

DOSSIÊ



**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO: A PROTEÇÃO DA
CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ESTADO E CIDADÃO**

**EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO PÚBLICO: LA PROTECCIÓN DE
LA CONFIANZA EN LAS RELACIONES ENTRE ESTADO Y CIUDADANO**

**THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN PUBLIC LAW: THE PROTECTION OF
TRUST IN RELATIONS BETWEEN STATE AND CITIZEN**

Auner Pereira Carneiro¹

João Emilio de Assis Reis²

RESUMO:

O trabalho é um ensaio teórico de base em pesquisa bibliográfica e documental. Analisa o princípio da Boa-fé no Direito Público, como um instrumento de proteção da confiança nas relações entre Estado e cidadãos.

¹ Doutor USP-SP. Coordenação 2008-2016. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal Regional. <http://lattes.cnpq.br/3337902004026180>. E-mail: aunerix@yahoo.com.br

² Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro. Pós-doutorando em Derecho Empresarial pela Universidad de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE-MG). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Interinstitucional em Desenvolvimento Regional/Municipal. ITEP- UENF-UNIFLU CNPQ.

PALAVRAS-CHAVE: Boa fé. Direito Público. Estado. Cidadania.

RESUMEN:

El trabajo es un ensayo teórico básico en investigación bibliográfica y documental. Analiza el principio de buena fe en el derecho público, como un instrumento para proteger la confianza en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Buena fe. Derecho publico. Estado. Ciudadania.

ABSTRACT:

The work is a basic theoretical essay in bibliographic and documentary research. It analyzes the principle of Good Faith in Public Law, as an instrument to protect trust in relations between the State and citizens.

KEYWORDS: Good faith. Public right. State. Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

O Estado, nas suas feições contemporâneas, não tem outra razão de ser na sua atuação que não realizar os anseios dos cidadãos, seja coletiva ou individualmente. E para fazê-lo, sujeita a ordem social a regras jurídicas, controlando a vida social e também se autolimitando. O princípio da Boa-fé surge nesse ínterim, como uma dessas regras de limitação da atuação da atividade estatal ou dos seus impactos, baseando na ideia de confiança. Confiança essa que surge da necessidade de segurança jurídica em face da própria função estatal inerente, ou da sua atuação em concreto.

O objetivo do presente trabalho é apresentar contornos do princípio da Boa-fé no Direito Público, apresentando seus fundamentos legais e constitucionais, um breve histórico, e sem tentar delimitar um conceito, apresenta uma visão geral do princípio, seus requisitos e como vem sendo aplicado atualmente. Embora seja bastante consolidado no âmbito do direito privado, sua projeção no direito público é bastante recente, causando mesmo incertezas na comunidade jurídica.

2. APONTAMENTOS INICIAIS E BREVE HISTÓRICO

A proteção da confiança legítima tem por base a tutela das legítimas expectativas que as pessoas criam em sua teia de relações sociais. É a confiabilidade nas pessoas que permite construir relações de interdependência com os diversos atores sociais, com base na previsibilidade e calculabilidade do comportamento de cada um. É a confiança que proporciona segurança.

Para Luhmann (1996), a confiança é uma forma de redução da complexidade social na tomada de decisões baseando-se numa expectativa confiável levando em conta que a decisão tomada no momento atual considera que elementos que a embasaram também se mantenham no futuro. Para o citado autor “mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fiera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o ao menos se invalidan las diferencias de tiempo” (LUHMANN, 1996, p. 15). O papel da confiança consiste, pois, em reduzir o futuro, antecipando-o, conforme uma análise realizada do presente. Explicita noutro ponto o autor:

El problema de la confianza consiste en el hecho de que el futuro contiene muchas más posibilidades de las que podrían actualizarse en el presente, y de presente transferirse al pasado. La incertidumbre que tende a existir es simplemente una consecuencia de un hecho muy elemental, que no todos los futuros pueden convertirse en presente y de aquí convertirse em pasado. El futuro coloca una carga excesiva em la habilidad del hombre para representarse las cosas para sí mismo. El hombre tiene que vivir en el presente junto com este futuro, de sobremanera complejo, eternamente. Por lo tanto debe podar el futuro de mod que se iguale con el presente, esto es, reducir la complejidad (LUHMANN, 1996, 20-21).

A proteção da Confiança no Direito Público moderno funda-se no princípio democrático constitucional, previsto no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, segundo o qual todo poder emana do povo e em seu nome é e exercido nos termos da Constituição. Assim os indivíduos não são meros destinatários do poder, mas, considerados em conjunto, são os próprios titulares deste poder. Nos dizeres de Sundfeeld (2010), as relações de direito público se caracterizam por vínculos entre um sujeito que exerce o poder político, mas não o titulariza, e um sujeito que o titulariza, mas não o exerce, mas ao contrário, suporta (SUNDFEELD 2010, p. 111).

Isso posto, deve ser reconhecido que o Estado tem uma função instrumental, de realização dos anseios de seus cidadãos enquanto coletividade e de cada um

deles individualmente considerados, não comportando um fim em si mesmo. Se a República é constituída, nos termos da Constituição, sob o signo da primazia da dignidade da pessoa humana, significa que essa dignidade é um valor máximo da nação enquanto sociedade política e todo o aparato estatal tem como fim o reconhecimento da dignidade das pessoas e sua promoção, enquanto indivíduos e enquanto coletividade.

Assim sendo, o Estado é mero custódio do interesse coletivo, única razão pelo qual detém o poder político. Em razão disso tem o dever de atender as expectativas dos seus cidadãos, correspondendo à confiança legítima em si depositada pelo titular deste poder. A proteção da confiança nas relações Estado versus cidadão é decorrência lógica do próprio exercício do poder político em nome da coletividade.

A segurança jurídica é também um dos pilares centrais do Estado de Direito. Isto porque, para que as pessoas possam viver em paz e buscar a felicidade, é necessário que tenham estabilidade nas relações jurídicas das quais participam. É isso inclusive que leva a criação de mecanismos jurídicos que confirmam previsibilidade à atuação do Estado e à aplicação do direito.

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conxionada como elementos objetivos da ordem pública – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos. (CANOTILHO, 1998, p. 256)

A necessidade de confiança dos indivíduos no Estado é um dos próprios motivos do surgimento do Direito Público. A substituição do arbítrio e dos caprichos dos soberanos do Estado Absolutista pela limitação do poder pela lei no Estado de Direito, entre outros anseios reflete a necessidade de confiabilidade no comportamento do poder político.

Daí inclusive a confusão que, ordinariamente, acontece entre segurança jurídica e legalidade, já que aquela é por esta realizada, pois é o conhecimento prévio da lei que permite aos particulares tomarem conhecimento do direito e preverem as consequências de suas condutas e das dos demais membros da coletividade e do Estado. É essa previsibilidade que delimita verdadeiramente a liberdade dos cidadãos. Sem a possibilidade juridicamente garantida de prever e calcular a atuação do Estado, o ser humano deixaria de ser o protagonista de sua própria história, numa flagrante violação da dignidade que lhe é própria.

