



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

CAIO LUCIO MONTEIRO SALES

**A BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA
COMO VETORES DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
ESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: RUMO À
EFICIÊNCIA**

Salvador
2012

CAIO LUCIO MONTEIRO SALES

**A BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA
COMO VETORES DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
ESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: RUMO À
EFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro

Salvador
2012

S163

Sales, Caio Lucio Monteiro,

A boa-fé objetiva e o princípio da proteção à confiança como vetores de mitigação do princípio da legalidade estrita na administração pública brasileira: rumo à eficiência / por Caio Lucio Monteiro Sales. – 2012.

207 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

1. Direito administrativo - Brasil 2. Boa-fé (Direito) I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.8106

TERMO DE APROVAÇÃO

CAIO LUCIO MONTEIRO SALES

A BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA COMO VETORES DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: RUMO À EFICIÊNCIA

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Celso Luiz Braga de Castro
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome:
Instituição:

Nome:
Instituição:

Salvador, ____ de _____ de 20 .

A Gilberto e Darci, meus pais e exemplos em
minha vida.
A Vanessa e Priscilla, meus grandes amores.

AGRADECIMENTOS

Não são muitos, mas especiais!

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Celso Castro. Seus ensinamentos não significaram somente lições de Direito, mas, acima de tudo, lições de amor e respeito ao ser humano. Muito obrigado por tudo!

Ao Professor Rodolfo Pamplona, meu mestre de Metodologia da Pesquisa em Direito. Suas aulas, em conjunto com o Professor Nelson Cerqueira, ajudaram a oxigenar minha paixão pelo Direito. Muito obrigado pelo apoio e dedicação a nós, seus alunos.

Ao Professor Durval Carneiro Neto, meu orientador no Tirocínio, com quem tive a honra de conviver e aprender não somente a técnica, mas sobretudo o gosto pela nobre “arte” da docência. Muito obrigado meu mestre e amigo!

Ao Professor Dirley da Cunha Júnior que, mesmo de forma inconsciente, com tratamento sempre muito cortês e humano, me fez acreditar que este sonho seria possível.

Aos amigos, colegas e companheiros de jornada do Curso de Mestrado em Direito da UFBA. Saudades das nossas aulas, dos debates, enfim, daquele agradável convívio. Obrigado a todos!

Aos servidores da Secretaria do PPGD. Agradeço pela cortesia no trato e pela atenção dispensada na condução dos assuntos administrativo-acadêmicos.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Pessoa

RESUMO

A presente dissertação teve por objetivo uma investigação acerca da boa-fé objetiva e da teoria da confiança como vetores de mitigação da legalidade estrita no Direito Administrativo Brasileiro. Por meio de tal pesquisa, procurou-se, ainda, demonstrar como tal mitigação pode contribuir para com a melhoria do nível de eficiência da Administração Pública. Para tanto, iniciou-se o estudo com uma investigação acerca do tema princípios e hermenêutica, intimamente relacionados com a interpretação da boa-fé objetiva e da teoria da confiança como vetores de mitigação da legalidade estrita. Ato contínuo, procedeu-se a um levantamento doutrinário no que toca aos princípios da legalidade e eficiência administrativas, sob o enfoque da juridicidade administrativa. Prosseguiu-se com uma pesquisa acerca da boa-fé objetiva e a teoria da confiança, com destaque para a manifestação da boa-fé objetiva no Direito Administrativo Brasileiro. Por fim, dissertou-se sobre a boa-fé objetiva e suas funções de suprimento de lacunas no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro e de atuação *contra legem* quando da apreciação de cada caso concreto que se apresenta ao administrador público. Concluiu-se ser a boa-fé objetiva um verdadeiro postulado normativo aplicativo e um dos centros de gravidade do Sistema de Normas Administrativas, sendo um dos caminhos para a mitigação da legalidade estrita em busca de uma eficiência administrativa em um Estado Constitucional Democrático de Direito. Vale esclarecer que a metodologia utilizada nesta pesquisa baseou-se em um levantamento doutrinário e jurisprudencial acerca da manifestação da boa-fé objetiva no Direito Administrativo Brasileiro.

Palavras-chave: Direito Administrativo – Boa-fé Objetiva – Teoria da Confiança – Legalidade Estrita - Eficiência

ABSTRACT

This dissertation aimed an investigation of the objective good faith and the theory of trust as vectors mitigation of strict legality in Brazilian Administrative Law. Through this research, we tried to also demonstrate how such mitigation can contribute towards improving the level of efficiency of public administration. Therefore, the study began with an investigation about the topic principles and hermeneutic, closely related to the interpretation of objective good faith and the theory of trust as vectors mitigation of strict legality. Immediately thereafter, proceeded to a survey of doctrinal principles of legality and administrative efficiency, from the standpoint of administrative juridicity. Proceeded with a search on the objective good faith and the theory of trust, especially for the manifestation of objective good faith in Brazilian Administrative Law. Finally, lectured-if about the objective good faith and functions of supply gaps in the brazilian law administrative and actions *contra legem* when assessing each case is presented to the public administrator. The conclusion was that the objective good faith a true postulated and one of the centers of gravity of the System of Administrative Rules, one of the ways to mitigate the strict legality of a search for administrative efficiency in a Democratic Constitutional State Right. It is worth clarifying that the methodology used in this study was based on a survey about the doctrinal and jurisprudential manifestation of objective good faith in Brazilian Administrative Law.

Keywords: Administrative Law – Objective Good Faith - Theory of Trust - Strict Legality – Efficiency

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM BREVE ESTUDO	18
2.1 PRINCÍPIO: ACEPÇÕES DO TERMO. PONTO DE PARTIDA E PONTO DE CHEGADA	18
2.2 PRINCÍPIOS: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	20
2.3 PRINCIPAIS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	27
2.3.1 Princípios e regras segundo Ronald Dworkin	27
2.3.2 A Teoria de Robert Alexy sobre princípios e regras	31
2.3.3 A Teoria dos Princípios segundo Humberto Ávila	36
2.4 HERMENÊUTICA	46
2.4.1 Hermenêutica e interpretação jurídica: dois lados de uma mesma moeda	46
2.4.2 Hermenêutica: origem etimológica e breves considerações sobre a crise na hermenêutica tradicional	47
2.4.3 A Hermenêutica Filosófica	49
2.5 O DIREITO COMO UM SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS: UMA ALUSÃO METAFÓRICA À ORIGEM DA TRAGÉDIA DE NIETZSCHE	54
3 O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA: UM ESTUDO INDISPENSÁVEL	57
3.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO: GÊNESE E RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO	57
3.2 OS ASSIM CHAMADOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	64
3.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: RELATIVOS OU ABSOLUTOS?	73
3.3.1 Os princípios da impessoalidade e da publicidade: mitigação autorizada	73
3.3.2 O princípio da legalidade: uma mitigação possível em face do conceito de juridicidade	75
3.3.3 Moralidade e Eficiência: a impossibilidade de mitigação em sede da atividade administrativa	77
3.3.4 Moralidade e Eficiência administrativas como postulados normativos aplicativos	80
3.4 LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO GERAL: BREVES NOÇÕES SOBRE SUA ORIGEM HISTÓRICA	82
3.5 A CRISE NA CONCEPÇÃO LIBERAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	86
3.5.1 A decadência do mito liberal de supremacia absoluta da Lei	86
3.5.2 As razões da crise democrática: breves reflexões	90
3.6 UM NOVO CAMINHO: A JURIDICIDADE COMO LIMITE DA LEGALIDADE ESTRITA	94
3.7 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: EM BUSCA DE UM SENTIDO CONSENTÂNEO COM O	

ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	97
4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DA CONFIANÇA	102
4.1 UM BREVE ESTUDO ACERCA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	102
4.1.1 A boa-fé como conceito jurídico indeterminado	102
4.1.2 A boa-fé: aspectos históricos	107
4.1.3 Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva	113
4.1.4 Boa-fé objetiva no Direito brasileiro: fundamentos constitucionais e legais	116
4.1.5 As funções da boa-fé objetiva	121
4.2 AS FIGURAS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA	130
4.2.1 Da proibição do <i>venire contra factum proprium</i>	130
4.2.2 Da <i>supressio</i>	132
4.2.3 Da <i>surrectio</i>	133
4.2.4 O <i>tu quoque</i>	135
4.3 ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DA TEORIA DA CONFIANÇA	137
4.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	140
5 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSTULADO E VETOR DE MITIGAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA: EFICIÊNCIA OTIMIZADA	143
5.1 REFLEXÕES INICIAIS	143
5.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONCEITOS DE VETOR	145
5.3 EFICIÊNCIA E EFICÁCIA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA	147
5.4 JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E BOA-FÉ OBJETIVA	150
5.5 A BOA-FÉ OBJETIVA E SUA ATUAÇÃO FRENTE ÀS LACUNAS DA LEI ESTRITA: SEU PAPEL COMO DIRETRIZ METÓDICA	153
5.5.1 Agente Público e Sociedade: algumas considerações acerca do dever de lealdade. Índícios da boa-fé objetiva como postulado normativo	153
5.5.2 Boa-Fé Objetiva como postulado normativo: a razão-mor para a integração normativa como supridora das lacunas da lei estrita	155
5.5.3 O Acórdão 1487/2007 do Tribunal de Contas da União: uma leitura à luz do postulado da boa-fé objetiva	164
5.6 LEGALIDADE ESTRITA X BOA-FÉ OBJETIVA: A EXCEPCIONALIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA <i>CONTRA LEGEM</i>	167
5.7 A PRECLUSÃO LÓGICA E O <i>TU QUOQUE</i> : A BOA-FÉ OBJETIVA COMO UMA VIA DE MÃO DUPLA	174
5.8 EFICIÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM A MITIGAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA VIA BOA-FÉ OBJETIVA	177
5.9 O SISTEMA DE NORMAS ADMINISTRATIVAS: UMA TENTATIVA DE REPRESENTAÇÃO PICTORIAL	184
6 SÍNTESE CONCLUSIVA	188
6.1 PRINCIPAIS EXCERTOS E IDEIAS	188
6.2 ÚLTIMAS REFLEXÕES	196
REFERÊNCIAS	199

1 INTRODUÇÃO

Nos nossos dias, podemos dizer que o desenvolvimento tecnológico contribui sobremaneira para a ocorrência de um dos mais interessantes efeitos do fenômeno da globalização: o aumento da interatividade entre as pessoas. Hoje, alguém no Japão pode, de forma instantânea, participar de uma videoconferência com outras pessoas em qualquer parte do mundo em que se tenha à mão os recursos de tecnologia de informação necessários.

O aumento de tal interatividade se faz não somente entre as pessoas consideradas individualmente, como também em relação aos órgãos oficiais que fazem a diferença para a vida das pessoas. A transmissão ao vivo das Sessões Plenárias do Supremo Tribunal Federal (STF) nos ocorre como um exemplo bastante representativo.

Com base em valores fundamentais próprios de um Estado Constitucional Democrático de Direito, os ministros do STF têm proferido decisões históricas e que aproximam o Direito da vida. Em tal processo de sincronização (mesmo que não instantânea) entre vida e Direito, papel fundamental deve ser creditado aos princípios, como um dos grandes responsáveis pela oxigenação do ordenamento jurídico nacional.

É de fácil constatação, principalmente no campo do direito privado, a enorme influência dos princípios na aplicação do Direito e na interpretação das normas jurídicas. No Brasil, com mais efeito após a promulgação da Constituição de 1988, o estudo acerca da principiologia jurídica expandiu-se, difundindo-se no meio acadêmico e nos Tribunais.

No corpo da Constituição Federal¹, princípios como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I) e da moralidade administrativa (art. 37, caput) reafirmaram a fase de decadência da individualidade e do materialismo exacerbado de épocas de outrora. O que passou a importar foi o ser humano e suas relações entre si e com o Estado, tudo num ambiente de cooperação e colaboração com o fito de alcançar um objetivo maior: o bem estar de todos.

No âmbito do direito privado, princípios como o da dignidade da pessoa

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

humana² e o da função social dos contratos foram definitivamente consagrados no ordenamento jurídico pátrio, mormente após a publicação do Novo Código Civil de 2002.

A partir daquele momento, qual seja o ano de 2003, quando entrou em vigor a nova codificação civil, presenciemos uma mudança no paradigma que lastreava as relações obrigacionais entre os particulares no Brasil. Já não predominava de forma irrestrita o *pacta sunt servanda*, o contrato já não fazia lei entre as partes de forma absoluta e se tornaram comuns as revisões judiciais com vistas ao reequilíbrio das relações obrigacionais.³ Como desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva em sua vertente integrativa, os deveres anexos de informação, lealdade e proteção ganharam força e hoje se destacam no seio das relações contratuais privadas.

No âmbito do Direito Administrativo nem tão rápido e fácil se faz a absorção dos princípios que derogam a supremacia do interesse público frente ao particular, o *pacta sunt servanda* nos contratos administrativos, bem como a legalidade estrita (olhos voltados apenas para a regra escrita) no tocante ao processo administrativo.

No âmbito da Administração Pública, particularmente entre os gestores da coisa comum, a aplicação de princípios ainda se mostra um “perigo” ante a possibilidade de aplicação de sanções aos agentes públicos, notadamente pelos Tribunais de Contas. Por segurança, ainda prevalece a tradicional perspectiva positivista diante das mais diversas situações do cotidiano administrativo.

Cedições de que a atuação dos órgãos de controle internos e externos torna-se cada vez mais intensa em um país de tamanha riqueza tributária e não raros casos de improbidade, os administradores públicos optam por seguir fiel e cegamente a lei escrita, esquecendo-se, ou até mesmo desconhecendo, que as normas não se resumem somente às regras escritas, mas também são compostas pelos princípios.⁴

² Sobre o tema cf. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

³ Sobre o papel do juiz frente ao cenário contratual inaugurado pelo Novo Código Civil de 2002, interessante trabalho foi escrito pela Desembargadora Letícia Sardas, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (SARDAS, Letícia. **O contrato no novo código civil brasileiro**. Aspectos relevantes da intervenção do judiciário. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=66b592ce-dc82-45c7-894a-4ce02e571df8&gro_upId=10136>. Acesso em: 18 set. 2012.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

Tal comportamento, aparentemente mais seguro para o gestor, acaba por subsidiar decisões administrativas que são constantemente questionadas junto ao Poder Judiciário, sendo, por vezes, reformadas.

No campo do processo administrativo, não raras são as situações em que decisões tomadas com base em informações e documentos com vícios formais são anuladas depois de anos, sob o forte argumento de que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios, uma vez que deles não se originam direitos.⁵ Ocorre que várias dessas anulações são derrubadas pelos Tribunais Judiciais em razão de um princípio de força indiscutível, o da confiança, da boa-fé na conduta do Estado e seus agentes.

