal considerado a fim de se admitir a consolidação das expectativas do particular, que gerariam o ônus do TCU em franquear a ampla defesa e o contraditório em processo administrativo de apreciação de legalidade do ato concessivo de aposentadoria.

5.8 Conclusões do capítulo

(i) Com as considerações anteriores, pode-se concluir que não só a processualidade em si expressa um dever de boa-fé da Administração, ao conformar sua atuação a moldes pré-definidos e, portanto, compatíveis com a expectativa dos administrados, como também esses devem, uma vez inseridos num processo, pautar sua conduta pela boa-fé.

(ii) Foi analisada também a relevante questão da vinculação da Administração aos precedentes judiciais, que também veicula uma pretensão de previsibilidade e promoção da confiança dos particulares na coerência interinstitucional do Estado.

(iii) Relevante também ponderar que a boa-fé opera como componente determinante para a imposição do dever de contraditório em caso de restrição a direito de particulares em relação com a Administração, do que decorre a flexibilização da súmula vinculante nº 3. Constatou-se que tal dimensão da boa-fé, que importa em deveres processuais e que decorre de construção jurisprudencial, relaciona-se com a teoria da força normativa dos fatos.

(iv) Além disso, verificou-se que a jurisprudência em matéria de boa-fé e processo administrativo refere-se, precipuamente, a questões de demanda dos particulares contra condutas da Administração não condizentes com os deveres processuais de boa-fé. Tal inferência nos permite afirmar que a associação entre

processualidade e boa-fé confere aos administrados um recurso contra arbitrariedades e desmandos na interferência de seus direitos pela Administração. Operam, portanto, de maneira confluyente na promoção de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo desta dissertação, pode-se chegar a algumas conclusões que valem ser apontadas.

Em primeiro lugar, traçaram-se considerações sobre o significado específico da boa-fé em direito administrativo, moldado à luz de seu sistema de regras e princípios, por nele se inserir e nele interagir, e, por sua vez, também contribuindo para sua moldagem. Talham-se influências recíprocas. É possível então qualificar a boa-fé em direito administrativo como uma representação mais ou menos definida à qual se associam as operações de imposição de deveres de conduta e de um elemento subjetivo fático, ambos inseridos e temperados pelas peculiaridades do ramo do direito em questão.

Nesse sentido, verificou-se também que a boa-fé, flexibilizando a legalidade própria do direito administrativo, atuaria como fator de correção da norma jurídica, para fins de prevalência da justiça frente às circunstâncias reais consolidadas, bem como para a tutela da confiança do cidadão na legitimidade e legalidade da conduta administrativa. Uma segunda frente de flexibilização da lei diz respeito à teoria da força normativa dos fatos, que pode ser catalisada pelo emprego da boa-fé em tal sentido, a fim de fazer prevalecer, dentro de certas hipóteses, a realidade sobre a lei.

Com os resultados obtidos da análise de jurisprudência, foram testadas diversas inferências teóricas, e pode-se constatar a prevalência quantitativa da boa-fé objetiva, do ato como modo de atuação administrativa, da categoria “verbas indevidamente pagas pela Administração”, do emprego da boa-fé em favor do polo oposto ao Poder Público, além do reduzido uso das figuras parcelares.

Em matéria de atos administrativos, destacou-se tanto a teoria como a jurisprudência relativas à boa-fé como veículo da primazia da realidade. Tratou-

se, neste ponto, sobre a consolidação dos fatos decorrentes de ato administrativo ilegal, bem como sobre a tutela da confiança dos administrados forte nos fatos que, ilegalmente, se desenrolaram. Ressalvei a exultação de tal constatação ao se reconhecerem os riscos de efeitos perversos da mesma, em função da ambivalência da boa-fé, como é próprio das cláusulas gerais.