O Estado deve pautar seus atos pela legalidade. Como visto anteriormente, essa é uma das premissas sobre a qual a própria gênese do direito público foi assentada. Um dos efeitos colaterais dessa vinculação positiva da conduta do Estado à lei é justamente a aparência e também a presunção da legalidade do direito administrativo, elaborado para permitir a operatividade da função administrativa. Essa situação tem justificado a conservação da conduta administrativa, mesmo quando viciado de forma a proteger os interesses dos cidadãos.

COUTO E SILVA relata como exemplo mais antigo e conhecido de proteção da confiança um fragmento de Ulpiano contido no digesto, sob o título de *De ordo praetorum* (D.1.14.1), no qual o célebre jurista narra o caso do escravo Barbarius Philippus, que foi nomeado pretor em Roma ocultando sua condição de escravo. Indaga Ulpiano: “Que diremos ao escravo que, conquanto ocultando essa condição exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude da lei ou do direito?”

O que precisa ficar claro é que o direito nesses casos protege não é a aparência de legitimidade dos atos praticados, mas a confiança gerada nas pessoas, em virtude da presunção da legalidade e da aparência de legitimidade que tem os atos Praticados pelo Poder Público.

Etimologicamente, o termo boa-fé tem como origem a expressão *bona fides* que quer dizer: fidelidade, crença, confiança, sinceridade, posicionando antagonicamente a má-fé que quer dizer engano, malícia, dolo. O princípio da Boa-Fé tem raízes no Direito Romano, uma vez que já na antiguidade se preocupavam os romanos com o estabelecimento de princípios na aplicação do direito. Apesar de

nunca terem construído uma teoria geral do negócio jurídico, pode-se perceber que entre a vontade declarada e a vontade interna, inclinaram-se para esta última em detrimento da vontade externa, pois “na maioria de suas instituições buscaram sempre o *animus*, *affectus*, ou *consensus*, ou seja, a verdadeira *voluntas*” (PETIT, 2003, P. 251).

MENEZES CORDEIRO relata a origem da boa-fé na *fides* romana. A *fides* romana se concretizava nas relações entre a clientela e os patrícios (2001, P. 59). A clientela era um tipo de estratificação social, um grupo de pessoas que se situavam entre o cidadão livre e o escravo, que em troca da promessa de proteção e favores (*fides promessa*), se submetiam a certos deveres de lealdade e obediência (*fides poder*). Progressivamente desaparecem os elementos de sujeição e da ideia de *fides promessa* evolui o elemento que vai importar para o Direito Civil, a ideia de garantia, ligada à palavra dada (CORDEIRO, 2001, P. 62). No campo contratual, MARTINS-COSTA noticia a existência de documento antigo ligando a expressão *fides* aos contratos internacionais. Trata-se do tratado entre Roma e Cartago, que cria regras, segundo a qual, cada uma das partes contraentes prometia sobre a própria fé – *publica fides*, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas – a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses advindos dos negócios privados (MARTINS-COSTA, 2000, P. 113)

Na cultura germânica, a fórmula do *treu und glauben* demarca o sentido de boa-fé. *Treu* (lealdade) e *glauben* (crença), analisadas no contexto medieval dos juramentos de honra e das tradições cavaleirescas, traduzem um significado completamente diferente da boa-fé romana. A garantia de manutenção e cumprimento da palavra dada não se vincula mais a uma ótica subjetiva (do garante ou cliente), mas a uma perspectiva ética, objetiva, ligada à confiança geral estabelecida em nível de comportamento coletivo. “ ‘Fiadores e defensores’, como Lancelot, os *chevaliers* não agem por interesse próprio, mas tendo em vista os interesses do *alter* – da sua dama, do seu soberano, da sua coletividade” (MARTINS-COSTA, 2000, P. 126).

No Direito canônico, a concepção de boa-fé estava completamente atrelada à ideia de pecado. À palavra dada e à promessa era atribuído valor moral, porque na cultura cristã a mentira é considerada pecado. Assim, a boa-fé passa a ter um

significado unificado, cuja substância se encontra na “ausência de pecado”. Enfraquece-se o seu significado ético do direito obrigacional e é fortalecida a dimensão subjetivista. Esta última é fortalecida com a vinculação a ideia do pecado porque não basta mais a mera ignorância do vício é necessária a consciência íntima da ausência do pecado, de se estar agindo corretamente. (MARTINS-COSTA, 2000, P. 131)

No âmbito do Direito Público, COUTO E SILVA (2005, P. 6) relaciona o surgimento da Proteção à confiança ao Estado Social ou Estado-Providência, em razão das situações de dependência que surgiram do cidadão para com o Estado, especialmente em razão dos serviços e prestações por ele realizados, diferentemente do que ocorria com o Estado Liberal burguês.

Relata o autor que o princípio da proteção da confiança é de origem jurisprudencial e tem como ponto de partida uma série de decisões prolatadas que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos administrados. Começa a se firmar a partir de uma emblemática decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim de 1956, que posteriormente foi confirmada por acórdão do Tribunal Administrativo Federal em 1957.

Refere-se ao caso da anulação da concessão de pensão a uma viúva de um funcionário público que vivia em Berlin Oriental (então parte da antiga República Democrática da Alemanha) e que obteve a promessa do pagamento do benefício mediante a mudança para Berlin Ocidental (parte da antiga República Federal Alemã). Após ter mudado e tendo passado um ano recebendo o benefício, o mesmo foi anulado sob o argumento de que sua concessão foi ilegal, o que de fato ocorreu, e ainda lhe foi determinada a devolução dos valores recebidos ilegalmente. Levado à apreciação do judiciário, os tribunais alemães ponderando o princípio da legalidade com relação ao da proteção da confiança – ambos de estatura constitucional - entenderam que, ainda que houvesse ilegalidade, a proteção à confiança tinha mais peso, determinando que o ato não fosse desconstituído (BINENBORJM, 2008, P. 182). A partir de tal decisão, o princípio da proteção da confiança se desenvolveu no direito alemão, influenciou o direito inglês e foi reconhecido como princípio fundamental do direito comunitário, com o nome de princípio da confiança legítima, sendo reconhecido pela jurisprudência da Corte de

Justiça das Comunidades Europeias, como “regra superior de direito” e como “princípio fundamental do direito comunitário”.

Tomando-se a boa-fé objetiva como um padrão de conduta ético e responsável, em que se espera que os envolvidos em uma relação jurídica guardem lealdade, é inegável a identidade do princípio da boa-fé em seu sentido objetivo com a tutela da confiança, visto que essa, em última instância se destina a estabelecer tutela jurídica das legítimas expectativas depositadas pelo cidadão em razão de condutas, atos e procedimentos praticados pelo Estado no exercício da função administrativa.