De forma bastante marcante, na seara das licitações e contratos administrativos, a conduta marcada profundamente pela legalidade estrita traz sérios prejuízos ao processo, tais como suspensões de certames licitatórios e paralisações de obras ou serviços, tudo em face de discussões judiciais de cláusulas contratuais.

Pensamos que, na grande maioria das vezes, uma análise por parte do agente público, sob a ótica principiológica, poderia trazer aos processos a vantagem da tomada de decisão consentânea com os ditames materiais constitucionais. De tal forma, evitar-se-ia o acionamento e a intervenção do Judiciário, normalmente provocado pelo licitante/contratante inconformado com a ofensa a princípios, notadamente o da boa-fé objetiva.

Nesse panorama de apego exacerbado do administrador público à letra fria da lei se insere o tema-problema que abordaremos nesta pesquisa, qual seja a tradicional aplicação, no seio da Administração Pública, do princípio da legalidade estrita em detrimento do moderno conceito de juridicidade. Trata-se da ainda incipiente visão do Direito Administrativo Moderno como um verdadeiro Direito Administrativo Constitucional⁶, assim como o Penal, o Civil e outros.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 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. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 03 jul. 2012.

⁶ Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil, v. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar/abr/maio de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 18 set. 2012.

Podemos dizer que, doutrinariamente, ainda não é um “lugar comum” o tema relativo à aplicação da boa-fé objetiva no Direito Administrativo Brasileiro e que ainda é pequena a disponibilidade de material intelectual acerca do assunto, a despeito de trazer a Lei 9.784/99, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso IV, a boa-fé como standard de conduta da Administração em suas relações com os administrados.⁷

Bastante conhecido do administrador público, no tocante à ética pública, é o princípio da moralidade, entretanto em sua face relacionada aos valores da probidade e honestidade. A boa-fé objetiva e seus institutos derivados da teoria da confiança, tais como o *venire contra factum proprium*, o *supressio*, o *surrectio* e o *tu quoque* são pouco conhecidos e precariamente aplicados pela Administração em sede de processos administrativos.

Uma nova leitura do Direito Administrativo necessita vir à lume, não só no meio acadêmico, mas também no cotidiano da atividade administrativa. Uma Administração Pública que pretenda atingir ótimos patamares de eficiência não pode se descuidar no que toca ao processo como meio, com mais ênfase na conduta estatal leal e condizente com os valores constitucionais. Afinal, pensamos, o moderno conceito de eficiência administrativa tem relação intrínseca com a missão de alcançar o interesse público (e não o estatal) sem atropelar o Direito, ademais no atual estágio de democracia em que vivemos.

Destacamos, assim, a importância do tema em questão, qual seja a atuação da Administração Pública dentro dos parâmetros de lealdade próprios da boa-fé objetiva, sem nos descuidarmos da importância da legalidade estrita, mas alargando e, por vezes, mitigando seu conceito para abrigar o Direito como um todo, o que acreditamos ser um enfoque mais moderno do valor eficiência administrativa.

Considerando a classificação adotada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, o tema da presente pesquisa pertence à Área de Concentração de Direito Público e se insere na Linha de Pesquisa Estado, Constituição e Direitos Fundamentais, mais precisamente no Grupo 4 – Nova Teoria do Direito Administrativo.

Do que podemos expor até o momento, podemos destacar que o

⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

objetivo principal deste trabalho é o de trazer à percepção do administrador público e dos profissionais e protagonistas do Direito a necessidade de mitigação do princípio da legalidade, dando ênfase à “melhor aplicação social do Direito”⁸. Assim, esperamos poder contribuir para a conscientização do administrador público acerca da importância de uma atuação administrativa mais focada no aspecto juridicidade em detrimento do aspecto legalidade estrita, notadamente considerando-se o princípio da boa-fé objetiva.

No que respeita à metodologia adotada para atingir objetivo proposto, realizaremos uma revisão teórica acerca dos temas basilares desta pesquisa: princípios, hermenêutica, legalidade, eficiência e boa-fé, com base na doutrina nacional e estrangeira, notadamente a portuguesa. A demonstração no que tange à aplicação prática da boa-fé objetiva no Direito Administrativo será realizada com o auxílio de jurisprudência acerca do tema.

De forma complementar, com amparo na doutrina levantada, alguns casos concretos da experiência administrativa do pesquisador serão analisados à luz da boa-fé objetiva, assim como uma nova leitura, com base no referido valor, de casos já decididos por Tribunais brasileiros.

Inicialmente, realizaremos um breve estudo acerca de dois temas basilares para nossa pesquisa: princípios e hermenêutica jurídica.

No estudo sobre princípios discorreremos sobre as acepções o termo, conceito e abordaremos as principais teorias pós-positivistas no que toca à distinção entre regras e princípios, com destaque para os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

No estudo sobre o tema hermenêutica, cuidaremos, de forma breve, de esclarecer a distinção entre hermenêutica e interpretação, bem como trataremos da origem etimológica do termo e da crise na hermenêutica tradicional. Abordaremos alguns pontos sobre a hermenêutica filosófica e, por fim, faremos uma alusão metafórica à origem da tragédia de Nietzsche no que concerne ao Direito como um Sistema de regras e princípios.

A seguir, um estudo indispensável sobre o Direito Administrativo e os princípios da legalidade e da eficiência.

⁸ Para nós, a “melhor aplicação social do Direito” está relacionada com o atendimento das necessidades da sociedade e não das demandas estatais. Em sede de Direito Administrativo entendemos não ser muito incomum a confusão, voluntária ou involuntária, entre os interesses do Estado (tidos equivocadamente como públicos) e os dos cidadãos (os verdadeiramente públicos).

De início, faremos uma breve exposição sobre a gênese do Direito Administrativo e sua relação com o constitucionalismo. Em seguida, uma breve exposição doutrinária acerca dos assim chamados princípios constitucionais da Administração Pública, quando faremos, ainda, uma reflexão acerca da possibilidade ou não de mitigação de cada um deles, o que permitirá a introdução da noção de postulados normativos no que toca aos princípios da moralidade e da eficiência.

Ato contínuo, abordaremos o princípio da legalidade, sua origem histórica, relacionada ao liberalismo e a posterior crise em face da decadência do mito liberal da supremacia absoluta da lei. Traremos à reflexão a crise no sistema democrático e sua relação com a mitigação da legalidade estrita. Finalizaremos o tema legalidade com uma breve exposição acerca do princípio da juridicidade como limite da legalidade estrita. Por fim, a eficiência administrativa será lida à luz do atual Estado Constitucional Democrático de Direito.

A boa-fé objetiva e a teoria da confiança inaugurarão o capítulo seguinte de nosso trabalho. Inicialmente, faremos uma breve reflexão, com base doutrinária, acerca do enquadramento da boa-fé como conceito jurídico indeterminado para, logo em seguida, abordarmos alguns aspectos históricos da boa-fé, passando pelos modelos romano, francês e germânico. Trataremos da distinção entre os aspectos subjetivo e objetivo da boa-fé e passaremos a expor os fundamentos constitucionais e legais da boa-fé objetiva no direito pátrio.

Exploraremos o terreno pertinente às funções da boa-fé objetiva, bem como suas figuras parcelares: a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*. Encerrando o capítulo, passaremos a uma breve exposição sobre a Teoria da Confiança e alguns apontamentos acerca da boa-fé objetiva no Direito Administrativo Brasileiro.

Como ponto principal deste trabalho, no capítulo final trataremos da boa-fé objetiva como vetor e postulado de mitigação da legalidade estrita, tendo por consequência a otimização da eficiência administrativa. Procuraremos estabelecer algumas considerações acerca do conceito de vetor, com base em diversas áreas do conhecimento humano, bem como a distinção entre eficiência e eficácia será elucidada.

Passaremos a tratar da boa-fé objetiva e sua relação com a juridicidade já estudada. Na continuidade, a boa-fé objetiva será tratada como um postulado normativo, com amparo na doutrina de Humberto Ávila, funcionando como diretriz

metódica no suprimento de lacunas da lei estrita, bem como no tocante à excepcionalidade da atividade administrativa *contra legem*.

Após a exposição das ideias inerentes à mitigação da legalidade estrita via boa-fé objetiva, passaremos a tratar da relação de tal processo com a eficiência administrativa. Finalmente, apresentaremos uma representação pictorial do Sistema de Normas Administrativas, cujo centro de gravidade teria como um dos seus elementos o postulado da boa-fé objetiva.

Apresentaremos, por derradeiro, a conclusão da presente pesquisa na forma de síntese dos principais pontos abordados no trabalho.

Por agora, oportuno trazer ao bojo desta pesquisa uma pequena passagem do romance *Porta de Minerva*, de Branquinho da Fonseca. No livro, que descreve o cotidiano dos estudantes da Universidade de Coimbra no início do século XX, sob a ótica de Bernardo Cabral, estudante de Direito e personagem principal, destacamos uma passagem em que o mesmo relata seu desinteresse pela área jurídica por entender ser o Direito “[...] coisa estéril e bafienta, negativa e imobilizadora do homem.”⁹ No entanto, outro estudante, Albuquerque, discordaria de tal pensamento. Para ele, a ciência jurídica “[...] pode ser construtiva e viva como qualquer outra ciência. Depende do espírito que lhe toque [...]”.¹⁰

Ao iniciar esta pesquisa, nosso espírito é de colaboração. Pretendemos somar nosso esforço acadêmico aos estudos desenvolvidos por aqueles que acreditam e que buscam um Direito Administrativo diferente daquele nascido do movimento revolucionário francês de 1789.

Assim, esperamos que este estudo seja visto como o caminho que encontramos para externalizar nossa preocupação com o descompasso existente entre uma leitura rígida e engessada do Direito Administrativo Brasileiro e o atual Estado Constitucional Democrático de Direito, centrado na dignidade da pessoa humana e em uma relação de lealdade entre governantes e governados, administradores públicos e administrados.

Essa nova visão do Direito Administrativo pode e deve ser divulgada e difundida nos meios acadêmico e funcional, aproximando cada vez mais a Administração Pública da gestão do interesse público e não somente do interesse estatal.

⁹ FONSECA, Branquinho da. **Porta de Minerva**. 3. ed. Lisboa: Portugalia, 1968. p. 82.

¹⁰ *Ibid.*, p. 82.

Assim como a Universidade de Coimbra fez diferença na vida de Bernardo, que este trabalho possa trazer uma singela contribuição com vistas a ofuscar o sentido oitocentista da legalidade administrativa, em prol do moderno conceito de juridicidade, mormente em face da boa-fé objetiva, reforçando os ventos na direção de um Direito Administrativo Constitucional.

Eis o nosso compromisso!

2 PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM BREVE ESTUDO

2.1 PRINCÍPIO: ACEPTÕES DO TERMO. PONTO DE PARTIDA E PONTO DE CHEGADA

Dignidade da pessoa humana: talvez, hoje, a expressão que mais se ouve, se lê e se escreve no mundo jurídico. Como baluarte de uma nova era de valorização do ser humano, atua com força normativa, a despeito de se tratar de um valor, que se superpõe à norma escrita. Tem um quê de abstratividade, mas se revela de uma concretude capaz de alterar os rumos de toda uma sociedade. É hoje base do ordenamento jurídico e por ser basilar é, na verdade, tratada como um princípio.¹¹

Na Bíblia o termo princípio aparece como indicativo de origem, início. Teologicamente, Deus é o princípio de tudo, fonte de todas as coisas.¹² Estamos aqui diante de uma acepção bíblica do termo, ou seja, princípio como o ponto de partida de tudo o que hoje conhecemos como mundo. A natureza, o planeta, os seres vivos, tudo teria como princípio Deus. Entretanto, somando-se a essa acepção, uma outra merece nossa atenção: a de princípio como valor.

Considerado como a manifestação de um valor temos de, preliminarmente, chamar a atenção para a conduta humana. É por meio da ação, da conduta, que o Homem, como animal racional, realiza seus trabalhos e modifica o mundo em que vive. Constrói prédios, estradas, automóveis, desenvolve pesquisa nas diversas áreas do conhecimento, cria o Direito, enfim, usa a inteligência e a razão para se diferenciar dos animais irracionais. Em termos de conduta humana, são os princípios verdadeiros valores que acabam por influenciar o comportamento das pessoas. Mas, afinal, o que queremos dizer com ponto de partida e ponto de chegada?

¹¹ Sobre o tema Dignidade da Pessoa Humana cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 03 out. 2012.

¹² O Evangelho Segundo João 1:1 traz: “No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por ele, e sem ele nada do que foi feito se fez. Nele estava a vida, e a vida era a luz dos homens.”(BÍBLIA. Português. **Novo Testamento**: salmos e provérbios. Tradução de João Ferreira de Almeida. Campinas: Os Gideões Internacionais no Brasil, 2005. p. 79).

Como ponto de partida estamos a nos referir à função legisferante do Estado. O legislador, ao criar a Lei, se baseia em valores representados pelos princípios. É certo que alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana, se aplicam e devem nortear o legislador em qualquer ramo e especialidade jurídica. Entretanto, alguns princípios são mais aplicados a determinadas áreas do Direito. Assim, exemplificativamente, ocorre com a tipicidade no direito penal, a anterioridade no direito tributário, a supremacia do interesse público sobre o particular no direito administrativo, dentre outros.¹³

Dizemos, pois, ponto de partida em face da necessidade de observância, por parte do legislador, quando da edição das normas, das diversas especificidades de cada ramo da ciência jurídica. Dito de outro modo, cada ramo do Direito se fundamenta em valores específicos, representados pelos princípios, e que servem de ponto de partida e verdadeiro norte para o legislador quando da edição das normas.

Como ponto de chegada, estamos a considerar a atividade de interpretação das normas jurídicas. A atividade de aplicação do Direito, seja pelo Estado-Juiz, seja pelo Estado-Administração, se revela como verdadeiro ponto de chegada, uma vez que concretiza a finalidade precípua da norma, qual seja a regulação da vida em sociedade.

O legislador, ao editar a Lei, não é capaz de esgotar todas as situações da vida, mormente em um mundo globalizado, em crescente evolução. O que era imoral em épocas passadas, pode ter se tornado natural ou socialmente aceitável nos dias atuais. Exemplo disso foi a descriminalização do adultério¹⁴, em face do princípio da adequação social. São os princípios que, na atividade interpretativa, oxigenam a legislação, proporcionando dinamicidade ao Direito.