Quanto aos contratos administrativos, notou-se que a maioria da jurisprudência analisada tratou a boa-fé enquanto parâmetro para a indenizabilidade de contratos ilegalmente firmados, sendo uma espécie de medida para, de um lado, assegurar o direito ao ressarcimento do particular, e, de outro lado, delimitar a correspondente responsabilidade do Poder Público contratante. Constatei que as principais manifestações da boa-fé em matéria de contratos administrativos constituem-se em princípio jurídico e medida da responsabilidade estatal. Tal conclusão endossou a exposição teórica.

A análise da boa-fé no processo administrativo permitiu concluir que não só a processualidade em si expressa um dever de boa-fé da Administração, ao conformar sua atuação a padrões de conduta estabelecidos em lei, como também se apresenta como salvaguarda da expectativa dos administrados em relação à atuação administrativa. Também se referiu que os interessados do processo também devem pautar sua conduta pela boa-fé. Foi analisada a relevante questão da vinculação da Administração Pública aos precedentes, o que também se presta à tutela da expectativa dos administrados. A constatação, na jurisprudência, dos casos que se referiam à violação de deveres processuais, permitiu concluir pela simbiose entre boa-fé e processualidade, ambas operando na defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

Tal é a síntese que ora exponho sobre o estudo, e, como síntese que é, ela não reflete a completude do quanto analisado, mas permite entrever uma parcela significativa no todo do fractal que é uma pesquisa. Além disso, ciente das limitações que a presente dissertação apresenta, assumidas mesmo como os recortes metodológicos e substanciais para fins de viabilização deste trabalho no

espaço de tempo que é franqueado, bem como os limitantes materiais e mesmo espaciais que condicionam o estudo, propõe-se, para atividades futuras, a seguinte agenda de pesquisa, cujo convite se estende a toda a comunidade acadêmica:

- Aplicação da análise empírica da boa-fé em matéria de direito administrativo às instâncias decisórias da Administração Pública. Pode-se sugerir a análise de decisões de Tribunais de Contas, de Controladorias, bem como de órgãos reguladores;
- Estudo comparado, em todo o rigor metodológico da comparação, sobre a boa-fé no direito administrativo, contemplando os mais diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Por conta de seu desenvolvimento e suposta influência no sistema brasileiro, os direitos alemão e italiano apresentam-se como boas alternativas;
- Finalmente, e diante da possibilidade da alteração legislativa com o Projeto de Lei nº 341/2015, além da recente promulgação do novo Código de Processo Civil, com o incremento da vinculação de precedentes à Administração Pública, torna-se imprescindível, no futuro próximo, a expansão do material de pesquisa, para fins de verificação da realidade de então e as inferências adicionais que dela advirão.

Por fim, espera-se ter contribuído para o esclarecimento do problema de pesquisa, bem como que este trabalho também ressoe na realidade, a fim de proporcionar a compreensão e a solução de problemas e para conferir uma experiência mais reflexiva ao tema.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

ALVAREZ, Alejandro. *Interpretação do direito e equidade*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2015.

AMAZONAS. *Lei nº 2.794*, de 06 de maio de 2003. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <http://www.seplancti.am.gov.br/arquivos/download/arqeditor/reg_int/lei%202794.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Editora Impetus, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. São Paulo: Renovar, 2008. p. 11-35.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 87, 1992, p. 79-90. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168/69778>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações e contratos*. Série Doutrinas Essenciais, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 615-624.

BABINSKI et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 105-139. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/10/10>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

BAHIA. *Lei nº 12.209*, de 20 de abril 2011. Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=75018&voltar=voltar>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 14. e 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002 e 2013.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Anulação de ato administrativo e dever de invalidar. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, 1995, p. 69-73. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46619>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito brasileiro: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BARBOSA, Alfredo Ruy. Ato administrativo – Anulação – Terceiro de boa fé. *Revista de Direito Administrativo*, v. 208, 1997, p. 345-351. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47029>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2004.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. *Revista de Direito Administrativo*, v. 100, p. 1970, p. 51-58. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/33988>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BATTIS, Ulrich. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1985.