A exigência da aplicação do princípio da boa-fé nas relações Estado e Cidadão decorre primeiramente da necessidade da proteção da confiança nas relações jurídicas em geral. É uma necessidade do tráfego jurídico e de todos os vínculos jurídicos que se criam. Destaque-se aqui a profunda relação do princípio em referência com o valor Ética, bem como a reaproximação entre o Direito e esta última, especialmente havida a partir do movimento pós-positivista surgido no contexto pós segunda guerra mundial e de como esse movimento tem se dedicado à construção de relações entre valores, princípios e regras, buscando justamente dar normatividade a elementos da Ética.

A despeito da necessidade de boa-fé nas relações em geral, por outro lado, destaque-se a necessidade específica de proteção da confiança nas relações entre Estado e Cidadão, onde valores como lealdade, honestidade e moralidade se tornam especialmente relevantes. Considerando o Estado como fiduciário do poder político e como prestador de serviços públicos à comunidade, a colaboração da Administração pública com os administrados e destes com aquela se torna essencial para a melhor prestação dos serviços.

Ensina GONZÁLEZ PÉREZ:

Vivimos en una sociedade en la que el hombre encuentra limitada su libertad real en proporciones jamás soñadas, en la que la satisfacción de las más elementares necesidades depende de las prestaciones de la Administración pública, en la que el Estado ha invadido las esferas más íntimas. La situación ha sido descrita hasta la saciedad en la literatura especializada y no especializada.(...) En este mundo, la humanización de las relaciones entre la Administración y el administrado constituye el único remedio para que la desesperación del administrado no le conduzca a un final trágico (2004, P. 55).

Assim, para além do papel de depositário do poder emanado do povo, o espaço que a atividade estatal passou a ocupar ao longo do tempo permite que o Estado adentre nos mais diversos aspectos da vida do cidadão, de coisas simples do cotidiano a funções mais essenciais, tornando aquele uma figura poderosa diante do cidadão, razão pela qual se faz elementar a proteção da confiança nas relações entre ambos.

3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE BOA-FÉ E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

É comum a referência no Direito Administrativo, inclusive na jurisprudência, à Segurança Jurídica, Proteção da confiança e boa-fé como sinônimos. Por vezes se observa na doutrina também referências ao princípio da boa-fé como instrumento de proteção à confiança, bem como também o é encontrar-se referências a confiança no âmbito de um princípio autônomo, que parece em princípio se diferenciar do princípio da boa-fé.

De fato, se não são expressões sinônimas, guardam íntima relação, já que estão na mesma “constelação de valores”. A compreensão da relação que guardam entre si é importante, não só para compreender qual a influência que uma lança sobre a outra, e como cada uma atua no ordenamento jurídico.

SCHREIBER, não visualiza dos princípios distintos. Na esteira do direito alemão, ele fundamenta o princípio da confiança como o principal conteúdo da boa-fé objetiva e como forte expressão da solidariedade social (2007, P. 95). ASCENSÃO, por seu turno compreende Boa-fé e Confiança como princípios independentes que coexistem (2006, P. 87).

MARTINS-COSTA, por sua vez, entende a boa-fé como uma confiança qualificada como boa, virtuosa, justa (2004, P. 29-30).

Para GONZÁLEZ PÉREZ, o princípio da boa-fé, incorpora a confiança. Escreve o autor que:

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con que nos relacionamos. En el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas la actuación que cabe esperar de una Administración pública respecto de otra o respecto del administrado, o el administrado de la Administración pública (2004, 67).

A discussão se situa em verificar se os princípios se separam apenas por uma questão semântica ou se existem diferenças funcionais entre eles, um atingindo esferas que o outro não alcança.

Realmente, o que se percebe é que não há uma diferença entre confiança enquanto referida como princípio autônomo e o princípio da boa-fé. Tanto na jurisprudência ou na doutrina, observam-se referências tanto a um quanto a outro, com funcionalidade idêntica e no mesmo âmbito de aplicação.

O que se verifica é que são conceitos construídos em grande parte pela jurisprudência, e talvez a confusão se deva ao fato dos tribunais se referirem tanto à boa-fé como a confiança como princípios, sem traçar uma delimitação clara necessária de um e de outro e aplicando os dois em situações idênticas e buscando os mesmos efeitos.

Talvez, depois de muito esforço, alguém extremamente apegado a conceitos pudesse chegar a esferas de ação a que chega o princípio da confiança e não chega o princípio da boa-fé ou que chega este último princípio e não chega aquele.

Mesmo que isso ocorra, não parece ser suficiente para tratar confiança e boa-fé como princípios distintos. Boa-fé ou Confiança (aqui referidos como um único princípio) é norma de caráter principiológico que por sua própria natureza comportam uma vagueza de significado ou múltiplos significados a ser completada por um juízo de valor na solução do caso concreto, e por isso fogem da forma tradicional de construção da norma jurídica, as regras de direito descritivas. Assim, mesmo que alguém encontrasse âmbitos de aplicações diferentes, não significaria ainda assim tratarem-se de princípios distintos.

Isso posto, quando se refere a princípio da Boa-fé e da Legítima Confiança, entende-se como referência a um mesmo princípio jurídico, sem forma estática, que tem por objetivo a proteção de situações jurídicas criadas ou alcançadas em razão de legítimas expectativas criadas por outrem, capazes de gerar danos ou riscos de danos.

4. PRESSUPOSTOS PARA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A grande dificuldade de proteção da confiança reside justamente em se definir confiança em termos jurídicos. Definir ou pelo menos dar uma conformação, dada a

maleabilidade que é própria dos princípios e suas múltiplas aplicações, e o risco de uma definição rígida lhe empobrecer o sentido. A confiança é um estado subjetivo o que torna difícil a sua investigação e identificação. Por outro lado, para se tratar de uma proteção jurídica à confiança, são necessários elementos que permitam sua identificação em cada caso concreto, como também os efeitos jurídicos decorrentes de sua quebra. Assim, tenta o direito “objetivar” a confiança, para que possa ser protegida.

Vários são os doutrinadores que se debruçam sobre a tarefa. SCHREIBER identifica como as situações que fazem incidir o princípio como os seguintes elementos: a) A ocorrência de um fato próprio, entendida como uma conduta inicial; b) A legítima confiança de outrem no sentido objetivo dessa conduta; c) Um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e por isso mesmo, violador da confiança); d) um dano, ou um potencial de dano a partir da contradição (P. 2007, 132).