Entendemos que os princípios são os grandes responsáveis pela oxigenação do fato social que aqui tratamos, qual seja, o Direito. Mas o que podemos entender por fato social? O conceito de fato social foi proposto pelo filósofo francês

¹³ Não estamos a afirmar que há princípios “exclusivos” de determinados ramos do direito. Afinal, se princípios são representativos de valores de uma determinada sociedade, entendemos que sua setorização não se coadunaria com seu caráter de fundamento do ordenamento jurídico como um todo. O que ocorre é que alguns princípios se manifestam com maior força em alguns ramos do direito do que em outros. A tipicidade, por exemplo, relaciona-se classicamente ao direito penal, mas também é um importante princípio do direito tributário. A moralidade é tida como princípio constitucional administrativo, mas não há como pensar o Direito divorciado dos valores morais.

¹⁴ Revogado pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, o art. 240 do Código Penal previa o crime de adultério, com pena de detenção, de quinze dias a seis meses.

Émile Durkheim, em 1895, como sendo “toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade [...]”¹⁵.

Assim, podemos entender o Direito, como um conjunto de normas, escritas ou não, que balizam a conduta das pessoas pertencentes a um determinado grupo social em determinada época. Dentro de tal perspectiva, as normas escritas são as que predominam, entretanto, a evolução da sociedade e dos valores ocorre em uma velocidade que não se faz acompanhar das alterações legislativas. É a chamada patologia do fato social.¹⁶

Podemos dizer, metaforicamente, que uma norma escrita que não acompanha a evolução do mundo dos fatos pode ser comparada ao atleta que sofre de uma patologia respiratória e, não conseguindo acompanhar o ritmo dos demais em uma corrida, necessita receber oxigênio para poder continuar seu desafio. Da mesma forma, o Direito escrito perde o fôlego durante a corrida evolutiva da sociedade humana e necessita de uma fonte de renovação, uma verdadeira oxigenação, o que se dá com a aplicação dos princípios em face da interpretação jurídica.

Neste ponto, entendemos ser de extrema importância buscar um conceito jurídico para os princípios e traçar um pequeno esboço acerca da trajetória evolutiva de sua importância para a ciência jurídica.

2.2 PRINCÍPIOS: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Estabelecer um conceito não é tarefa fácil e, no caso dos princípios, muitos são os registros de vários estudiosos do direito em busca de uma conceituação. O que podemos perceber nas diversas conceituações que passaremos a visitar é a grande preocupação dos doutrinadores em diferenciar princípios de regras. Tal diferenciação, por vezes, chega a fazer parte do próprio conceito apresentado.

¹⁵ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 40.

¹⁶ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011.p. 67-90.

Robert Alexy conceitua princípios como “[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]”.¹⁷

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão [...]”.¹⁸

Tratando do tema normas jurídicas constitucionais, Luís Roberto Barroso ensina que “as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios.”¹⁹

O jurista continua seu escólio tratando das principais diferenças entre regras e princípios. Regras são normas predominantemente descritivas, que são aplicadas na modalidade tudo ou nada e que por isso tornam o direito mais previsível e seguro. Já os princípios são normas predominantemente finalísticas, aplicadas conforme uma dimensão de peso aferida em um processo de ponderação e que melhor realizam o ideal de justiça, por aproximarem o intérprete da melhor solução para o caso concreto, em face de sua função integrativa.²⁰

Flávio Galdino também trata os princípios como normas jurídicas, as quais “[...] estabelecem fins (determinados ‘estados de coisas’) a serem atingidos pelos respectivos destinatários sem especificarem com precisão os comportamentos (os meios) a serem observados”.²¹

A conceituação de princípios como normas jurídicas também está presente nas lições de Dirley da Cunha Júnior, para quem os princípios “[...] obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providos de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores) [...]”.²²

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

²⁰ Ibid., p. 205-209.

²¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 31.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 156-157.

Destacando os princípios como alicerce de uma ciência, Cristiano Chaves de Farias os define como “[...] as proposições básicas genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa.”²³

Considerando o ramo do Direito a que nos dedicamos nesta pesquisa, importante destaque da relevância dos princípios para o direito administrativo é dado por Marçal Justen Filho²⁴:

Os princípios apresentam enorme relevância no âmbito do direito administrativo. Tal deriva de que a atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação no tocante ao fim a ser atingido. Em inúmeras oportunidades, o direito não estabelece a conduta satisfatória. A escolha da conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivalerá a consagrar a liberdade para o agente escolher como bem entender. Nessas situações, pode haver alguma liberdade de autonomia quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo adequado para evitar escolhas inadequadas. Pode-se dizer, então, que os princípios desempenham função normativa extremamente relevante no tocante ao regime de direito administrativo. Com algum exagero, poder-se-ia afirmar que os princípios possuem influência mais significativa no direito administrativo do que no direito privado.

Enfim, muitas outras definições e conceituações poderiam ser aqui transcritas, mas, ao menos por agora, entendemos que a ideia de princípios como verdadeiros guias do intérprete na aplicação das normas jurídicas, notadamente das regras, sempre na direção de um estado ideal de coisas, é o que devemos destacar de mais importante neste início.

Contudo, como mencionado por alguns dos autores citados, o termo princípio tem estreita relação com valores. É muito comum a afirmação de que os valores de uma determinada sociedade se alteram em face do tempo ou espaço, o que podemos ilustrar com a recente medida legislativa que culminou com a descriminalização do adultério, conforme já nos referimos na seção 2.1 desta pesquisa.

À época de aprovação do Código Penal Brasileiro (década de 40), a sociedade se caracterizava por ser extremamente patrimonialista e a proteção do casamento como única instituição capaz de originar uma família justificava a punição penal da traição representada pelo adultério. A proteção da instituição casamento era

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil** – teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.109.

de enorme importância naquele tempo, a importância das coisas era maior do que a das pessoas, ou seja, o valor fidelidade estava mais ligado ao aspecto patrimonial do casamento do que ao aspecto emocional.

Ocorre que nos dias atuais, sob a égide da Constituição de 1988, a família passou a ser constituída de outras formas, que não somente o casamento²⁵. As relações patrimoniais perderam em importância para as relações afetivas, emocionais, o ser humano passou a importar mais do que as coisas. O valor fidelidade passou a se relacionar com maior intimidade ao aspecto sentimental, privado, particular de cada pessoa, não mais merecendo a reprimenda penal por parte do Estado. Mas o que realmente ocorreu foi uma alteração no valor fidelidade ou algum outro fenômeno?

Em busca de uma teoria dos valores jurídicos, Glauco Barreira Magalhães Filho explica que, na realidade, os valores são imutáveis, o que muda de acordo com o tempo ou espaço é o relativo conhecimento dos fatos e a capacidade do ser humano de dimensioná-los axiologicamente. O autor exemplifica com o valor justiça. No tratamento desigual entre homens e mulheres nas culturas orientais, o valor justiça tem a mesma carga de significação daquele existente nas culturas ocidentais, qual seja, o tratamento igual aos iguais.²⁶

O que acontece, com relação aos orientais, é a equivocada percepção de que a mulher é inferior ao homem, notadamente em razão de sua essência física. Ocorre que, a despeito de uma fragilidade física da mulher em relação ao homem, a capacidade de raciocínio é idêntica. Como o aspecto humanidade está assentado na

²⁵ Citemos a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante ao reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar, em face do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. A evolução dos valores sociais se mostrou decisiva para a decisão da Corte Suprema Brasileira. A realidade social na qual estava inserido o constituinte de 1988 era, no tocante às relações homoafetivas, bastante diferente da vivenciada nos dias atuais. O país, ainda muito influenciado pelo tradicionalismo cultural, notadamente em relação à família, ainda destilava muito preconceito em relação ao tema opção sexual das pessoas. Não nos esqueçamos que, àquela época, com o surgimento da AIDS e sua vinculação preconceituosa aos homossexuais, o ambiente de não aceitação das uniões homoafetivas era bastante significativo. Tal estado de coisas, sob uma análise objetiva, justificava social e culturalmente a permanência da norma restritiva do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ou seja o reconhecimento da entidade familiar somente entre pessoas de sexos diferentes. No entanto a sociedade evoluiu, o preconceito, apesar de não ter desaparecido, também sofreu decréscimo, ou seja, hoje, as circunstâncias já não são as mesmas de 1988. Para adaptar o texto da Constituição à nova realidade social, o STF acabou por reconhecer, em 5 de maio de 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

²⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 163-165.

racionalidade, homens e mulheres são iguais, merecendo tratamento igual e justo. O sentido de justiça não se alterou, mas sim a errônea percepção da desigualdade.²⁷

No exemplo do valor fidelidade, podemos dizer que o que se alterou não foi a carga axiológica do comportamento fiel entre marido e esposa, mas a correção da falsa noção de que a fidelidade transbordaria a esfera emocional e de foro íntimo, merecendo a reprimenda estatal, para uma ideia mais consentânea com a realidade afetiva que hoje vivemos. O valor fidelidade, como significativo de um comportamento leal, de não traição, permanece inalterado, o que restou alterado foi seu peso e importância em sede da necessidade de uma punição por parte do Estado.

A relação entre princípios e valores é também estudada por Glauco Barreira Magalhães Filho. Para o pesquisador, os valores são transcendentais e suas exigências imutáveis são intuídas por meio da emoção. Sob o prisma da razão, os valores tomam a forma de princípios. A depender do contexto sócio-cultural, tais princípios moldam normas de conduta, as quais serão mutáveis, a depender da evolução da sociedade.²⁸

Logo, podemos dizer que os princípios são formas de manifestação de valores no seio de determinada sociedade, servindo como normas de adaptação do Direito à vida social em sua evolução no tempo e no espaço.²⁹ Imaginemos o valor interesse público como preponderante em termos da atuação da Administração Pública.

Considerando o Estado Burocrático, anterior à Constituição de 1988, o princípio da legalidade estrita poderia ser considerado como a máxima manifestação da defesa do interesse público, em face da limitação do poder estatal, notadamente contra a arbitrariedade. Hoje, já sob o manto de um Estado Gerencial, mormente após a Emenda Constitucional 19/98, a legalidade estrita vai cedendo espaço ao conceito de juridicidade em prol da máxima realização do princípio da eficiência, atualmente, a manifestação maior do interesse público. Trataremos mais amiúde deste tema em momento oportuno.

²⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 163-165.

²⁸ Ibid., p. 174-175

²⁹ A despeito de nosso posicionamento no que tange à íntima relação entre princípios e valores, vale citar o pensamento dissonante de Lenio Luiz Streck para quem é um equívoco se pensar que princípios são valores. Cf. entrevista de Lenio Streck publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, out/nov/ dez 2011, v. 81, n. 4, ano XXIX. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

Em termos de evolução histórica, podemos dizer que os princípios nem sempre foram considerados como espécies de normas jurídicas e seu grau de importância em relação à aplicação do Direito também evoluiu com o passar do tempo.

Podemos destacar três fases de evolução da principiologia jurídica: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.³⁰

Durante a fase jusnaturalista, que se inicia no século XVI e vai até a elaboração dos códigos, notadamente o napoleônico, após a Revolução Francesa, os princípios não tinham normatividade jurídica. Eram representados por valores naturais que transcendiam o poder normativo do Estado. Nas palavras de Paulo Bonavides, representavam uma “[...] especulação metafísica e abstrata [...]”.³¹

Como dito, a elaboração dos códigos escritos pelas nações civilizadas inaugurou a fase positivista. Para Norberto Bobbio, a teoria do ordenamento jurídico, que tinha em Hans Kelsen a sua mais coerente expressão, tinha como base três caracteres fundamentais: a unidade, a coerência e a completude. Três aspectos que faziam com que o Direito, no seu conjunto, fosse considerado uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituíam.³²

Ainda tomando por empréstimo as lições de Bobbio, a completude seria a mais importante das três características mencionadas, pois teria estreita relação com o aspecto certeza do direito, ideologia principal do movimento jurídico positivista [podemos aqui deduzir a extrema importância e prevalência da norma escrita para o positivismo]. Afirmar a completude do sistema jurídico era o mesmo que negar que existissem lacunas na lei. Tal inexistência de lacunas seria demonstrada por meio de duas teorias diversas: a do espaço jurídico vazio e a da norma geral exclusiva.³³

Para os adeptos da teoria do espaço jurídico vazio, não haveria lacunas no Direito, pois se existisse uma norma jurídica que regulasse determinado fato, evidentemente não caberia se falar em lacunas. Mas se existisse um fato que não fosse regulado por norma alguma, tal fato estaria fora da esfera do Direito, sendo um

³⁰ BALBINO, Juliana Lamego. **O princípio do não-confisco no direito tributário brasileiro**. 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2007. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2012/julianalamegobalbinooprincipiodonaconfisconodireitotributariobrasileiro.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2012.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 265.

³² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 198.

³³ Ibid., p. 207-208.

irrelevante jurídico. Seria como um rio com as duas margens. Além das margens não existiria lacuna do rio, mas sim terra firme, que não se confundiria com o rio. Se não houvesse norma para determinado fato, tal fato se situaria fora dos limites do Direito, numa esfera diferente da jurídica.³⁴

Por meio da teoria da norma geral exclusiva se afirmava que não haveria fatos juridicamente irrelevantes e não se poderia falar em lacunas. Cada norma jurídica particular que submetesse certos atos à sua regulamentação traria implícita uma segunda norma que excluiria da regulamentação da norma particular os fatos não previstos por ela [a particular]. A regulamentação de tais atos excluídos da regulamentação da norma particular seria antitética. Se uma norma previsse que seria proibida a importação de cigarros, a importação de carros [na ausência de norma específica para carros] estaria permitida por ser antitética à proibição de importação de cigarros. A permissão de importação de carros seria uma norma geral exclusiva em relação à norma particular referente aos cigarros.³⁵

A despeito de tais teorias de completude do sistema jurídico, o positivismo jurídico admitia a existência de casos em que haveria um certo descompasso entre a letra e o espírito da lei ou entre a vontade expressa e a vontade presumida do legislador, não havendo uma abrangência total e completa por parte da lei de todos os casos que o legislador pretendia disciplinar. Em tais casos, já fora da teoria da norma, a tarefa de complementação das normas ficaria a cargo da interpretação, notadamente textual, mas com possibilidade de socorro de meios de integração, mormente o uso da analogia juris e dos princípios gerais do ordenamento jurídico.³⁶

Podemos concluir que, naquela fase positivista, na busca, em último caso, dos princípios gerais do ordenamento para integrar o sistema jurídico em face de casos não cobertos pela lei ou pela analogia legis, os princípios tinham um papel secundário, subsidiário, ainda sem a força normativa que possuem hoje.