BIEHLER, Hilary. Legitimate expectation – an odyssey. *Irish Jurist (N.S.)*, n. 50, v. 40, Dublin, 2013. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/irishjur46&div=6&id=&page=>>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.850*, de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 19.398*, de 11 de novembro de 1930. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Decreto nº 8.243*, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Decreto-lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016./07/2016.

_____. *Lei nº 12.462*, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12462.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 349*, de 2015. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no RMS 38810/SP*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma. D.J. 27/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1258091&num_registro=201201633823&data=20130905&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão monocrática no Ag 1.343.787*. Rel. Min. Herman Benjamin. D.J. 16/12/2010. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=12637413&num_registro=201001568203&data=20101216>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão monocrática no AREsp 728.993*. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. D.J. 25/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49268884&num_registro=201501429204&data=20150805>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *REsp 1.112.443*. Segunda Turma. Rel. Min. Luiz Fux. D.J. 20/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=922793&num_registro=200801181832&data=20091106&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.231.646*. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. D.J. 04/12/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1042831&num_registro=201100127574&data=20141219&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 141.879/SP*. Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. D.J. 17/03/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700523888&dt_publicacao=22-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 47.015/SP*. Segunda Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. D.J. 16/10/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400114621&dt_publicacao=09-12-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 48.412/SC*. Sexta Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. D.J. 08/08/1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400145110&dt_publicacao=08-08-1994&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 492704/RS*. Segunda Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. D.J. 03/08/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=631501&num_registro=200300056160&data=20060803&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 914.087*. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. D.J. 29/10/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=727287&num_registro=200700014906&data=20071029&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 13542/SP*. Quinta Turma. Rel. Gilson Dipp. D.J. 22/09/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419763&num_registro=200100919773&data=20030922&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 16850/BA*. Quinta Turma. Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca. D.J. 10/05/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=466602&num_registro=200301432051&data=20040510&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 2501/ES*. Sexta Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. D.J. 28/03/1994. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?>>

num_registro=199300016008&dt_publicacao=28-03-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *REsp 1.359.465*. Rel. Min. Eliana Calmon. D.J. 04/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239755&num_registro=201202735770&data=20130611&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *REsp 808.708*. Rel. Min. Herman Benjamin. D.J. 18/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=895687&num_registro=200600060728&data=20110504&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *RMS 14.908/BA*. Rel. Min. Humberto Martins. D.J.: 20/03/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=677199&num_registro=200200632371&data=20070320&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 19.383/PR*. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Gallotti, D.J. 24/09/1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=120896>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *RE 78.596/SP*. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. D.J. 18/11/1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174000>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *RE 79.628/SP*. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. D.J. 13/12/1974. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175008>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 217579 AgR/PE*. Primeira Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 04/03/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331487>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RMS 9.757/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Pedro Chaves, D.J. 17/04/1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109010>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *RE 78.594/SP*. Rel. Min. Bilac Pinto. D.J. 04/11/1074. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173998>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante nº 3/2007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *RE 19.383/PR*. Rel. Min. Luiz Gallotti, D.J. 24/09/1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=32282>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário 594.296-MG*. Rel. Min. Menezes Direito. D.J. 13/11/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>>.

Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 256/2010*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. Universidade Editora: Lisboa, 1937.

_____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium, 2003.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, ago. 2002. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/efeitos-atos-administrativos-viciados-59138459>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

_____. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

COLIN, Frédéric; DEBBASCH, Charles. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Economica, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. *O pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*.

Coimbra: Almedina, 2001.

CRAIG, Paul. *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983.

CRETELLA JÚNIOR. *Lições de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1970.

_____. Retroatividade do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./mar., 1977, n. 127, p. 1-5.

CRUZ, Alcides. *Nocoes de direito administrativo brasileiro: exposição sumaria e abreviada*. Porto Alegre: Germano Gundlach, 1910.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-106.

_____. Pressupostos do ato administrativo: vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TCMSP - “PROCESSO ADMINISTRATIVO”, 1., 2003. Disponível em:

<http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>.

Acesso em: 14 out. 2015.