O fato próprio é uma conduta inicial, que pode ou não ser um fato jurídico. Sequer precisa ser vinculante de alguma conduta jurídica. De fato, se o for, é a própria lei que o vincula (e atribui responsabilidade por sua quebra), haverá proteção jurídica independentemente da existência de contradição irrelevante, dispensado por isso a aplicação do princípio da confiança. O fato na verdade não precisa ter relevância nenhuma para o direito, desde que do ponto de vista fático seja capaz de repercutir na esfera de outrem lhe gerando legítima expectativa. O que tornará a conduta vinculante é sua capacidade de repercussão na tomada de decisões alheias com base em justa expectativa e sua contrariedade posterior.

Essa repercussão é justamente a confiança criada. É o elemento “confiança criada” que torna o fato inicial relevante para o direito e elemento vinculador do agente. Tal confiança que deve ser “legítima”. A atribuição da adjetivação “legítima” à confiança retira desta o sentido de mero estado psicológico do sujeito. A confiança deve ser consequência direta e razoável da conduta inicial, o chamado fato próprio. Por exemplo, a ressalva expressa de possível contradição por quem pratica o fato inicial, excluiria a legitimidade da confiança. Da mesma forma, não é legítima a confiança daquele que aposta em elementos sabidamente arriscados. Por outro lado, a conduta que não seja clara – diferenciando-se aqui conduta clara de conduta

manifesta -, não é capaz de inculcar legítima confiança em ninguém, nem mesmo a percepção errônea da realidade por parte daquele que confia.

A contradição ao fato inicial é o elemento que deflagrará a proteção da confiança. É um simples comportamento, ato jurídico ou não, que se apresenta como contraditório ao comportamento inicial, independentemente da existência ou não da intenção de contrariar. Basta que seja um ato qualquer, mesmo que lícito, capaz de frustrar as expectativas razoáveis criadas na esfera alheia. É importante ressaltar o aspecto aparentemente lícito do comportamento contraditório, ou um comportamento que se considerado isoladamente é lícito. Isso porque se a contradição se dá por meio de um comportamento ilícito, existiram disposições sancionatórias e corretivas, independentemente da vinculação a um elemento de contradição.

E finalmente, o objetivo de proteção da confiança, que é a salvaguarda de dano efetivo ou potencial, idôneo a atingir o patrimônio daquele que confiou em alguém em razão de um comportamento, e que rompeu essa confiança através da contradição. O dano de fato não é necessariamente efetivo. É preciso que seja identificado como dano em potencial, capaz de gerar efeitos lesivos ao patrimônio daquele que confiou se a conduta contraditória for mantida. Até porque, se a contradição lesiva for identificada sem que tenha se efetivado ou produzido o prejuízo, o efeito primordial e desejável da proteção da confiança será a prevenção, desfazendo-se a conduta, ou evitando-a.

ASCENSÃO (2006, P. 87), por seu turno, identifica como pressupostos para a proteção da confiança violada quatro elementos concomitantes: a) A confiança deve se fundar na conduta de outrem; b) Deve ser uma confiança justificada; c) o agente deve ter feito o chamado “investimento de confiança; d) O comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas.

Os elementos apontados coincidem com os elementos apontados por SCHREIBER. Destaca-se que o elemento denominado por ASCENSÃO de investimento de confiança, que guarda relação com o dano efetivo ou potencial, mas que com este não se confunde. Refere-se aos investimentos em bens materiais que aquele que confia faz, confiando na manutenção da conduta alheia. Enquanto o dano apontado por SCHREIBER não é propriamente um elemento de formação da quebra da confiança, mas uma consequência desta capaz de ensejar a proteção

jurídica, o investimento de confiança, na forma vista por ASCENSÃO é mesmo um elemento identificador da conduta contraditória.

MARTINS-COSTA acrescenta que ao critério da conduta vinculante não importa a pluralidade de sujeitos (2008, P. 13). O que importa é que a conduta inicial esteja em uma mesma situação jurídica da conduta frustradora da confiança. Faltaria por exemplo relação de causa e efeito, à situação da pessoa que comprasse ou deixasse de comprar ações de uma determinada empresa, confiando no movimento sobre o preço que outra pessoa fosse capaz de produzir no mercado de ações, ou a confiança da pessoa em promessa feita a terceiro.

5. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto retro, o instituto da boa-fé tem origem no direito privado, tendo recebido há muito atenção da doutrina e jurisprudência que lhe deram desenvolvimento notável. O mesmo não se pode dizer sobre o campo do Direito Público, onde muito pouco se produziu e ainda hoje se produz a respeito do tema.

Conforme MENEZES CORDEIRO, que realizou estudo exaustivo do instituto no campo do Direito Civil, nas obras gerais de Direito Administrativo, encontram-se apenas referências escassas e desalinhadas à boa-fé, embora faltem aprofundamentos sobre o tema, sua natureza, as suas aplicações e suas formas de concretização (2001, P. 391). Assim, embora a boa-fé não seja ignorada, não é aprofundado. O autor ainda aponta a existência de vários institutos dependentes da boa-fé – abuso de direito, *supressio*, alteração das circunstâncias, certos deveres de comportamento, proteção da confiança – que são tratados sem conexão entre si.

Neste contexto, duas questões se colocam como fundamentais para o Estudo da boa-fé no Direito Administrativo. A primeira é a compatibilidade do princípio com o regime jurídico administrativo e a segunda é a possibilidade ou não de se aproveitar os estudos desenvolvidos na área do Direito Privado para o seu desenvolvimento no campo do Direito Público.

Quanto a possibilidade de aplicação da teoria da boa-fé no âmbito do direito público, vários são as teses que assumem resistência à sua aplicação. GIACOMUZZI, observa vários argumentos contrários apontados pela doutrina (260, P. 213). Em razão do estudo específico que aqui se pretende, sem pretensões de

exaustividade, limita-se a reunir em duas diretrizes gerais os argumentos contrários a sua aplicação do Direito Administrativo que seriam:

- a) A diferença qualitativa existente entre o particular e a Administração nas relações jurídico-administrativas e a supremacia do interesse público;
- b) A circunstância de que toda a relação jurídico-administrativa está submetida ao princípio da legalidade;

As raízes da supremacia do interesse público sobre o privado estão no organicismo e no utilitarismo. O organicismo considera o Estado como um grande corpo com partes individuais interdependentes que concorrem de acordo com suas finalidades para a vida do todo e em razão disso não atribui nenhuma autonomia aos indivíduos considerados em suas singularidades (BOBBIO, 2000, P. 45). Para a visão utilitarista, a melhor solução para cada problema é aquela que, promova na maior escalada, os interesses dos membros da sociedade política individualmente considerados (BINEMBOJM, 2008, P. 84). Sob essa ótica, o interesse público se traduz em uma fórmula de maximização dos interesses do maior número possível de pessoas. Como os interesses individuais são por vezes conflitantes, a utilitarismo opta pelo sacrifício do interesse de um membro ou de certos membros de uma coletividade, e nome de um benefício superior em termos comparativos, que atenderá a outros membros da comunidade. A noção utilitarista do interesse público remete a uma solução de maioria, ou de maiores benefícios.