Entendemos que, com o advento da Segunda Grande Guerra e os horrores patrocinados pelo regime nazifascista, o positivismo perdeu força. A obediência irrestrita à lei, sem consideração a aspectos éticos e morais, acabou por conceder, tecnicamente sob o enfoque positivista, validade a um sistema jurídico

³⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 208.

³⁵ Ibid., p. 209.

³⁶ Ibid., p. 211-220.

como o nazista, responsável por atos de extrema crueldade contra todos aqueles que não pertencessem à raça ariana.

Estava inaugurada a fase pós-positivista, com enfoque em um sistema jurídico constituído não só por regras, mas também por princípios, os quais passaram a integrar o corpo de Constituições, como a brasileira de 1988, com elevado poder normativo.

Em face do pós-positivismo restou bastante aclarada a discussão acerca da relação entre normas, princípios e regras. O sistema jurídico passou a ser entendido como um sistema de normas. Assim, o gênero norma jurídica passou a ser integrado por duas espécies: as regras e os princípios. Nesse sentido as lições de Canotilho, para quem o sistema jurídico é um sistema normativo de regras e princípios.³⁷

Vários foram e são os autores pós-positivistas que trataram e tratam do tema, notadamente a distinção entre regras e princípios. Por questões de racionalidade, passaremos doravante a expor, de forma breve, os principais pontos da teoria de princípios proposta por Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

2.3 PRINCIPAIS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

2.3.1 Princípios e regras segundo Ronald Dworkin

Em sua obra escrita em 1977, *Levando os Direitos a Sério*, o norte-americano e filósofo do Direito Ronald Dworkin trata do tema regras e princípios, bem como de sua caracterização e distinção. O autor, na verdade, estabelece uma crítica ao positivismo quando afirma que padrões não são estabelecidos somente por regras, mas também por políticas, princípios e outros.³⁸

Para melhor entendimento e distinção, Dworkin faz a diferenciação entre políticas e princípios³⁹, conceituando e exemplificando. Política é “aquele tipo de

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1123.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-36.

³⁹ Em relação ao tema princípios e políticas, vale destacar o pensamento de Lênio Streck, exposto em entrevista publicada na *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. O jurista faz uma crítica ao que chama de “panprincipiologismo”, ou seja, uma fabricação de princípios para a solução de

padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...].” O autor exemplifica dizendo que o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos trata-se de política.⁴⁰

Já no que toca a princípio, Dworkin o define como um padrão que dever ser observado, não visando o alcance de níveis econômico, político ou social adequados, “[...] mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. O exemplo citado como princípio é aquele que nos traz a mensagem de que nenhum homem pode se beneficiar de seus próprios delitos.⁴¹

Com base nos ensinamentos do norte-americano, se tomarmos a Constituição Federal⁴² de 1988, em seu art. 3º, estaremos diante de verdadeiras políticas. Dito de outra forma, os objetivos ali expostos devem ser entendidos como metas que devem ser alcançadas em prol de toda a coletividade. Já a dignidade da pessoa humana, expressa no art. 1º, inciso III, também da Constituição⁴³, se destaca como verdadeiro princípio a ser observado como padrão em todas as relações entre as pessoas e entre elas e o Estado.

Após a distinção entre políticas e princípios, o autor, com o auxílio de vários exemplos, passa a estabelecer a distinção entre princípios jurídicos e regras. Cita um caso julgado pelo tribunal de Nova Iorque, em 1889. Um homem nomeou em testamento o seu neto como herdeiro. Entretanto, o neto assassinou o próprio avô com a finalidade de receber a herança. Numa análise estritamente sob o prisma das regras, a herança seria recebida pelo neto, por estar formalmente perfeita em face do testamento regular. Mas sob o enfoque do princípio de que ninguém deve se

todos os problemas, inclusive no que toca à interpretação constitucional. Para Streck, a interpretação da constituição de forma exageradamente principiológica acaba por reforçar a discricionariedade, uma das grandes inimigas da democracia. Na visão do jurista, para que haja democracia, mister se faz que haja controle, mas não somente com base em princípios, mas também em políticas. Com base no pensamento de Streck, podemos inferir que os objetivos políticos trazidos no bojo da Constituição de 1988 podem ser considerados aliados na luta contra a discricionariedade na interpretação constitucional. (Entrevista publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, out/nov/dez 2011, v. 81, n. 4, ano XXIX. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2012).

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁴¹ DWORKIN, loc. cit.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

beneficiar da própria fraude e atos ilícitos cometidos, a herança não seria devida. E assim decidiu o tribunal, não permitindo que o assassino viesse a tomar posse da herança.⁴⁴

Um segundo caso mencionado foi o de um julgado do tribunal de Nova Jérsei, em 1969. Em um contrato de compra e venda de um automóvel, o fabricante do equipamento estipulou que sua responsabilidade sobre defeitos se limitava à troca de peças defeituosas no veículo. Um comprador, após a ocorrência de um acidente em face de defeito no automóvel, questionou judicialmente que a responsabilidade do fabricante, naquele caso específico, não deveria somente se limitar ao conserto de peças defeituosas, mas sim abarcar as despesas médicas e de outros tipos, no tocante às pessoas envolvidas no acidente. O tribunal deu razão ao comprador, uma vez que o contrato não poderia ser instrumento de injustiça e de aproveitamento de uma parte sobre a outra e sob o princípio máximo no direito anglo-americano de que os tribunais não poderiam ser usados como instrumentos de injustiça e iniquidade.⁴⁵

Dworkin afirma ser a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas de natureza lógica. Para ele, “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares [...], mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.”⁴⁶

As regras podem conter exceções, as quais devem estar expressas para que as mesmas sejam completas. Imaginemos um exemplo em um esporte tão familiar aos brasileiros – o futebol. Diz a regra que se um jogador toca voluntariamente na bola com as mãos dentro do espaço da pequena ou da grande área de seu time, será marcado pelo juiz o famoso pênalti. É uma regra do tudo ou nada, ou seja, ao se tocar voluntariamente na bola com as mãos dentro do citado espaço, marca-se o pênalti. Mas há exceção, como no caso do goleiro, que pode tocar com as mãos na bola dentro daquele espaço. Logo, tal exceção deve vir expressa na regra sob pena de a mesma se mostrar incompleta e ser aplicada de forma injusta.

No caso dos princípios, não se pode aplicar essa regra do tudo ou nada. Para Dworkin, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 37.

⁴⁵ Ibid., p. 38-39.

⁴⁶ Ibid., p. 39.

dadas.”⁴⁷ Ou seja, quando se raciocina com princípios, não devemos pensar em uma perfeita subsunção do caso concreto ao enunciado de um princípio, como acontece com as regras.⁴⁸

O autor faz novamente uso do exemplo, já mencionado, do fabricante de automóveis. Naquele julgamento, em sua fundamentação, o tribunal de Nova Jérsei considerou que, em face da essencialidade do automóvel para a vida das pessoas e dos riscos que envolviam motoristas, passageiros e o público, o fabricante deveria ter uma obrigação especial em relação aos carros fabricados. Tal princípio, na verdade, estava a conduzir o julgador a decisões distintas no caso de defeito em um automóvel ou em uma gravata fabricada por uma indústria têxtil. A obrigação especial, no primeiro caso, ensejaria uma responsabilidade do fabricante bem mais larga do que no segundo.⁴⁹

Além dessa diferenciação de natureza lógica, notadamente na orientação na tomada de decisão, ou seja, o tudo ou nada para as regras e a análise de cada caso concreto para os princípios, há uma outra dimensão diferenciadora. “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância.”⁵⁰

A importância de princípios em colisão deve ser analisada em cada caso concreto, quando se determinará a força relativa de cada um, como no caso da colisão entre os princípios da proteção aos compradores de automóveis por um lado e o da liberdade contratual de outro.⁵¹ Podemos concluir que os princípios coexistem em caso de colisão, o que vai definir a conduta ou a decisão a ser tomada é a preponderância de um em face do outro, em determinada situação.⁵²

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

⁴⁸ A ideia de aplicação imediata, no caso das regras, e a dificuldade de uma perfeita subsunção ao caso concreto, no que tange aos princípios, encontra eco no pensamento de J. J. Gomes Canotilho. Para o jurista português, um dos critérios para se estabelecer uma distinção entre regras e princípios é o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto. Para ele, os princípios necessitam de mediações para sua aplicação, o que não ocorre com as regras, as quais podem ser aplicadas de forma direta (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 166).

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

⁵⁰ DWORKIN, loc. cit.

⁵¹ DWORKIN, loc. cit.

⁵² Como será visto adiante, a colisão entre princípios também é estudada por Alexy, que propõe uma operação de sopesamento entre eles (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94).

No que toca às regras, as lições de Dworkin são em sentido oposto. Para o autor, as regras não têm dimensão de peso.⁵³ Existe sim, no caso das regras, uma importância funcional. Determinadas regras podem ser importantes ou desimportantes e, em caso de colisão, a regra importante suplantar a oposta (dessa forma, a desimportante).⁵⁴

A despeito da contribuição de Dworkin para a ciência jurídica no que concerne ao tema princípios e regras, um outro autor, de nacionalidade alemã, desfruta de grande respeito no que toca aos seus ensinamentos sobre o assunto: Robert Alexy.

2.3.2 A Teoria de Robert Alexy sobre princípios e regras

Em termos de discussão acerca do tema regras e princípios, um dos autores de peso que trata do assunto é o alemão Robert Alexy. Dentre diversas obras e artigos publicados, destaca-se o livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, publicado na Alemanha em 1986. Traduzida para o português por Virgílio Afonso da Silva, a obra traz o pensamento de Alexy sobre o conceito de norma e sua divisão em regras e princípios, o que passaremos a expor de forma sucinta doravante.

Um dos primeiros pontos discutidos pelo autor diz respeito ao conceito de norma. Segundo Alexy, “o conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos”.⁵⁵ O autor continua, dizendo que o conceito de norma não se restringe somente ao Direito como ciência, mas também é usado em outras ciências como a Sociologia, Filosofia Moral e Etnologia.⁵⁶

Podemos acrescentar que o conceito de norma faz parte do nosso cotidiano. Uma norma da boa educação recomenda que as pessoas, durante o ato de

⁵³ Neste ponto, Humberto Ávila discorda de Dworkin. Para o jurista brasileiro, não somente os princípios possuem uma dimensão de peso, mas também as regras exigem o sopesamento de razões, cujo grau de importância será definido pelo aplicador (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 59). Já Virgílio Afonso da Silva é dissidente em relação ao pensamento de Ávila, ao afirmar que a interpretação é uma atividade inerente a textos que expressem regras ou princípios, mas o sopesamento é uma atividade que se aplica somente a princípios (SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, 2003, p. 617).

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51.

⁵⁶ ALEXY, loc. cit.

se alimentar, o façam de lábios cerrados e sem falar e mastigar ao mesmo tempo. Uma norma de trânsito impede que paremos nosso automóvel em cima de uma faixa de pedestre.

Podemos perceber que estamos diante de modelos desejados de comportamento que derivam, ora de fontes não escritas, como no caso das normas de boa educação, ora de fontes escritas, como no caso da legislação de trânsito.⁵⁷ E quando abrimos um Código Civil, ou um Código Penal, estamos diante de uma norma ou de um texto?

Robert Alexy responde à nossa indagação por meio da diferenciação entre norma e enunciado normativo.⁵⁸ O autor se vale, a título de exemplo, do art. 16, § 2º, 1, da Constituição Alemã. Traz o referido dispositivo que “nenhum alemão pode ser extraditado”. A norma trazida pelo texto citado é a de que nenhum alemão pode ser extraditado, o que também poderia ser escrito de outras formas: “é proibido extraditar alemães”, “alemães não podem ser extraditados” ou ainda, “alemães não serão extraditados”. O texto, na verdade, é o enunciado normativo. Mas também existem normas sem enunciados, como as luzes de um semáforo, exemplo citado por Alexy.⁵⁹

Neste ponto, podemos fazer referência, exemplificativamente, ao nosso Código Penal. O enunciado normativo do art. 121, “matar alguém”, na realidade traz a norma de que não é permitido matar uma pessoa, sob pena das sanções descritas no seu preceito secundário. Enfim, o que podemos dizer, com base nos ensinamentos de Alexy, é que todo enunciado normativo contém uma norma, mas a existência de uma norma não pressupõe a de um enunciado normativo.

Na obra de Alexy, o enfoque está nas normas de direitos fundamentais, mas não há óbices em alargar a teoria para outros direitos não fundamentais. O autor continua sua doutrina explicando a composição estrutural das normas, qual seja a sua divisão em regras e princípios. Para Alexy, “tanto regras quanto princípios são

⁵⁷ A ideia de norma como reguladora de comportamento faz parte do pensamento de Norberto Bobbio, para quem os princípios gerais são extraídos das normas e, assim como as últimas, têm a função de “[...] regular um comportamento não regulamentado [...]” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: UnB, 1996. p. 159).

⁵⁸ Para Humberto Ávila, as normas são construídas a partir da interpretação sistemática dos textos normativos (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30). Com base nos ensinamentos de Ávila, podemos entender que não há uma norma implícita no enunciado normativo e que independa da ação humana. A interpretação, como ação do Homem, é que trará à superfície a norma a interferir na conduta social.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-54.

normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição⁶⁰.

Mas o que podemos entender por uma expressão deôntica? Sempre que estivermos diante de palavras que transmitam o sentido de permissão, proibição e dever, estaremos diante de expressões deônticas. Enunciados como “nenhum alemão pode ser extraditado”, “é proibido extraditar alemães” ou “alemães não podem ser extraditados” representam expressões deônticas. Não se pode dizer o mesmo de expressões e palavras que transmitam a noção de imperatividade, como “jamais um alemão será extraditado!”, ou seja, expressões imperativas não são deônticas.⁶¹ Em suma, podemos dizer que deônticas são expressões que indicam, basicamente, permissão, proibição ou dever.

Voltemos à estrutura das normas, qual seja a sua divisão em regras e princípios. Quando abrimos a Constituição da República Federativa do Brasil o que podemos enxergar de forma imediata? Um texto. Ou seja, um conjunto de palavras escritas em uma folha de papel e que, agrupadas de forma organizada, constituem expressões, frases e orações que nos transmitem informações. Na verdade, tais informações registradas nas páginas do documento legislativo nada mais são do que a corporificação de normas, as quais se manifestam como regras ou como princípios, estes últimos expressos ou implícitos.

Segundo Robert Alexy, os princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁶². Segundo o autor, os princípios são mandamentos de otimização⁶³ que se satisfazem em variados graus e a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.⁶⁴

Em outras palavras, a análise de cada caso concreto é que vai determinar o grau de prevalência de um princípio sobre o outro. “Já as regras são

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

⁶¹ Ibid., p.56-57.