ELLIOTT, Mark. Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power: the

Rashid Case. *Judicial Review*, 281, 2005. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/judire10&div=41&id=&page=>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

FAGUNDES, Seabra. Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 78, 1964, p. 1-25. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26226>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

FALÇÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: D.A.S.P. Serviço de Documentação, 1960.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. Série Gvlaw. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho público romano*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan./ mar., n. 127, p. 1-15, 1977.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 121-138, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47529>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*, v. 206, p. 89-107, 1996. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46857>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Lacambra, Legaz; Falla, Garrido; Ortega y Junge, Gómez de (Tradutores). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, v. 258, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8612>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1984.

_____. *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

_____. *Curso de derecho administrativo*. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *Common Law Doctrine of Estoppel and Brazilian Constitutional Principle of Administrative Morality*. George Washington University Institute For Brazilian Issues. 2001. Disponível em: <<https://www.gwu.edu/~ibi/minerva/spring2001/jose.giacomuzzi.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

GOMES, Helena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no Direito Privado*. Dissertação de mestrado aprovada na Universidade Federal de Minas Gerais, em 27 de setembro de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, parte geral. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003.

GUTTERIDGE, H. C. Abuse of rights. *Cambridge Law Journal*, n. 22, v. 5, Nova Iorque, 1933-1935, p. 22-44. Disponível: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Flávio R. Kothe (trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Fernando de los Ríos (Trad.). Montevideo: Euros, 2005.

JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Luiz Díez-Picazo

(Trad.). Madrid: Civitas, 1985.

LEAL, Emmanuel Ruck Vieira. *A boa-fé no direito administrativo: a questão da devolução de salários ou proventos pagos de forma indevida pelo Estado*. 2013. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2013. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=34701>. Acesso em: 01 jul. 2016.

LIMA, Ruy Cirne. *Introdução ao estudo do direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentários aos artigos 1.196 a 1.510 do Código Civil de 2002. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

LOUREIRO, Caio de Souza; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito adquirido e alterações urbanísticas supervenientes. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 33-53, maio 2014.

MAFFINI, Rafael da Cás; RIGON, Josiane. A proteção ressarcitória do Estado e o princípio da proteção da confiança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 45-67, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18911/17654>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

MARANHÃO. *Lei nº 8.959*, de 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/7/publicacao/150972>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova Lei de Organização Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador n. 27, jul./ago./set. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012a.

_____. O conteúdo do princípio da moralidade: proibição, razoabilidade e cooperação. In: _____ (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012b.

_____. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: _____ (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2014a. v. 1. p. 17-46.

_____. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014b. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561/77253>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da moralidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Coord.). *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 348-415.

MATO GROSSO. *Lei nº 7.692, de 1º de julho de 2002. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual*. Disponível em: <<http://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/legislacao/legislacaointg.nsf/07fa81bed2760c6b84256710004d3940/98f9b6e371b5accf04256beb006edc86?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Beck, 1990.

MEDAUAR, Odete. Segurança e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, p. 93-116, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45127>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Responsabilidade Civil do Estado. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (Org.). *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. v. 7. São Paulo : Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. José Luis Monereo (Trad.). Granada, España: Editorial Comares, 2004.

MINAS GERAIS. *Lei nº 14.184*, de 30 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14184&ano=2002>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *A proteção da confiança legítima como princípio*

fundamental no direito administrativo atual. 2010. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 24, out./ nov. / dez., 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 28, nov./ dez./ jan., 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. v. 1. São Paulo: Almedina Brasil, 2014. p. 503-515.

NASSA, Thulio Caminhoto. *A boa-fé no regime jurídico de direito administrativo*. 2010. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, COGEAE, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2010-12-03T11:56:43Z-10346/Publico/Thulio%20Caminhoto%20Nassa.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVER trust a bureaucrat. *South California Law Review*, Los Angeles, v. 42, n. 391, p. 391-406, 1968-1969.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

NOHARA, Irene. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. 2006. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2006.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62-94.

_____. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito administrativo*. Publicado em 24/06/2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>.