Essa regra, da supremacia do público sobre o privado, é incompatível com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, justamente porque este tem como ponto de partida uma compatibilização entre Direitos Fundamentais e Democracia. Ambos são elementos caros à ordem constitucional pelos valores que encerram, como a dignidade humana e o autogoverno coletivo, e a Constituição Federal não fez a opção por nenhum deles.

Do ponto de vista da legalidade como legitimação, é necessário se inferir que há muito tempo não se tem admitido apenas a lei como fonte de legitimação da conduta do administrador público. A lei é apenas mais uma das fontes legitimadoras da conduta do administrador público, que deverá ter por base a própria Constituição.

Esse segundo óbice apontado a partir da legalidade como limite é voltado para um conceito utilitarista. Se a legalidade é o limite de atuação da Administração,

a boa-fé não representaria nenhum papel, posto que os atos seriam válidos ou inválidos conforme esse limite da lei.

Nesse caso, exclui-se a análise da conduta do campo da moralidade, o que não é mais passível de aceitação, principalmente em face da própria prescrição de moralidade à Administração Pública feita pela Constituição em seu art. 37. A inserção constitucional tanto de um princípio de legalidade quanto de um princípio de moralidade implica que ambos cobrem dois campos distintos e que para além do cumprimento das exigências legais, a conduta administrativa também deve ser ética.

FERRAZ JÚNIOR, tratando da implicação do preceito moral sobre a validade jurídica ensina que:

A justiça, enquanto doador de sentido ao direito é um princípio regulativo do direito, mas não constitutivo. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isso quer dizer que não exista concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida (2008, P. 334).

A instituição de um princípio de moralidade ao lado da legalidade implica que o direito não é um fim em si mesmo, deve estar provido de um sentido. Em se tratando da Administração Pública, o sentido se encontra no interesse público que implicará em necessidade de trato ético, pois aquele que exerce a função pública o faz em nome da coletividade e não por si mesmo.

Dizer que a legalidade em si mesma é bastante, significa ignorar a própria finalidade social do direito e que de fato esses fins podem ser subvertidos na mera aplicação da legalidade. Vide por exemplo as noções de abuso de direito e os desvios de poder, também desenvolvidas no Direito Administrativo, onde se tem formalmente o exercício de um direito reconhecido, para atingir fins diversos dos seus propósitos.

Ainda sob o prisma da utilidade da boa-fé perante o princípio da legalidade, é preciso pensar ainda nos desdobramentos deste princípio como o da presunção da legalidade dos atos administrativos, do qual por vezes a Administração faz uso, em detrimento de direitos subjetivos dos particulares ou mesmo em contraposição a legítimas expectativas dos particulares que confiaram na legalidade desses mesmos atos.

No que tange a migração dos estudos e conceitos da Boa-fé no Direito Privado para o campo do Direito Público, os argumentos inicialmente que se colocam são favoráveis. Em primeiro lugar, como já mencionado, é perceptível a aplicação de vários institutos ligados à boa-fé pelo direito administrativo, institutos esses que guardam aplicação similar no direito privado. A possibilidade de aproveitamento dos estudos da boa-fé no Direito Privado para o Direito Administrativo permitiria consideráveis avanços metodológicos e inclusive o tratamento sistemático desses institutos.

Em segundo lugar, a inexistência de barreiras que configurem óbice a aplicação da boa-fé ao regime de direito público. Como visto anteriormente, tradicionais dogmas do Direito Administrativo estão sendo desconstruídos sob a perspectiva da constitucionalização do direito, processo similar ao que ocorre no direito privado, que vive um processo de releitura da autonomia privada pelo sistema de direitos fundamentais, contribuindo assim para uma diluição da dicotomia direito público versus direito privado. Vale dizer que esses dogmas do Direito Administrativo, era o que tornava o regime de Direito Administrativo tão singular em relação ao Direito Privado, centrado na autonomia da vontade e basicamente analisado a partir de uma compreensão sinalagmática da relação jurídica.

De fato, a Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado, não é mais um princípio que se aplica sem reflexão e ponderação sobre quais são os interesses reais existentes na relação jurídica sob análise. Pelos mesmos motivos a diferença qualitativa existente entre a Administração Pública e o administrado não pode configurar óbice em razão da própria função-finalidade da Administração. Não há interesse público a ser perseguido pela Administração que não redunde em interesse dos próprios administrados. Talvez por isso, tenha-se muito mais um motivo para a aplicação da Boa-fé às relações Estado-cidadão. Se no Estado Democrático de Direito o interesse a ser realizado é o primário, o da coletividade, é de se entender que o Estado, ao invés de mais liberdade, tem limites ainda mais rígidos para a sua atuação, e nesse sentido, o princípio da Boa-fé se apresenta como ferramenta importante, como elemento de contornos éticos a exigir da atuação pública, ponderação e responsabilidade em sua atuação.

Para vários autores princípio da boa-fé no direito administrativo encontra receptividade no art. 37, *caput* da Constituição Federal ao informar expressamente a

Moralidade como princípio regente da Administração Pública, conforme informa boa parte da doutrina administrativista. BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da Moralidade Administrativa, informa que

compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzáles Péres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (2011, P. 119).

GIACOMUZZI, por seu turno defende o princípio da moralidade como equivalente juspublicístico da boa-fé do direito privado, em razão do pouco desenvolvimento desta no campo do direito público e por enxergar a necessidade de um princípio que lhe faça às vezes, além de apontar similaridades na origem histórica.

Nada mais natural que se vincule a origem da boa-fé à origem da moralidade, portanto, em atitude interpretativa que, com olhos atentos ao passado, aproveita os ensinamentos do direito privado e lança a proposta dogmática ao direito público. Assim, se o direito público não desenvolveu o instituto capaz de abarcar as consequências jurídicas advindas do desenvolvimento da boa-fé jusprivatista, nada impede que com ela – e suas consequências – se preencha o conteúdo do princípio da moralidade, mormente se não há sério obstáculo metodológico ao seu progresso (2013, P. 241).

Como visto anteriormente, alguns autores, embora sem tratar expressamente da boa-fé no direito administrativo, também se referem como fundamento da boa-fé o princípio constitucional da solidariedade social, por considerarem a boa-fé uma regra de conduta de alto teor solidarizante. Se assim o é, pelos mesmos motivos também pode-se indicar o princípio da solidariedade como da boa-fé no direito público. Como tratado anteriormente, conjugando a proteção da pessoa humana e a construção de uma sociedade de base solidarista, onde todas as relações jurídicas se constroem com base em valores éticos, certo é também que o Estado participe desta construção e dessa interação comunitária.