⁶² Ibid., p. 90.

⁶³ A ideia de mandamentos de otimização encontra guarida no pensamento de Karl Larenz, para quem os princípios jurídicos não possuem o caráter de subsunção das situações de fato, como no caso das regras. Para o jurista, os princípios contêm “[...] só uma ‘ideia jurídica geral’, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 674). Mais uma vez, no que toca aos princípios, a ideia de direção, “fio condutor”, norte a seguir na interpretação e aplicação do Direito.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve ser feito exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.⁶⁵

Para Alexy, regras determinam o que deve e não deve ser, dentro do que seja fática e juridicamente possível.⁶⁶ Dito de outra forma, no caso das regras não há prevalência de grau de uma regra em face de outra, mas sim uma prevalência absoluta de uma em contraposição a uma outra.

Ponto de extrema importância na obra de Alexy é o que diz respeito à colisão entre princípios e à colisão entre regras. No caso de conflito entre regras, a questão se resolve com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou com a declaração de invalidade de uma das regras em conflito. No caso de uma regra que diz que não se pode deixar uma sala de aula antes do toque de um sinal sonoro e outra que diz que no caso de um toque sonoro de aviso de incêndio deve-se deixar a sala de aula, há uma contradição, pois o toque sonoro funciona, ao mesmo tempo, como proibitivo ou imperativo de abandono da sala de aula.⁶⁷

O referido conflito se resolve introduzindo uma cláusula de exceção na primeira regra, ou seja, não se podendo abandonar a sala antes do toque sonoro, exceto no caso de toque de aviso de incêndio, quando a sala deve ser abandonada. Com a inserção da cláusula de exceção, torna-se possível a sobrevivências das duas regras.⁶⁸ Mas e se não for possível inserir a cláusula de exceção?

No caso da impossibilidade da inclusão de uma cláusula de exceção, uma das regras será anulada pela outra. Em tais situações regras como a da derrogação da lei anterior pela lei posterior e a da derrogação da lei genérica pela lei especial resolvem o conflito. Assim, na impossibilidade de inclusão de uma cláusula de exceção, não é possível a coexistência das duas regras em conflito.⁶⁹

Tomemos um exemplo no direito pátrio. Em sede de direito penal, suponhamos uma mãe que, em face de seu estado puerperal, mata o próprio filho,

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

⁶⁶ ALEXY, loc. cit.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

⁶⁸ ALEXY, loc. cit.

⁶⁹ Ibid., p. 92-93.

logo após o parto. De forma *lata*, estaríamos diante de um homicídio, conforme o art. 121, caput, do Código Penal Brasileiro⁷⁰.

Entretanto, a regra do art. 123, também do Código Penal Brasileiro⁷¹, é especial em relação ao crime de homicídio, o que faz com que somente uma delas (a do infanticídio) seja aplicada no caso em questão. Conforme as lições de Rogério Greco, “pelo princípio da especialidade a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *lex specialis derogat generali*”.⁷²

No caso da colisão entre princípios, a solução deve ser encontrada com base em uma operação de sopesamento entre eles. Em outras palavras, como não pode haver colisão entre princípios inválidos, um dos princípios em conflito deve ser prevalente em relação ao outro. E tal prevalência se verificará em cada caso concreto. Portanto, no caso da colisão entre princípios, um deles não deixa de ser válido em face do outro, ambos continuam a ter validade, entretanto, diante de cada caso trazido pelo mundo real, um dos princípios ganha em importância em relação ao colidente.⁷³

Tomemos, exemplificativamente, o famoso caso, trazido pela jurisprudência francesa, do arremesso de anões. Na França, um determinado divertimento consistia em lançar anões sobre um colchão a fim de se averiguar quem atingia a maior distância no arremesso. O divertimento foi proibido pelas autoridades municipais por ofender a dignidade da pessoa humana. Ocorre que os anões aliaram-se, no embate judicial, à casa onde ocorria o jogo, alegando a liberdade no exercício daquilo que se consistia sua atividade remunerada e que provia sua subsistência. Houve o sopesamento entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade, prevalecendo a primeira por se tratar de valor indisponível e pertencente não só aos anões, mas a toda a humanidade.⁷⁴

Podemos dizer, com base no até aqui exposto, que o Direito, em verdade, consiste em um sistema que conjuga regras e princípios. É esse o norte interpretativo que seguimos em nossa pesquisa e que será devidamente explorado

⁷⁰ BRASIL. Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 03 out. 2012.

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 03 out. 2012.

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 29.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

⁷⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.

quando da análise do Direito Administrativo de hoje, bastante diferente daquele nascido na França do século XIX.

Ainda sobre o tema regras e princípios, indispensável trazer ao bojo deste trabalho a valiosa contribuição de um brasileiro, Humberto Ávila, que inovou ao trazer para o cenário da discussão o conceito de postulado normativo aplicativo.

2.3.3 A Teoria dos Princípios segundo Humberto Ávila

Publicada em 2003, sob o título “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, a obra do brasileiro Humberto Ávila se reveste de enorme importância em um tempo em que o valor jurídico dos princípios se mostra inequívoco. A referida obra teve edição em alemão (Theorie der Rechtsprinzipien), a qual foi prefaciada por Claus-Wilhelm Canaris, em 2005, tamanha a sua relevância para o mundo jurídico.

Ávila também trata da distinção entre regras e princípios, estabelece uma classificação das espécies normativas em normas de primeiro e segundo grau e introduz o conceito de postulados normativos aplicativos.⁷⁵

O ponto de partida para a teoria de Humberto Ávila se encontra na sua definição acerca do que são as normas. Para o jurista “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”⁷⁶ As normas são o resultado da interpretação dos dispositivos (textos) normativos.⁷⁷

O que importa é entender que as normas independem dos textos normativos, já que podem existir normas sem que existam dispositivos escritos. Exemplos seriam os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito, que existem mas que não estão estabelecidos em textos escritos.

De outro lado, uma mesma norma escrita pode dar origem a vários princípios diferentes. Exemplo disso seriam os princípios da legalidade, da tipicidade, da proibição de regulamentos independentes e da proibição da delegação normativa,

⁷⁵ Ao introduzir o conceito de postulado, Ávila acaba por quebrar o paradigma clássico, proposto por Dworkin e Alexy, que defendia uma dicotomia de regras e princípios como as espécies do gênero norma.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

⁷⁷ ÁVILA, loc. cit.

todos advindos do enunciado normativo que exige lei para instituição ou majoração de tributos.⁷⁸

Para Ávila, as normas se dividem em normas de primeiro e de segundo graus. As de primeiro grau são as regras e os princípios; já as de segundo grau, os postulados normativos.⁷⁹

Acerca das normas de primeiro grau, um aspecto importante é o da distinção entre regras e princípios. O autor propõe três critérios de diferenciação: o da natureza do comportamento prescrito, o da natureza da justificação exigida e o da medida da contribuição para a decisão.⁸⁰

Quanto ao critério da natureza do comportamento prescrito, Humberto Ávila ensina que as regras se distinguem dos princípios pelo modo como prescrevem o comportamento.⁸¹ As regras são descritivas e trazem a previsão do comportamento estabelecendo obrigações, permissões e proibições. Já os princípios são finalísticos e estabelecem um estado de coisas que, para ser alcançado, exige um determinado comportamento.⁸²

O modo de justificação necessário à sua aplicação é o que distingue regras de princípios segundo o critério da natureza da justificação exigida. No caso da regra a justificação deve se constituir de uma argumentação que ampare a correspondência entre o descrito pela norma (no caso a regra tem um caráter descritivo e prescritivo) e o fato concreto, considerando a finalidade que dá suporte à norma. Um regra que proíba a entrada de animais em veículos de transporte público, sob pena de multa, se ampara na finalidade de aumentar a segurança no trânsito. Se um motorista permite a entrada de algum animal no veículo, uma multa é aplicada. Nesse caso a simples subsunção do fato à regra descrita é a justificação.⁸³

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

⁷⁹ ÁVILA, passim.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71-76.

⁸¹ O pensamento de Ávila, no que concerne à relação entre regras, princípios e comportamento, tem uma relação com as lições de Carlos Cossio. O jurista argentino, ao se referir aos princípios gerais de direito, os considera como verdadeiros juízos estimativos gerais de valor a determinar o comportamento das pessoas quando da ausência de norma legal [aqui entendemos como sendo as regras] que configurem determinado comportamento (COSSIO, Carlos. **La plenitud del ordenamiento jurídico**. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005. p. 250). Dito de outra forma, na ausência de regras que determinem o que fazer, os princípios assumem o papel de guiar o comportamento das pessoas em um determinado sentido, para um estado ideal de coisas.

⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.71.

⁸³ Ibid., p. 73-76.

No entanto, considerando o exemplo do parágrafo anterior, se um homem cego entra no veículo com seu cão guia, a multa não será aplicada. Em tal situação, a justificação deve ter maior conteúdo argumentativo de modo a tornar claro que a presença do cão guia não fere a finalidade que ampara a regra, qual seja a segurança do trânsito.⁸⁴ Esse segundo caso deve ser considerado um caso difícil, na visão de Ávila. Assim, como as regras são normas imediatamente descritivas e imediatamente finalísticas, “[...] a justificação da decisão de interpretação será feita mediante a avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma.”⁸⁵

Diversamente das regras, o elemento descritivo dos princípios dá lugar ao elemento finalístico, “[...] devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido.”⁸⁶ No caso dos princípios não há uma subsunção imediata do fato à norma, o que tornaria a justificação simples e aplicável de maneira generalizada a todos os fatos iguais ou semelhantes.⁸⁷ O que deve ser justificada é a correlação entre a conduta e o alcance gradual do estado de coisas exigido. Dessa forma, não há um padrão de subsunção, mas sim uma necessidade de análise de cada caso.⁸⁸

Quanto ao último critério de dissociação, o da medida de contribuição para a decisão, o que deve ser analisado é o modo como uma ou outra espécie normativa contribui para a tomada de decisão. No caso das regras, em face de seu aspecto descritivo e prescritivo, há uma verdadeira pretensão em abarcar todos os aspectos decisivos para a tomada de decisão, sendo decisiva sua contribuição. Exemplificativamente, a regra de imunidade tributária dos livros, papéis e periódicos é decisiva, pois já lista quais os objetos beneficiados com a imunidade de imposto. Ou

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 73-76.

⁸⁵ Ibid., p. 75.

⁸⁶ Ibid., p. 74-75.

⁸⁷ A importância dos princípios na atividade hermenêutica, em face de cada caso concreto, é destacada por Ricardo Maurício Freire Soares. Para o jurista, os princípios jurídicos oferecem ao intérprete o referencial axiológico, diante de cada caso concreto, que possa “[...] dar coerência e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes.” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A contribuição epistemológica do pós-positivismo jurídico**. Disponível em: <<http://www.revistametodologiaufba.xpg.com.br/arquivos/artigo017.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2012).

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74-75.

seja, a regra abarcou os objetos da imunidade e foi decisiva para a decisão da autoridade fiscal.⁸⁹

Aproveitando o exemplo do parágrafo antecedente, situação diversa seria se a norma da imunidade de imposto viesse a estabelecer que ficariam excluídos da tributação os objetos necessários à livre manifestação do pensamento ou da arte. Em razão da abertura da norma trazida na Constituição, entrariam em ação os princípios, de forma a contribuir para a complementação por parte daquele encarregado de aplicar a norma. “Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.”⁹⁰

Como resultado da conjugação dos diversos critérios apontados, Humberto Ávila propõe um conceito para as duas espécies normativas de primeiro grau:

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

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁹¹

Conforme já mencionado, para Ávila, são normas de segundo grau os chamados postulados⁹², que são condições essenciais para a interpretação de qualquer objeto cultural e “[...] sem as quais o objeto não pode sequer ser apreendido.”⁹³

Considerando o Direito como um objeto cultural, existem postulados destinados unicamente à compreensão em geral de tal objeto, os chamados

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 76-77.

⁹⁰ Ibid., p. 75.

⁹¹ Ibid., p. 78-79.

⁹² Acerca do tema postulados, como normas de segundo grau, situadas em patamar distinto das regras e dos princípios (normas de primeiro grau), vale destacar a analogia que pode ser feita no que concerne aos conceitos de máximas e leis práticas. Ligado às leis práticas, o imperativo categórico de Kant, pensamos, poderia ser comparado aos postulados de Ávila, uma vez que estaria incondicionalmente e objetivamente norteando a conduta do ser humano e, porque não dizer, fundamentando a aplicação de outras normas de grau inferior (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 22. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 27-29).

⁹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 133-134.

postulados hermenêuticos, além de outros com finalidade precípua de estruturar a aplicação concreta do Direito, no caso, os denominados postulados aplicativos.⁹⁴

Segundo Ávila, os postulados não se confundem nem com regras, nem com princípios. Considerando que as regras determinam um comportamento, são cumpridas de forma integral, e que, quando em colisão umas com as outras, haverá exclusão de uma considerada inválida, não há semelhança com os postulados.⁹⁵

Os postulados não descrevem um comportamento, não são cumpridos de forma integral e não podem ser excluídos do ordenamento. Ao revés, “[...] estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção.”⁹⁶

A confusão com os princípios também não existe uma vez que os postulados, diferentemente daqueles, não estabelecem um “dever-ser” ideal, não são cumpridos de forma gradual e não possuem um peso móvel e aferível de acordo com cada circunstância concreta. Os postulados “[...] não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito.”⁹⁷

De forma bastante sintética podemos entender que os postulados hermenêuticos são necessários à compreensão do ordenamento jurídico e fornecem base de apoio para as alternativas de interpretação das normas. O postulado da unidade do ordenamento jurídico se desponta como um dos mais importantes por trazer a idéia de análise de uma norma considerando o conjunto em que está inserida.⁹⁸

Funcionando como subelementos do citado postulado, os postulados da coerência e da hierarquia funcionam como guias interpretativos a exigir que não haja contradições entre as normas superiores e inferiores de um sistema jurídico. A técnica

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

⁹⁵ Ibid., p. 135.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 135.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 135-136.

da interpretação conforme a Constituição serve de exemplo, notadamente do postulado da hierarquia.⁹⁹

Os postulados normativos aplicativos, ponto de grande interesse ao desenvolvimento deste trabalho, foram definidos por Humberto Ávila como metanormas, por se situarem acima das normas, daí sua classificação como normas de segundo grau, que se destinam a estruturar a aplicação de outras normas.¹⁰⁰

Para Ávila, os postulados normativos aplicativos servem como parâmetros para a realização de outras normas, bem como estabelecem critérios para aplicação dos princípios e regras.¹⁰¹ O autor destaca dentre os principais postulados aplicativos a razoabilidade, a proibição de excesso e a proporcionalidade.¹⁰²

O postulado da razoabilidade¹⁰³ estrutura a aplicação das normas de primeiro grau, especialmente as regras, podendo ser entendida à luz de três enfoques diferentes: razoabilidade como equidade, razoabilidade como congruência e razoabilidade como equivalência.¹⁰⁴

Considerando a equidade, o postulado da razoabilidade impõe a harmonia entre a norma geral e o caso individual.