Acesso em: 25 jun. 2016.

NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/1999 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do estado: novas fronteiras do direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012, p. 113-120.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública estudo do processo administrativo normativo*. 2014. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014.

PENTEADO, Luciano de Camargo Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 252-

278, 2009.

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

PERNAMBUCO. *Lei nº 11.781*, de 06 de junho de 2000. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=11781&complemento=0&ano=2000&tipo=&url=>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 41-78, 1946. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro, comparado com o direito administrativo francez segundo o methodo de p. Pradier-fodere*. Recife: Universal, 1857.

_____. *Elementos de direito administrativo brasileiro, para uso das faculdade de direito do império*. 2. ed. Recife: Geraldo Henrique de Mira, 1860.

REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas Boas, 1923.

REZENDE, Vinícius de Paula. *O princípio da boa-fé no processo administrativo federal*. 2013. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/3392>>. Acesso em 20 out. 2014.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. S. I.: Ministério da Justiça, 1968.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5.427*, de 1º de abril de 2009. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá

outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

ROMAIN, Jean-François. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier ("Fraus omnia corrumpit")*. Bruxelas: Bruylant, 2000.

ROSAS, Roberto. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. *Contrato administrativo: efeitos da invalidação*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2006.

SÃO PAULO. *Lei nº 10.177*, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=7505>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Ação Civil Pública nº 1009441-04.2015.8.26.0053*. Juiz de Direito Luiz Fernando Rodrigues Guerra, D.J.: 19/03/2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2560719.PDF>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Público. *Apelação nº 9171359-94.2002.8.26.0000*. Rel. Reinaldo Miluzzi. D.J. 02/02/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8171475&cdForo=0>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Público. *Apelação nº 0002192-93.2014.8.26.0266*. Rel. Des. Antonio Celso. D.J. 09/12/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9060819&cdForo=0&v1Captcha=bprek>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

SCHMIDT, Jan Peter. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, v. 32, n. 2, pp. 34-47, 2014; *Max Planck Private Law Research Paper N. 15/5*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2569133>>. Acesso em: 05 maio 2015..

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SHALEV, Gabriela. Good faith in public law: a critical note on the Supreme Court Judgment in *Lugasi v. Minister of Communication*. *Israel Law Review*, n. 127, 1983. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/israel18&div=3&id=&page=>>>. Acesso em: 05 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. O princípio da razoabilidade da lei - Limites da função legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 339-354, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47551/45200>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

SILVA. Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, p. 271-316, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Problemas jurídicos do planejamento. *Revista de Direito Administrativo*, n. 170, p. 1-17, out./dez. 1987. Disponível em: <<https://sb.fgv.br/catalogo-sp/index.html>>. Acesso em: 05 de jan. 2016.

_____. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 163-171, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47422>>. Acesso em: 05

jan. 2016.

SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no código civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, 1972.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: BARBIERI, Catarina Helena; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Org.). *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tendências do direito administrativo. SEMINÁRIO PERMANENTE DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4., 2014, Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2014.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 218, p. 1-10, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47451>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

TORRES, Heleno Taveira. O princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário. In: ALMEIDA, Fernando Menezes de et al. (Org.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized: The Progressive Alternative*. Nova Iorque: Verso, 1998. Disponível em: <<http://robertounger.com/english/pdfs/demore.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862.

VASCONCELLOS, José Mattos de. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa-fé na formação dos contratos (direito romano). In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações e contratos*. Série Doutrinas Essenciais, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 755-765.

VIEIRA, Alberto de Lima. Empreitada de obra pública rodoviária por preço global. *Revista de Direito Administrativo*, v. 215, p. 99-107, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47309>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1946.

WEBER, Max. *A política como vocação*. 1982. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.08.Weber,A_politica.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2015.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Madrid: Civitas, 1977.

WRIGHT, David. Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law. *Osgoode Hall Law Journal*, n. 35, v. 1, p. 139-194, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1614&context=ohlj>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.