Percorrendo o mesmo caminho do direito comparado, o princípio da Boa-fé no Direito Administrativo brasileiro também tem seu impulso inicial por meio de

construções jurisprudenciais, por onde tem caminho mais firme, embora também possa ser encontrado na legislação ordinária, de forma insipiente.

Passa-se agora a uma breve análise da abordagem do princípio da Proteção da Confiança e da Boa-fé no judiciário brasileiro, especialmente no STF e no STJ, salientando que o princípio da confiança e da boa-fé, vem sendo aplicado nos julgamentos como fundamento de decisão e resta consolidado muito embora as decisões judiciais nem sempre se referiram a ele de forma clara, por vezes deixando de referir-se a ele de maneira expressa ou, por vezes, o fazendo referindo-se à “segurança jurídica” e “boa-fé”, “boa-fé” e “confiança” de forma estanque ou como um único princípio. Tratam-se de variações que não têm importância prática, visto que a própria jurisprudência não faz diferenciações e atribui-lhes a mesma função. Para o presente trabalho, que parte do princípio da identidade entre boa-fé e confiança, e em certo sentido até da segurança jurídica, as expressões referem-se a uma mesma figura, como dito retro. A ressalva é feita em razão das referências serem feitas de forma desorganizada o que pode induzir a equívocos.

A partir da análise jurisprudencial será possível uma melhor identificação dos contornos jurídicos do princípio de tutela da confiança e a compreensão da sua aplicação – ou possibilidades de aplicação - no direito brasileiro.

No STF, merece menção os julgados referentes à Medida Cautelar No. 2.900-3/RS e aos Mandados de Segurança No. 24.268/MG e 22.357/DF todos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que tem como mérito o reconhecimento do princípio da “segurança jurídica” com princípios constitucionais como subprincípios do Estado de Direito.

No primeiro caso, a Medida Cautelar de No. 2.900-3/RS trata de medida jurídica de aluna da Universidade Federal de Pelotas, que foi aprovada em concurso público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo, sendo lotada em Porto Alegre. Diante da necessidade de alteração de domicílio, pleiteou a transferência administrativa para a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com fulcro na Lei No. 9.536/97, que foi negada, por considerarem inaplicável à aluna o conceito de servidor público, já que ela concursou para ingresso em uma Empresa Pública. Impetrando Mandado de Segurança contra a decisão, a aluna viu seu pleito atendido no sentido de se garantir sua transferência para a UFRGS. Quando em segunda instância o Tribunal Regional Federal da 4ª Região apreciou a questão, reformou a

decisão concedente da segurança, o que motivou Recurso Extraordinário ao STF e a Medida Cautelar, como forma de assegurar efeito suspensivo ao recurso.

O Min. Gilmar Mendes ao relatar o caso tratou com precisão do princípio proteção da confiança, valendo-se dele para conceder a liminar e preservar a situação jurídica da aluna que já se encontrava em fase final de conclusão do curso na UFRGS, salientando ainda que a “segurança jurídica” no Estado de Direito, tem valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria justiça material. A decisão foi referendada pela 2ª turma do STF por unanimidade.

Trata-se de uma decisão judicial que aplicou o princípio da proteção da confiança com fito de preservar os efeitos jurídicos de outra decisão judicial, que havia criado expectativa legítima em favor da aluna transferida, que já estava na iminência de concluir o curso perante a universidade e assim gozar plenamente os efeitos da tutela pretendida.

O segundo caso é o Mandado de Segurança No. 24.268/MG. Nesse caso a impetrante é pensionista na condição de beneficiária adotada por seu bisavô, uma semana antes que esse viesse a falecer. O Tribunal de Contas da União cancelou a pensão, recebida por dezoito anos, por entender que não havia sido realizada por instrumento jurídico adequado. A relatora original, Min. Ellen Gracie, afastou os argumentos iniciais por entender que as circunstâncias evidenciavam simulação de ato jurídico com propósito de manutenção do benefício previdenciário. O Min. Gilmar Mendes, abriu voto de divergência, fundamentando a invalidade do cancelamento por inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, embora houvesse levantado divergência por questão formal, o Ministro fez referência expressa ao princípio da “segurança jurídica”, por conta de ter a impetrante permanecido recebendo o benefício por quase vinte anos.

O terceiro caso, referente ao MS No. 22.357, refere-se a admissão de funcionários da INFRAERO que foram admitidos sem concurso público, contrariando assim o disposto na Constituição no art. 37, I e II. Ocorre que no passado, em razão da redação originária do art. 173, § 1º da Constituição, que prescrevia que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” havia séria controvérsia sobre a

necessidade ou não de concurso público para o ingresso em empresa pública, como o caso da INFRAERO. A controvérsia restou pacificada posteriormente, no Mandado de Segurança No. 21.322 de relatoria do Min. Paulo Brossard, publicada no Diário Oficial em 23-04-1993, que submeteu os empregados públicos também à exigência constitucional de concurso público.

No entanto, o TCU já havia entendido em decisão de 06-06-1990 que só deveriam ser anulados os atos de admissão posteriores àquela data, e não os anteriores, mesmo que realizados após a vigência da Constituição de 1988. Tal posicionamento se consolidou na jurisprudência daquela corte de contas. Com a decisão do STF, o TCU terminou por rever sua posição, determinando a regularização de admissões sem concurso público, o que implicaria na demissão dos impetrantes do Mandado de Segurança. Nesse caso, o Min. Gilmar Mendes, novamente na condição de relator votou pela estabilização da situação jurídica dos impetrantes e fundamentou sua decisão na proteção da confiança (novamente sob a designação de “segurança jurídica), ao verificar que passados mais de 10 anos das admissões, aquelas se constituíram como situações jurídicas mercedoras de amparo, mencionando expressamente “o longo tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé”.

Da mesma forma que o STF, o STJ vem aplicando o princípio da confiança, inclusive com mais frequência e alcance que o pretório excelso. Para o STJ vale a mesma ressalva feita anteriormente, a respeito da confusão da terminologia usada para designar a proteção da confiança.

Um caso que merece destaque é Recurso Ordinário em Mandado de Segurança No. 407, julgado em 07-08-1991. Tratando-se mais uma vez de servidores públicos, tem-se a nomeação de servidores aprovados em concurso público que foram nomeados e entraram em exercício de suas funções junto à Secretaria de Fazenda do Estado do Maranhão. O governo estadual, sob o argumento de invalidade do próprio concurso, anulou as investiduras por meio de um Decreto de efeitos concretos. Os servidores ingressaram com Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Maranhão que denegou a segurança. Ingressando então com o recurso em comento, a 1ª turma do STJ entendeu que a anulação não poderia ter se dado de forma unilateral, sem observância do contraditório e da ampla defesa. No entanto, referiu-se também à necessidade de

que o princípio da legalidade fosse confrontado com outros princípios, tais como o da segurança jurídica e o da boa-fé. O relator, Min. Gomes de Barros, consignou ainda que o princípio da supremacia do interesse público deixou a muito de ser considerado um princípio absoluto, tendo inclusive se prestado a deformações, sendo necessário inclusive “temperá-lo com velhas regras de Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a segurança jurídica”. Percebe-se aqui mais uma vez de forma clara a ponderação dos tradicionais princípios do Direito Administrativo com a segurança jurídica, como forma de proteção de legítimas expectativas daqueles que confiaram nos atos estatais que lhes redundou em benefícios.