Inicialmente, o referido postulado obriga, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que ordinariamente ocorre. Dentre os exemplos citados por Humberto Ávila para ilustrar a citada obrigação está o de um Procurador do Estado que interpôs um recurso perante o Judiciário. Tal recurso havia sido

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 135-136.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 147.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰² *Ibid.*, p. 146.

¹⁰³ Inocêncio Mártires Coelho discorre sobre o conceito de postulado do legislador racional, de certa forma ligado ao postulado da razoabilidade. Conforme o referido postulado, o legislador, sendo coerente, não permite o conflito real entre normas. Os conflitos que surgem, na realidade são aparentes e solucionados mediante a interpretação de forma racional [ou, podemos dizer, razoável]. Para dirimir os conflitos, o autor elenca alguns princípios [para nós verdadeiros postulados derivados do grande postulado do legislador racional], dentre eles: da unidade da constituição, da concordância prática ou da harmonização, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme a constituição e da proporcionalidade ou razoabilidade. (COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**: o que são, para que servem, como se aplicam. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

redigido em papel timbrado da Secretaria Estadual respectiva e foi invocada a falta de instrumento de mandato do referido advogado público. Levado o caso a julgamento decidiu-se que seria razoável presumir a existência do mandato uma vez que o procurador possui mandato legal. Em outras palavras, não ocorre ordinariamente de alguém se apresentar como procurador legal não o sendo.¹⁰⁵

Ainda considerando a equidade, o postulado da razoabilidade impõe a consideração do aspecto individual, em um determinado caso concreto, quando a norma geral desconsidera a peculiaridade do caso. O exemplo citado foi o de uma empresa de pequeno porte que se viu excluída do mecanismo de pagamento conjunto dos tributos federais por ter infringido a proibição de não efetuar importação de produtos estrangeiros. Ocorre que a importação havia sido de quatro pés de sofá, para um único sofá e uma única vez. No caso em questão a citada exclusão foi anulada, pois analisando-se a situação específica da importação única de quatro pés de sofá pela empresa, verificou-se não ser razoável presumir que a finalidade da norma geral, qual seja o estímulo à produção nacional pelas pequenas empresas, houvesse sido comprometida.¹⁰⁶

Sob o prisma da congruência, no que toca ao postulado da razoabilidade, há a exigência de harmonização das normas com as condições externas de aplicação.¹⁰⁷

Em primeiro lugar, a razoabilidade determina que exista um suporte fático de realidade para a execução de uma determinada medida. Um dos exemplos ilustrativos foi o de uma lei estadual que instituiu o adicional de um terço de férias para servidores inativos. Ante a ausência de um suporte fático congruente com a norma, uma vez que inativos não gozam férias, o adicional foi anulado.¹⁰⁸

Um segundo ponto diz respeito à relação entre uma determinada medida adotada e o critério de diferenciação escolhido, que deve ser congruente e jamais arbitrário. A ilustração ficou por conta de uma lei estadual que determinava que o tempo de serviço dos Secretários de Estado deveria ser contado em dobro para efeitos de aposentadoria. A referida lei foi considerada inválida por não haver

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 165.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 166.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 167.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 167.

congruência entre a medida e o critério diferenciador para os Secretários de Estado que estavam sendo arbitrariamente diferenciados dos demais servidores.¹⁰⁹

Por fim¹¹⁰, a exigência de uma relação de equivalência entre a medida adotada e seu critério dimensionador é o que caracteriza a última acepção do postulado da razoabilidade. Assim, a equivalência entre o grau de culpa de quem pratica um delito e dosimetria da pena a ser aplicada ou não (aí considerando inclusive a insignificância) é um dos exemplos citados por Ávila.¹¹¹

O postulado da proibição do excesso trata da imposição de um limite à realização de uma regra ou princípio constitucional, de modo a não permitir que seja restringido um direito fundamental a ponto de lhe retirar a eficácia. Portanto, “o postulado da proibição do excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”.¹¹²

Finalmente, o postulado da proporcionalidade¹¹³ tem aplicação aos casos em que “[...] exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível [...], implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.”¹¹⁴

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”.¹¹⁵ A título de exemplo, Ávila traz uma decisão do

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 169.

¹¹⁰ Não podemos deixar de registrar a posição doutrinária que considera a razoabilidade como um dos princípios de interpretação constitucional e que pode ser entendida como sinônimo de proporcionalidade ampla. Assim, para Dirley da Cunha Júnior, a razoabilidade ou proporcionalidade ampla, possui uma tríplice exigência que pode ser expressa por meio dos subprincípios da adequação (ou utilidade), da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito. Como adequadas devem ser entendidas aquelas medidas adotadas pelo poder público que efetivamente promovam e realizem os fins. O dever de escolha, dentre os meios adequados, daqueles que menor sacrifício ou limitações causem aos direitos fundamentais se traduz no subprincípio da necessidade. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe que as vantagens de determinada medida adotada superem as suas desvantagens (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 220-228).

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 170.

¹¹² Ibid., p. 158.

¹¹³ A concepção da proporcionalidade considerando sua tríplice exigência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é esposada por Marçal Justen Filho. O administrativista adota o termo “técnica da proporcionalidade” e afirma que tal técnica “[...] reflete a necessidade de prestigiar **todos** os princípios e regras albergados pelo direito” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 136-137). Entendemos, assim, que a proporcionalidade, ao estabelecer um norte orientador ao intérprete por considerar, na análise de cada caso concreto, “**todos**” os princípios jurídicos, tem reforçada sua classificação como verdadeiro postulado normativo aplicativo, conforme proposto por Ávila. (grifo do autor)

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 195.

¹¹⁵ Ibid., p. 177.

Supremo Tribunal Federal no exame do caso de uma lei que exigia, para o exercício legal da profissão de corretor de imóveis, uma comprovação das condições de capacidade. Aquele Tribunal entendeu que um atestado de condições de capacidade (meio) não promovia o fim que era o controle do exercício da profissão.¹¹⁶

Com relação ao aspecto necessidade, um meio é necessário “[...] quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.”¹¹⁷ Uma lei que obrigava a pesagem de botijões de gás à vista dos consumidores foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a fiscalização por amostragem (ao invés da pesagem em cada caminhão, o que implicaria na disponibilização de uma balança em cada veículo de entrega) se mostrava menos restritiva aos direitos fundamentais atingidos.¹¹⁸

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, para Ávila um meio é proporcional “[...] quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. [...] será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”¹¹⁹

O exemplo da pesagem de botijões de gás à vista de cada consumidor é retomado para ilustrar a proporcionalidade em sentido estrito. O ônus da medida de pesagem (não só em relação à disponibilização de uma balança para cada caminhão de entrega, como o aumento do preço do produto, uma vez que tal custo seria repassado aos consumidores) superava em muito a importância da promoção do fim, que seria a proteção dos consumidores contra eventuais fraudes no peso dos botijões.¹²⁰

A teoria desenvolvida por Humberto Ávila, mormente no que toca ao conceito de postulado normativo aplicativo será retomada adiante no corpo desta pesquisa, especialmente quando da análise do valor eficiência administrativa.

Até este ponto, entendemos ter restado bem destacada a grande importância da conjugação de regras e princípios na aplicação do Direito e obtenção da justiça, fim maior de um Estado Constitucional Democrático de Direito.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 182.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 195.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 184.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 195.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 185.

A oxigenação trazida pelos princípios ao Direito funciona como verdadeira força motriz que impulsiona o sistema jurídico para a frente, na missão cada vez mais difícil em um mundo globalizado, de acompanhar a evolução da sociedade. Mister destacarmos que tal evolução ocorre em todos os ramos da ciência jurídica, inclusive em sede de Direito Administrativo, objeto de nosso estudo.

A referida renovação de conceitos, de valores, de formas de pensar e viver os diversos institutos jurídicos só se faz possível em razão da interpretação. Entendemos que o famoso brocardo *in claris cessat interpretatio*, ou seja, onde há clareza, não há interpretação, não tem aplicação nos dias atuais, pois, até mesmo quando afirmamos que algo está claro, esse algo foi por nós interpretado.

Ao nosso sentir, a interpretação é a alma do Direito. Interpretar é descobrir o sentido da norma, que deve se coadunar com o sentido necessário à existência e manutenção de um Estado Constitucional Democrático de Direito. Para Celso Ribeiro Bastos, “a interpretação é antes de mais nada uma atividade criadora. Em toda a interpretação existe portanto uma criação de direito.”¹²¹ Entendemos que, em sede de Direito Administrativo, “criar o direito” é algo extremamente importante, ademais quando se pretende demonstrar a necessidade de mitigação da legalidade cerrada ou estrita.

Quando nos referimos ao processo interpretativo, não podemos deixar de nos referir à hermenêutica. Mas interpretação e hermenêutica não são sinônimos. Para Dirley da Cunha Júnior interpretação jurídica e hermenêutica são fenômenos distintos, não se confundem, “[...] apesar de compartilharem da mesma preocupação. Ambas se unem e se esforçam em torno do mesmo objetivo, que é proporcionar a todos a melhor compreensão do Direito.”¹²² Mas em consiste a hermenêutica, qual a sua origem, como se deu sua evolução? Vejamos um pouco sobre o assunto que tanto cresce em importância para a ciência jurídica na atualidade.

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/89/as-modernas-formas-de-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

¹²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 193.

2.4 HERMENÊUTICA

2.4.1 Hermenêutica e interpretação jurídica: dois lados de uma mesma moeda

É comum associar-se o termo hermenêutica à atividade de interpretação jurídica. Vimos, no final da seção anterior, que os conceitos não se confundem, na realidade, como será visto adiante, complementam-se.

Na esteira da distinção entre hermenêutica e interpretação jurídica, estabelecendo a importância e a relação entre os conceitos, passamos a transcrever as lições de Dirley da Cunha Júnior:

A hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos. A hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas. A hermenêutica ilumina o caminho a ser percorrido pelo intérprete e isso demonstra a sua importância para o Direito, pois cumpre a ela teorizar os princípios da interpretação jurídica. Assim, podemos dizer que, apesar de inconfundíveis, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, na medida em que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária. No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação **são os dois lados de uma mesma moeda.**¹²³ (grifo nosso)

Novamente reforçamos que, em sede de hermenêutica e interpretação jurídica, a importância dos princípios se mostra marcante e determinante. Como a norma escrita não evolui na mesma velocidade do fenômeno social, o intérprete tem por mister desvendar o significado atual de uma regra de forma à aplicá-la ao caso concreto.

Estabelecendo os rumos norteadores do processo interpretativo, a hermenêutica proporciona um ambiente favorável à incidência dos princípios, o que acaba por oxigenar e atualizar o sistema normativo. Tal o grau de importância da hermenêutica, que não podemos nos furtar a tecer maiores considerações sobre sua origem etimológica e evolução, desde a hermenêutica tradicional até a filosófica.

¹²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 193-194.

2.4.2 Hermenêutica: origem etimológica e breves considerações sobre a crise na hermenêutica tradicional

Inicialmente, façamos um pequeno esforço no sentido de conhecer as raízes etimológicas do termo hermenêutica. Segundo Richard Palmer¹²⁴, “as raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por <<interpretar>>, e no substantivo *hermeneia*, <<interpretação>>.”

Segundo Palmer, existem correntes que relacionam o termo hermenêutica à mitologia grega. O deus alado Hermes teria um papel de mensageiro, aproximando os deuses dos homens e realizando como que uma transmutação das mensagens dos habitantes do Olimpo. Afinal, a linguagem dos deuses não era completamente inteligível aos seres mortais e, assim, necessitava ser traduzida, ou melhor dizendo, interpretada. Daí a relação entre o termo hermenêutica e a atividade de interpretação.¹²⁵

Podemos dizer que, no início, a hermenêutica se encontrava essencialmente relacionada a métodos de interpretação e entendimento de textos escritos, notadamente os textos sagrados. Seria o que poderíamos chamar de Hermenêutica Tradicional, diferenciando-se da Hermenêutica Contemporânea, como veremos adiante.

Ligada ao judaísmo, a interpretação dos textos bíblicos estava mais centrada na literalidade dos textos, na exegese, com o objetivo de se chegar ao entendimento das palavras de Deus. Tal atividade interpretativa ainda não era tida como uma interpretação de cunho jurídico.

Para chegarmos ao marco histórico da interpretação com um viés jurídico, podemos tomar por empréstimo a pesquisa de Silvério Carvalho Nunes¹²⁶, que nos informa que a hermenêutica tradicional remonta ao pandectismo, o qual compilou os fragmentos que deram origem ao *Corpus Juris Civilis*.

Acerca da Hermenêutica Tradicional, Silvério Carvalho Nunes¹²⁷, como fruto de sua pesquisa, ainda nos mostra que:

¹²⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 23.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 24.

¹²⁶ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade justa e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005. p. 240.

¹²⁷ NUNES, loc. cit.

Esta orientação interpretativa inclui variado número de escolas, em que prevalece o fetichismo da lei e a visão isolada do texto, sem sua correlação necessária com o ordenamento e a realidade social. Os intérpretes desta escola, qualquer que seja sua denominação, **colocam-se de frente para o texto da lei e de costas para o fato social**. Com isso, transformam a interpretação em mero silogismo abstrato distante da realidade. **Não consideram o fato social, que é próprio da dinâmica do Direito**. Terminam por transformar o ordenamento positivo em algo estático, eterno, imutável, incapaz de resolver os conflitos sociais na sua plenitude, que se avolumam, em escala geométrica, no interior da sociedade. Resulta do método uma interpretação álgida do texto legal. (grifos nossos)

Entendemos que o fato social a que se refere o jurista brasileiro é, na realidade, a vida real, ou seja, o comportamento prático de uma sociedade, enfim, os fatos da vida. Aí reside a grande crítica a tal fase da hermenêutica, qual seja a de desconsiderar a evolução da vida, da consciência das pessoas, dos valores. Enfim, o Direito não pode estar apartado das coisas da vida, afinal, o próprio Direito faz parte da vida.

Aquele que interpreta precisa estar inserido no contexto, ou seja, não pode ser apenas um espectador, dar as costas aos fatos. Como ainda veremos, a hermenêutica filosófica acabou por romper com a visão matemática e cartesiana da hermenêutica tradicional. Contra essa visão matemática e lógica da hermenêutica tradicional assim se pronunciou Luiz Rohden¹²⁸:

O ser humano não pode ser reduzido a uma máquina ou a um simples animal comandado por seus genes, instintos, carências, condicionamentos, forças culturais. Na concepção de filosofia que se reduz a um conjunto de símbolos matemáticos não há espaço para a liberdade, a criatividade, a ética, a política, a metafísica. Uma concepção de filosofia que não leva a sério esses aspectos antropológicos deveria ser revista e ampliada; afinal, o homem não vive 'apenas de pão' [...]

Como fica claro, a arte da interpretação enfrentava uma crise e merecia uma radical mudança, não no sentido de se desconsiderar totalmente a hermenêutica tradicional, mas complementando-a, adaptando-a à realidade social, da qual o intérprete não poderia estar dissociado. Foi o que aconteceu com a introdução da hermenêutica filosófica no mundo da interpretação jurídica.

¹²⁸ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 44.

2.4.3 A Hermenêutica Filosófica

Como dito, a hermenêutica filosófica veio a complementar a hermenêutica tradicional, basicamente em face das limitações do raciocínio cartesiano e reducionista relacionados a esta última. A hermenêutica filosófica, nas palavras de Luiz Rohden¹²⁹, “[...] não se legitima pela mera oposição quixotesca ao reducionismo da filosofia moderna, mas ela nasceu e desenvolveu-se justamente também pela limitação desta.”

Podemos dizer que o primeiro grande expoente da hermenêutica filosófica foi o filósofo e teólogo protestante alemão Friedrich Schleiermacher (1768-1834). Schleiermacher trouxe a grande contribuição de desvincular a hermenêutica da exclusiva interpretação de textos escritos, notadamente os religiosos, concedendo ao seu projeto hermenêutico um viés de universalidade.

Segundo o filósofo alemão, a atividade hermenêutica não se limitaria somente às produções literárias, havendo operações hermenêuticas até mesmo no curso de uma conversação familiar ou entre amigos.¹³⁰

A hermenêutica geral ou universal de Schleiermacher se dividiu em duas partes: a gramatical e a técnica, aí incluída a psicologia.¹³¹

No que toca à parte gramatical, podemos dizer que o filósofo alemão acabou por lançar a semente de algo que, como veremos, representou o coração da hermenêutica filosófica como a trabalhamos hoje: a linguagem. Nesse sentido, é o próprio Schleiermacher que nos dá tal sinal quando diz que “a divisão principal, portanto, fica assim: primeiro a interpretação gramatical, depois a técnica. Gramatical sempre, porque obviamente no final tudo o que é pressuposto e tudo o que se encontra é linguagem”.¹³²

Com base em sua divisão conceitual da hermenêutica em duas partes, a gramatical e a técnica (ou psicológica), o projeto de Schleiermacher nos indicou que

¹²⁹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 18.

¹³⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braida. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 33.

¹³¹ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 126.

¹³² SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braida. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 69.

“para entender um texto, deve-se entabular um colóquio como ele e, dessa forma, chegar ao fundo daquilo que suas palavras expressam de modo imediato [...]”.¹³³

Em tal colóquio com o texto, Schleiermacher entendia que assim atingir-se-ia a intenção do autor, considerado como o *seu todo*. Segundo os ensinamentos do teólogo alemão, a determinação desse *todo* se daria por dois caminhos, os quais seriam correspondentes à dúplici divisão de seu conceito hermenêutico.¹³⁴

Pelo caminho gramatical ou objetivo, o todo seria o gênero literário do qual estivesse brotando o particular, ou seja, a passagem, a obra. Já pelo caminho técnico, subjetivo ou psicológico, a passagem ou a obra deveria ser vista como a ação daquele que é o autor, devendo a interpretação ter como ponto de partida o todo da vida do autor.¹³⁵

Resumidamente, para Schleiermacher a interpretação teria um caráter de universalidade, não estaria restrita a textos escritos, muito menos aos religiosos, e o método hermenêutico não se restringiria à matemática e lógica, importando uma identificação e contextualização da vida do autor, aí incluído o seu viés psicológico.

Outro grande representante da hermenêutica moderna, antes de chegarmos a Heidegger e, finalmente, a Gadamer, foi Wilhelm Dilthey (1833 - 1911). Resumidamente, o filósofo, psicólogo e pedagogo alemão defendia que a compreensão de um texto dependia da compreensão do contexto histórico em que estivesse inserido o autor, ou seja, a sua vivência.¹³⁶

Em outras palavras, não bastava apenas a compreensão com base na psicologia e vida do autor, dever-se-ia também investigar o contexto histórico no qual o autor estivesse inserido quando da produção de sua obra. Nesse sentido, podemos dizer que Dilthey chegou a complementar o pensamento de Schleiermacher.

Até agora verificamos que a interpretação, notadamente em Schleiermacher e Dilthey, esteve centrada na pessoa do autor, na compreensão do que o autor pretendeu transmitir, considerando sua vida, seus aspectos psicológicos e o contexto histórico em que estivesse inserido. E no que toca ao intérprete? O

¹³³ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 133.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 134.

¹³⁵ GRONDIN, loc. cit.

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 119-126.

intérprete deveria manter uma posição externa, neutra, de observador, ou deveria se inserir no mundo que desejasse interpretar? Pois bem, chegamos a Heidegger.

Martin Heidegger (1889-1976) foi um pensador alemão que trouxe enorme contribuição ao pensamento filosófico do século XX. Com a sua fenomenologia da existência, dedicou-se ao estudo do ser, o *Dasein*. Influenciou sobremaneira o pensamento hermenêutico de Gadamer, como ainda se verá adiante.

Inicialmente, cabe ressaltar que o ponto principal no pensamento de Heidegger diz respeito à compreensão do ser, o *Dasein*, como um “ser no mundo”, “estar no mundo”, ou seja, a infinitude do “ser” se relaciona com as diferentes condições de tempo e lugar a que se expõe tal “ser” no decorrer de sua história, de sua vida. A fenomenologia da existência se contrapõe à fenomenologia da essência (o *eidōs*, de Edmund Husserl)¹³⁷ basicamente no que toca à relação entre o ser e o tempo.¹³⁸

Um exemplo para tentarmos esclarecer: para a fenomenologia da essência, um homem, em essência, é um ser humano; para a fenomenologia da existência, aquele mesmo homem, a depender do tempo e do espaço, poderá ser um pai, um avô, um marido, um aluno, um médico, ou seja, o “ser no mundo” dependerá das condições de tempo e espaço em que cada um esteja vivendo.¹³⁹

¹³⁷ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

¹³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹³⁹ No que toca ao pensamento de Heidegger, quatro questões, que foram aproveitadas por Gadamer, não de ser por nós destacadas: a questão da inserção do intérprete no mundo; a questão da visão prévia e concepção prévia; a questão da tradição e a questão do círculo hermenêutico. Primeiramente, vejamos a ideia de “ser no mundo”, de Heidegger, no sentido de que não há como dissociar o “ser” do mundo em que está inserido, dos valores sociais do grupo a que pertence. Uma análise do “ser” dissociado do mundo seria uma análise afeta à fenomenologia da essência, proposto por Husserl, e contraposta pela fenomenologia da existência, de Heidegger, conforme já dissemos e exemplificamos anteriormente. Com relação à visão prévia e concepção prévia, no pensamento de Heidegger elas existem justamente pela inserção do “ser” no mundo. Não havendo como dissociar o “ser” do mundo, não há como isolar seu conhecimento prévio acerca daquilo que o cerca. No que concerne à tradição, ela se encontra presente no pensamento de Heidegger no que diz respeito ao aspecto historicidade, pois o “ser” é conhecido a partir da linha dos acontecimentos de sua trajetória. A questão concernente ao círculo hermenêutico foi uma das principais contribuições de Heidegger para a hermenêutica gadameriana. O intérprete possui uma pré-compreensão daquilo que vai procurar compreender. A compreensão se constitui a partir da tradição do intérprete (não só a história “já vivida” pelo intérprete, mas também a história “sendo vivida”, numa ideia de movimento, nunca de estaticidade). Como a vida é dinâmica e a sociedade também, ao atingir a compreensão, a pré-compreensão é trazida ao confronto com os fatos da vida. A partir daí, a pré-compreensão é mantida ou expandida, alargando o círculo hermenêutico. (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002)

Como já dito, outro filósofo alemão seguiu a linha heideggeriana e se despontou como o grande nome da hermenêutica filosófica do século XX – Hans-Georg Gadamer. Gadamer viveu de 1900 a 2002 e teve em sua obra “Verdade e Método”, publicada na Alemanha em 1960, o grande marco de sua hermenêutica filosófica.

Alguns pontos do pensamento de Gadamer são advindos do pensamento fenomenológico existencialista de Heidegger: a questão da inserção do intérprete no mundo, a questão da visão prévia e concepção prévia, a questão da tradição e a questão do círculo hermenêutico.

No entanto, alguns pontos inseridos por Gadamer em seu modelo de hermenêutica filosófica merecem ser comentados, mesmo que de forma sucinta: a fusão de horizontes, o enquanto hermenêutico e a experiência da linguagem, talvez o ponto mais importante da hermenêutica filosófica gadameriana.

Quando o intérprete se põe a interpretar algo, sua pré-compreensão, ou seja, seu horizonte de percepção acerca daquele “algo” acaba por se contrapor ao sentido do mundo dos fatos, do mundo da vida, bem como à percepção do autor daquele “algo” que se pretende interpretar. O intérprete é então incluído no processo interpretativo: trata-se da fusão de horizontes. Lênio Streck ensina que “[...] é impossível o intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes [...]”.¹⁴⁰

O “enquanto” hermenêutico é, na verdade um nome dado por Luiz Rohden à dinamicidade do processo interpretativo. A pré-compreensão se transmuta em compreensão, a qual poderá se modificar, a depender da evolução do mundo da vida. Para Rohden¹⁴¹, “o *enquanto*, o *Zwischen*, entre o dito e o não-dito possui tanto a conotação de tempo (*devir*) quanto de essência (*ser*), isto é, tanto de provisório quanto de intermediário, sem repouso, por um lado, e definitivo, por outro.”

A experiência da linguagem é o que podemos considerar o ponto mais importante no pensamento gadameriano. Para a hermenêutica filosófica a linguagem

¹⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 213.

¹⁴¹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 169.

pode ser comparada ao ar, que sustenta o voo da pomba, mas que não somente sustenta, como também é imprescindível para a própria vida da pomba.¹⁴²

Acerca da importância da linguagem no processo hermenêutico, assim ensina Gadamer¹⁴³:

[...] a linguagem humana deve ser pensada como um processo vital particular e único, pelo fato de que no entendimento lingüístico se torna manifesto o 'mundo'. O entendimento lingüístico coloca aquilo sobre o que ele ocorre diante dos olhos dos que participam nele, como se faz com um objeto de controvérsia que se coloca no meio das partes. O mundo é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e mais ainda, formam linguagem.

Frisando a importância da linguagem na hermenêutica filosófica gadameriana, Luiz Rohden¹⁴⁴ afirma que “o conhecimento de nós mesmos e do mundo realiza-se na e com a linguagem, que é a nossa própria, da qual não podemos nos desvencilhar como de um instrumento qualquer.”

Por fim, cabe ressaltar que não há como falarmos em linguagem de forma divorciada do diálogo. Conforme a hermenêutica de Gadamer, para interpretar é imprescindível ouvir o outro. A partir daí, ouvindo o outro, as pré-compreensões do intérprete poderão ser mantidas, ou não. Em resumo, “a linguagem e o diálogo constituem o núcleo central da hermenêutica filosófica gadameriana”.¹⁴⁵

Gostamos de pensar que a hermenêutica filosófica fornece ao intérprete todo o aparato necessário para uma leitura jurídica menos formal e mais consentânea com o Direito, entendido como um sistema não só de regras, mas também de princípios, costumes e jurisprudência.

Trazer os princípios da hermenêutica filosófica para o campo do Direito Administrativo faz parte da ideia básica deste trabalho, mormente no que toca a uma inserção do administrador público no mundo fático, um mundo de grande evolução de costumes, valores e princípios.

A legalidade administrativa, vista como um dos princípios mais caros para a segura atuação do agente público, necessita de uma nova leitura, mais ampla,

¹⁴² ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 298.

¹⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 647.

¹⁴⁴ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 242.

¹⁴⁵ Ibid., p. 222.

na verdade, uma leitura mais dinâmica e menos estática, que se adapte aos demais princípios, como os da eficiência, moralidade, boa-fé objetiva, dentre outros.

É a busca por uma atividade administrativa mais eficiente, a começar por uma interpretação mais eficiente e que respeite o Estado Constitucional Democrático de Direito. Afinal, o administrador público moderno deve ser visto como um “ser no mundo”, estando tal mundo em constante evolução. Tais questões serão melhor exploradas em momento oportuno.

Pois bem, como até aqui nos dedicamos bastante ao tema regras e princípios como parte de um todo, qual seja o Direito, abrimos um pequeno espaço, a título de epílogo do presente capítulo, para procurarmos nos ensinamentos filosóficos de Friedrich Nietzsche e na Tragédia Grega uma representação metafórica do equilíbrio entre princípios e regras para o ideal funcionamento do sistema jurídico.

2.5 O DIREITO COMO UM SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS: UMA ALUSÃO METAFÓRICA À ORIGEM DA TRAGÉDIA DE NIETZSCHE

O estudo da cultura grega despertou o interesse de um filósofo alemão, nascido em Röcken, em 15 de outubro de 1844 - Friedrich Wilhelm Nietzsche. Para o pensador, um dos grandes símbolos representativos da cultura grega estava representado pela Tragédia, espécie de espetáculo teatral na forma de drama no qual se desenvolvia um conflito entre um personagem e um poder superior, normalmente representado por deuses, pela lei ou pela própria sociedade.

Em sua obra *A Origem da Tragédia*¹⁴⁶, de 1886, Nietzsche relaciona a tragédia grega à própria vida humana, um complexo de antagonismos que coexistem de forma equilibrada. Para demonstrar tal antagonismo, Nietzsche vai buscar nos deuses gregos Apolo e Dionisos a representação de duas forças contrapostas. Para o filósofo alemão, “[...] a evolução progressiva da arte resulta do duplo caráter do ‘espírito apolíneo’ e do ‘espírito dionisíaco’, tal como a dualidade dos sexos gera a vida no meio de lutas que são perpétuas e por aproximações que são periódicas”.¹⁴⁷

Na tragédia grega a arte se misturava e se confundia com a vida. O drama retratado na tragédia provocava uma verdadeira catarse naqueles que a

¹⁴⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. Tradução de Joaquim José de Faria. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2004.