Outro julgado interessante do STJ a dar guarida expressa aos princípios da boa-fé e da confiança no direito público foi o Recurso Especial No. 184.487-SP, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar. Nesse caso, o município de Limeira (SP) celebrara com particulares contrato de promessa de compra e venda de lote situado em loteamento inexistente, já que embora houvesse a divisão da gleba de terras, a mesma não se encontrava registrada no Serviço Registral de Imóveis e nem sequer chegou a ser urbanizada por estar próxima ao Aeroporto Municipal. Na gestão municipal posterior, o Município promoveu a anulação dos contratos promissórios, sob a alegação justamente da falta de regularização e registro. Chegando o caso ao STJ, este entendeu pela impossibilidade da anulação dos contratos promissórios, entendendo que na vigência da Lei No. 6.766 de 19 de dezembro 79 – Lei Federal de Parcelamento do Solo Urbano – a qual incumbe ao município tratar de regularizar loteamentos irregulares promovidos por terceiros para fins de defesa do direitos dos adquirentes dos lotes, mais razão existia para a tomada de providências pelo município quando a promessa foi feita por ele próprio.

O voto do relator menciona expressamente a boa-fé e a necessidade de proteção da confiança dos cidadãos:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. “A salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de todo o tráfego jurídico e em particular de toda a vinculação jurídica individual. Por isso, não se pode limitá-lo às relações obrigacionais, mas ampliá-lo sempre que exista qualquer vinculação jurídica, ou seja, tanto no direito privado, como no direito público”. (Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, p. 144).

Insistindo nesse ponto de vista, Jesús Gonzáles Pérez, no seu *El principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo*, observa que todas as pessoas, inclusive as de direito público, devem pautar sua conduta de acordo com o princípio da lealdade, sendo improcedente a pretensão dirigida à anulação por efeitos formais do ato praticado por quem aceitar o cumprimento da outra parte.

Seguindo os passos do que ocorreu em vários outros países, como o caso já citado da Alemanha, o desenvolvimento da teoria da proteção da confiança e da boa-fé no Brasil primeiro se desenvolveu na jurisprudência, para a seguir abrir caminho na legislação. É preciso salientar que, mesmo que se fale em um desenvolvimento pioneiro na jurisprudência, as teorias a respeito da proteção da confiança não foram tão estudadas no Direito Público como o foram e são no Direito Privado. Mais do que isso, o estudo da proteção da confiança no Brasil tem como marco significativo a jurisprudência construída a partir da promulgação da Constituição de 1988. Mesmo no campo doutrinário, não existem muitos estudos relativos à proteção da confiança no Direito Administrativo, como ocorre em outros campos.

No âmbito do direito positivado, o pioneirismo cabe à Lei No. 8.666 de 21 de junho 1993 (Lei de Licitações) que dispõe em seu art. 59, parágrafo único, que “a nulidade (do contrato administrativo) não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. O mérito do dispositivo está justamente na quebra do velho paradigma da extirpação de todo e qualquer efeito do ato nulo e nesse sentido promove, ao menos parcialmente a proteção da expectativa daquele que contrata com a administração pública, em razão da aparente validade do ato administrativo, que inclusive começou a executar e que posteriormente é invalidado.

Merecem ainda referência as leis 9.868 de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade por omissão e 9.882 de 3 de dezembro de 1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Embora seja da tradição constitucional brasileira a concessão de efeitos retroativos à inconstitucionalidade da lei, eficácia *ex tunc*, as referidas leis, a primeira em seu art. 27 e a segunda em seu art. 11 reconheceram a possibilidade

de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade de lei, fixando como limite o trânsito em julgado da decisão ou outra data a ser fixada - adotando efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* -, levando em consideração razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social mediante aprovação de dois terços dos ministros.

E finalmente, merece menção a Lei Federal No. 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que trata do Processo Administrativo no âmbito da Administração Federal. Tal norma - cuja aplicação não vem se restringindo ao Processo Administrativo, mas a toda e qualquer atividade administrativa de natureza decisória - estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos eivados de vícios de legalidade, quando concederem efeitos favoráveis aos seus destinatários, para que a Administração possa anulá-los, salvo se comprovada má-fé. Tal cláusula configura verdadeira proteção à confiança na medida em que impõe uma limitação temporal ao poder de anular os atos da administração pública que, mesmo acometidos pelo vício da ilegalidade, poderão se preservados ocorrendo as circunstâncias previstas (efeitos benéficos advindos ao administrado, boa-fé e lapso temporal considerável).

Além disso merece menção ainda o art. 2º, *caput* e parágrafo único, IV e XIII, da Lei que remetem à proteção da boa-fé³.

O dispositivo legal, além de mencionar claramente o princípio da boa-fé, pretende ainda a tutela da segurança jurídica na medida em que veda a aplicação retroativa da norma administrativa. A aplicação da boa-fé, nos termos do dispositivo citado inclusive figura como forma de proteger a legítima expectativa do Administrado no Processo Administrativo, surgidas inclusive das práticas passadas e precedentes abertos pela Administração Pública em casos similares anteriores, de

³ 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 processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

que a Máquina pública se comportará de forma coerente com os posicionamentos passados, guardando inclusive coerência lógica com eles. O objetivo é resguardar a confiança dos cidadãos na atuação da Administração Pública, evitando a quebra da confiança por interpretações desencontradas no exercício da função administrativa.

6. BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO COMO PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E REGRA DE EQUIDADE

A boa-fé se apresenta como um princípio geral do direito, sendo a sua aplicação conhecida nos mais diversos ramos da ciência jurídica, tanto no campo público quanto no campo privado, sendo que especialmente nesse último enraizou-se profundamente. No direito civil entrelaça-se com institutos como contratos, posse, casamento e responsabilidade civil. É fator determinante para a aquisição e restrição de direitos e obrigações. No direito comercial também encontrou terreno fértil, especialmente em razão das raízes consuetudinárias e pragmáticas deste ramo do direito, que necessitava de flexibilidade em contraposição ao formalismo jurídico herdado pelo *jus commune*, do direito romano. Por outro lado, através da noção de segurança jurídica, alcançou também o direito público especialmente sob o paradigma do Estado Social, no qual a figura estatal se fortaleceu e se tornou mais atuante, atingindo o direito tributário, administrativo e previdenciário, entre outros.

Como princípio do geral do direito, surge da chamada *analogia juris*, o procedimento de integração do ordenamento jurídico por meio da extração de normas jurídicas gerais do sistema. Nesse sentido BOBBIO diz que “os princípios gerais, são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (1999, P. 158). No entanto, cabe aqui a afirmação de que a aplicação de princípios gerais do direito, não são cabíveis apenas no processo de integração das lacunas do ordenamento jurídico, como faz crer o texto da LINDB (Decreto Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942). Nos dizeres de REALE, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática (2002, 306). Isso parece inclusive ficar muito claro pelo próprio status conferidos pela dicção do Código Civil (arts. 113 e 421) ao princípio da boa-fé, bem como pela Lei Federal de

Processo Administrativo (Lei No. 9.784 de 29 de janeiro de 1999, arts. 2, IV e art. 4, II).

Cabe-se ressaltar, no entanto, que a figura dos princípios gerais do direito não se confunde com a figura dos princípios constitucionais. Embora não espelhem categoria diversa, os princípios constitucionais são aqueles que estão atrelados à Lei maior, e como tal, diferem dos princípios gerais do direito, em razão da sua superioridade hierárquica decorrente da supremacia da constituição, e em razão de externarem os valores políticos fundamentais da nação. Claro que, em última instância, como qualquer norma jurídica os princípios gerais do direito encontram a Constituição como fundamento de sua validade.

Trata-se de um tema interessante, mas ainda muito polêmico e que não foi exaurido pela doutrina jurídica, sempre envolvendo discussões apaixonadas entre jusnaturalista e positivas, e agora com o acréscimo de posições neoconstitucionalistas, mas que em razão da proposta do presente trabalho não cabe aqui. Ademais a discussão se torna inócua no campo do princípio da boa-fé, principalmente no caso da Boa-fé no Direito Público, posto que a doutrina majoritariamente reconhece fundo constitucional ao princípio, vinculando-o como princípio decorrente ao princípio da moralidade constitucional, ou, à segurança jurídica, ao qual se reconhece valor constitucional, e em razão do caráter aberto de nossa Constituição.

Como Princípio Geral do Direito e Princípio Constitucional, a Boa-fé pode ser considerada como uma regra de equidade incorporada ao ordenamento jurídico. Embora haja uma profusão de doutrinas que busquem conceituar a equidade e analisar sua natureza, pode-se extrair de todos eles que se trata de uma fórmula particular de atenuação da rigidez das normas. RAO conceitua equidade por

Uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para este fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões (2004, P. 100).

Para ele, equidade não é direito, mas um atributo do direito. De fato, considerando-se que o princípio da boa-fé opera entre outras situações para além da lei, seja criando obrigações *ultra legem*, seja atenuando ou mesmo excluindo do

mundo jurídico certas imposições legais, é certo tratar-se a boa-fé como uma regra de equidade, muito embora a equidade funcione no âmbito da interpretação e aplicação da norma jurídica em razão das circunstâncias objetivas gerais do caso concreto e a boa-fé especificamente em razão de atos jurídicos que são ou devem ser praticadas por alguém. A boa-fé enquanto princípio jurídico pode ser considerada uma regra de equidade positivada no âmbito do ordenamento jurídico, uma vez que como visto, encontra base em diversos dispositivos constitucionais e o próprio Supremo Tribunal Federal admite sua base constitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante ser um princípio muito antigo no direito privado, o princípio da Boa-fé é de projeção bastante recente no direito público e por isso muitas vezes encontra resistências e há dificuldade por parte da doutrina em lhe dar uma conformação. Além disso, como princípio que é, é natural que não tenha contornos exatamente definidos, variando os mesmos conforme o caso concreto, de acordo com o objetivo finalístico diante do caso concreto.

A Tutela da Confiança através do Princípio da Boa-fé aplicado nas relações entre Estado e cidadãos, tem como base o próprio Estado Democrático de Direito, já que este nada mais é do que um instrumento de realização dos anseios dos cidadãos, nas dimensões coletivas e individual.

A proteção das relações de confiança torna-se ainda mais importantes com a ideia de Estado provedor, de forma que este se arvora de ainda mais atividades e funções, interferindo ainda mais na vida do cidadão. No entanto, verifica-se que o princípio, se devidamente aplicado nas relações de Direito Público é capaz de proteger o cidadão ante a postura do Estado, exigindo deste último tanto posturas negativas quanto posturas positivas, tendo por preceito um comportamento ético fundado na confiança, da qual o Estado é fiduciário natural, em razão de suas funções inerentes, e em razão das condutas praticadas titularizadas pelo Estado, capazes de gerar situações que demandem proteção.

A Tutela da Confiança tem fundamento na própria reformulação do Estado Constitucional para Estado Democrático de Direito, em que a pessoa humana em sua dignidade passa a condição de figura central do ordenamento jurídico, e passa a

exigir-se do Poder Público uma atuação ética reflexiva, preocupada com o interesse público – não considerado interesse da Administração Pública, mas sopesado em cada caso concreto, de acordo com os verdadeiros anseios sociais e com as exigências de proteção dos direitos fundamentais – e com os impactos de sua atuação sobre a vida e os projetos de vida dos cidadãos. Essa preocupação, reflete a própria proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que retirando-se do cidadão a segurança conferida pela confiança, corre-se o risco da pessoa humana perder sua condição de centralidade do ordenamento jurídico, convertendo-se num mero instrumento de atuação Estatal.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no código civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 7, N. 28, out/dez. 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Liberalismo e democracia*. 6. Ed., São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. Ed., Brasília: UnB, 1999.
- BRASIL. *Lei No. 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em 18 fev. 2019.
- _____. *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 18 fev. 2019.
- _____. *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 18 fev. 2019.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. No. 407/MA 1990/0004091-4. Relator Humberto Ministro Gomes de Barros. Brasília-DF, 07 de agosto de 1991.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial No. 184.487/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília-DF, 24 de novembro de 1998.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautelar No. 2.900-3/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 27 de maio de 2003.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança No. 24.608-0/MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 05 de fevereiro de 2004.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança No. 2.357/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 27 de maio de 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 out. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDEIRO, António Manoel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e do direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da união. (Lei No. 8.794/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, No. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 15 nov. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. *Revista CEJ*. No. 7, Brasília Out./Dez, 2004.

_____. O princípio da confiança legítima e o enunciado No. 362 da IV jornada de direito civil. *Revista CEJ*. N. 40, Brasília, jan./mar. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

PETIT, Eugène Henri Joseph. *Tratado elementar de direito romano*. Trad. Jorge Luis Custódio Porto. Campinas: Russell, 2003.

PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe em el derecho administrativo*. 4. Ed., Madrid: Civitas, 2004.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SUNDFEELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. Ed. São Paulo, Malheiros, 2010.