¹⁴⁷ Ibid., p. 19.

assistiam, pois se colocavam no lugar da personagem que se punha em conflito com as forças superiores, mormente os deuses. Eram as contradições e as coisas da vida, que faziam parte não só da vida dos deuses, mas também da vida dos homens. Afinal, “para poderem viver, os gregos, levados pela mais imperiosa das necessidades, criaram os seus deuses [...]”¹⁴⁸, dentre eles Apolo e Dionisos.

Apolo, deus das formas e das artes plásticas (de formas impecáveis), dá um aspecto de beleza, correção, perfeição e limite à concepção “apolínea”. Já Dionisos, deus da arte sem formas ou musical, empresta à concepção “dionisíaca” uma característica relativa aos aspectos de informalidade, imperfeição, bem como ausência de limite.

Na tragédia grega, as duas concepções, apolínea e dionisíaca, coexistiam de forma balanceada, assim como na vida, a coexistência dos opostos se faz mister para o perfeito equilíbrio. Nas palavras de Nietzsche, “tudo o que existe é justo e injusto, e em ambos os casos igualmente justificável. Isto é que é um mundo! A isto é que se chama um mundo!”.¹⁴⁹

Podemos, com base na obra do filósofo alemão, entender o espírito apolíneo como uma representação do lado formal do Direito, uma significativa valorização das formas, da busca pela certeza, que podemos dizer não ser absoluta no Direito, enfim, uma menção à legalidade cerrada, por assim dizer, uma concepção relacionada às regras jurídicas, como já visto¹⁵⁰, aplicáveis na modalidade do tudo ou nada, na busca de tornar o direito mais previsível e seguro.

No que toca ao espírito dionisíaco, a liberdade, a falta de formas definidas, a ausência de certeza absoluta, a possibilidade de expansão do raciocínio, tudo nos remete a uma concepção muito próxima ao que representam os princípios jurídicos.

Também, como já exposto¹⁵¹, a aplicação dos princípios se dá em face de uma dimensão de peso aferida em um processo de ponderação e que melhor realiza o ideal de justiça, por aproximar o intérprete da melhor solução para o caso concreto, em face de sua função integrativa.

¹⁴⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. Tradução de Joaquim José de Faria. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2004. p. 30.

¹⁴⁹ Ibid., p. 67.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205-209.

¹⁵¹ Ibid., p. 205-209.

O que de mais importante pretendemos demonstrar nesta primeira parte da pesquisa tem estreita relação metafórica com a coexistência equilibrada dos espíritos apolíneo e dionisíaco na tragédia grega, conforme os estudos de Nietzsche. Assim como na Tragédia, o Direito, como sistema jurídico, não pode ser representado somente por regras, nem tampouco somente por princípios.

A supremacia das regras traria a possibilidade de cometimento de absurdos e barbaridades, como a perpetrada pelo regime nazista contra a humanidade, sob o amparo de regras despidas de princípios morais. Já a supremacia dos princípios, certamente traria incerteza jurídica em face das mais diversas interpretações por parte dos aplicadores do Direito.

De uma forma mais equilibrada estaremos na estrada da busca por um Direito justo e que prestigie a verdadeira democracia. Buscamos apoio em Marçal Justen Filho, para quem um direito que seja justo e adequado é composto “[...] tanto por princípios como por regras. A obtenção de um sistema jurídico justo depende de uma organização jurídica que contemple, de modo equilibrado, tanto princípios como regras.”¹⁵²

Gostamos de pensar que, no Direito, o espírito apolíneo, representado pelas regras, cede em sua rigidez para o espírito dionisíaco, representado pelos princípios, que dão vida e movimento ao sistema jurídico, oxigenando-o de forma ponderada.

Entendemos que o ideal de justiça se alcança quando as forças representadas pelas regras e princípios se complementam, ao invés de se repelirem. Assim foi com a Tragédia Grega, assim é com o Direito.

Ao final desta primeira parte de nosso trabalho, entendemos ter aclarado o caminho a percorrer nesta pesquisa em busca do que doravante procuraremos expor: um estudo acerca de dois importantes princípios do direito administrativo: a legalidade e a eficiência.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113.

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA: UM ESTUDO INDISPENSÁVEL

3.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO: GÊNESE E RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO

Após termos apresentado, de forma breve, um panorama geral acerca do tema princípios e sua importância para a hermenêutica jurídica, da qual também nos reportamos de forma sintética no capítulo antecedente, cabe adentrarmos no tema que se constitui a base científica do presente estudo, qual seja a ciência jurídico-administrativa, mais especificamente o Direito Administrativo.

O surgimento do Direito Administrativo se liga ao nascimento do Estado de Direito, com origem no final do século XVIII e início do século passado.¹⁵³ Destacamos, em tal período, a derrocada do regime absolutista, em face da Revolução Francesa de 1789.

Voltemos ao período compreendido entre os séculos XVI e XVIII. O poder estava concentrado nas mãos do monarca, que reinava em face de um poder concedido por Deus. Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “a vontade do Rei era a própria vontade do Estado, a lei suprema (*l’Etat c’est moi*).”¹⁵⁴

Em face da Revolução Francesa¹⁵⁵, o monarca perdeu seus poderes absolutos e o Estado, representando os interesses imediatos de uma burguesia em ascensão e mediatos de um povo carente de liberdade e direitos, passou a ter de se subordinar às leis elaboradas pelo Parlamento, órgão responsável pela expressão da vontade geral.

¹⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 23.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7-8.

¹⁵⁵ No que toca à Revolução Francesa, nossa interpretação é a de que, àquela época, o poder oficial sobre os súditos realmente se concentrava nas mãos do monarca, entretanto, uma nova classe despontava com um poder que ameaçava tal *status quo* político. Estamos a nos referir ao poder econômico que, em face do desenvolvimento comercial, passou a se concentrar nas mãos de uma classe em ascensão: a burguesia. A ela não interessava a falta de liberdade das pessoas, a submissão a um soberano que tudo podia e que esmagava a capacidade econômica dos indivíduos em razão dos pesados tributos. Um povo livre representava uma massa consumidora de mercadorias e quem as tinha, a burguesia, só poderia se beneficiar com um movimento libertário. Dessa forma, com o apoio da burguesia em ascensão, o povo francês se mobilizou no planejamento de um movimento revolucionário que tinha por objetivo a derrubada do poder absoluto do Rei, sob o famoso ideário de liberdade, igualdade e fraternidade.

Por meio da observância fiel de tais leis que também passaram a estruturar o poder estatal, o Estado não mais podia agir livremente, agora os freios à atuação estatal estavam representados pela Lei. Nesse sentido, a lei do 28 *pluviose* do ano VIII de 1800 é considerada como a certidão de nascimento do Direito Administrativo. Por meio de tal lei foram estabelecidas as normas de organização da Administração Pública e as relativas à solução de conflitos envolvendo o Estado-Administração.¹⁵⁶

Entretanto, conforme nos ensina Gustavo Binjenbojm, “tal história seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa.”¹⁵⁷ Para Binjenbojm, o romantismo de tal versão da história está no fato de se acreditar que o Direito Administrativo surgiu de uma submissão do Estado à vontade do Parlamento, criador das leis em nome do povo.¹⁵⁸

O que na verdade ocorreu foi a manutenção de práticas administrativas do Antigo Regime. A burguesia, agora no poder, não confiava no poder judiciário, ainda fiel ao monarca, e acabou por criar uma jurisdição administrativa, que tinha como órgão central o Conselho de Estado (*Conseil d'État*).¹⁵⁹

Ocorre que o Conselho de Estado era um órgão ligado ao Poder Executivo, o que já indicava um grande problema. O Estado estaria sendo juiz de si mesmo. Dois pontos basilares de um Estado de Direito estariam sendo subvertidos: o princípio da legalidade e o da separação de poderes.¹⁶⁰

A uma, como a função de legislar sobre Direito Administrativo estava sendo entregue a um órgão ligado ao Poder Executivo, estava sendo atacada a noção clássica de legalidade centrada na ideia de uma vontade geral expressa por meio da lei. A duas, estava a ocorrer verdadeira ofensa à teoria da divisão de poderes estatais, conforme propugnada por Montesquieu, uma vez que a função legislativa estaria sendo desempenhada pelo Executivo.¹⁶¹

Dizendo de outra forma, o Conselho de Estado, exercendo a jurisdição

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.9.

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11.

¹⁵⁸ Ibid., p. 10-16

¹⁵⁹ BINENBOJM, loc. cit.

¹⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

¹⁶¹ BINENBOJM, loc. cit.

administrativa, acabava por ditar as normas e os princípios regentes da atividade administrativa estatal, sem subordinação ao Poder Legislativo. Era o Estado se auto-regulamentando, criando as normas às quais se vinculava no exercício de sua função administrativa.

De qualquer sorte, não podemos nos afastar da ideia de que o Direito Administrativo se desenvolve na França, em face, notadamente, da jurisprudência do Conselho de Estado. Neste sentido as lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, para quem, o direito administrativo evoluiu, de forma curiosa, “[...] a partir da jurisprudência criativa do *Conseil d’État* (Conselho de Estado francês), órgão integrante da própria estrutura executiva e responsável pelo contencioso administrativo”.¹⁶²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ratifica tal relação entre o Direito Administrativo e o Conselho de Estado. Para a jurista, “[...] o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, teve origem na França, sendo de elaboração pretoriana, em decorrência do trabalho do Conselho de Estado [...]”.¹⁶³

Entendemos ser essa uma primeira noção de legalidade, como aquela vinculação às normas emitidas pelo Conselho de Estado por meio de sua jurisprudência administrativa.

Pensamos, entretanto, que um sentido mais clássico da legalidade, como a vinculação à vontade geral de um povo, expressa por meio da Lei editada por um órgão legislativo, titular de uma procuração popular em face da representatividade democrática, tem uma estreita relação o constitucionalismo, com raízes bem anteriores às do movimento revolucionário francês do final do século XVIII.

A importância do estudo do constitucionalismo para a compreensão do Direito Administrativo está, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, na pretensão daquele movimento de “[...] realizar o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político [...]”.¹⁶⁴

¹⁶² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 10.

¹⁶³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O direito administrativo brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da common law. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez-2006/jan-2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/o-direito-administrativo-brasileiro-sob-influencia-dos-sistemas-de-base-romanistica-e-da-common-law>>. Acesso em: 05 out. 2012.

¹⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 33.

Assim como os limites à atuação administrativa do Estado seriam impostos pela Lei (seja na forma de jurisprudência do Conselho de Estado francês, seja por atuação do legislador), uma Constituição teria o condão de impor limites à atuação dos governos, um cerceamento das arbitrariedades.

Ainda a justificar nosso próximo passo em tecer breves comentários acerca do constitucionalismo, Dirley da Cunha Júnior sintetiza a conexão entre o Direito administrativo e o Direito Constitucional:

Como se sabe, o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público que consiste num conjunto articulado e harmônico de normas jurídicas (normas-princípios e normas-regras) que atuam na disciplina da Administração Pública, de seus órgãos e entidades, de seu pessoal e serviços, regulando uma das funções desenvolvidas pelo Estado: a função administrativa. Tem por objeto específico, portanto, a Administração Pública e o desempenho das funções administrativas, mantendo, por isso uma íntima conexão com o Direito Constitucional. Assim, o Direito Administrativo compreende um conjunto de normas – muitas das quais ditadas pela Constituição – que delimitam a atuação e o funcionamento do Estado-administração, que se organiza para desempenhar as atividades administrativas consistentes em realizar concreta e direta e imediatamente os fins que lhe são constitucionalmente atribuídos, provendo os interesses da coletividade.

E é exatamente o Direito Constitucional que disponibiliza ao Direito Administrativo os princípios gerais e os fundamentos da organização da Administração Pública, bem assim as regras básicas para a elaboração dos regimes funcionais dos agentes administrativos.¹⁶⁵

Reforçando a ideia de íntimo relacionamento entre o constitucionalismo (Direito Constitucional) e o Direito Administrativo, Ruy Espíndola leciona que controlar o poder “[...] para impeli-lo a realizar o justo é a aspiração do direito constitucional (e administrativo) da atualidade, revelando-se pelos princípios que condensam direitos fundamentais de defesa ou direitos fundamentais a prestações.”¹⁶⁶

Enfim, por meio de uma atividade hermenêutica, da qual já fizemos breve exposição acerca de sua evolução no primeiro capítulo deste trabalho, a atividade administrativa se desenvolve sob a égide de normas (regras e princípios) plasmadas no texto constitucional. Interessante notar que a realização do justo, conforme dito por Espíndola, não é aspiração somente do Direito Constitucional, mas também do Administrativo.

¹⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 51.

¹⁶⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261-262.

A ideia da busca por justiça pela Administração Pública é também defendida por Odete Medauar. Para a autora, a justiça não deve estar associada exclusivamente ao Poder Judiciário, mas também deve ser atribuída à Administração tal tarefa, mormente em face do processo administrativo. Por meio do processo administrativo busca-se a justiça não só pela presença do contraditório e ampla defesa, mas também pela possibilidade de sopesamento dos vários interesses que envolvem determinada situação.¹⁶⁷

Podemos dividir o constitucionalismo em antigo e moderno. Antigo como sendo o relativo a um período de inexistência de um documento escrito consolidado na forma de uma Constituição a estruturar o Estado e limitar seu poder por meio do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais. Já o constitucionalismo moderno como aquele relacionado às Constituições escritas, documentos basilares do Estado Moderno.¹⁶⁸

A fase do constitucionalismo antigo remonta à antiguidade clássica. Nas Cidades-Estado gregas, entre os séculos V e III a.C., o regime de democracia direta proporcionava absoluta igualdade entre governantes e governados, com o poder político exercido por todos os cidadãos ativos. Já na República Romana, entre os séculos V e II a.C., a instituição de um sistema de freios e contrapesos passou a dividir e limitar o poder político, o que colaborou para com o desenvolvimento das ideias constitucionalistas.¹⁶⁹

Essa fase antiga do constitucionalismo tem seu ponto marcante na idade média, com a Magna Carta inglesa de 1215. Tal documento abriu as portas para outros que, já na era moderna, foram elaborados com o objetivo de dar concretude ao discurso constitucionalista daquela época. Para citarmos os documentos constitucionais mais importantes do período moderno: o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689.¹⁷⁰

O que podemos dizer de tal época de constitucionalismo antigo era que não existia uma Constituição escrita, como um documento único conforme conhecemos hoje.

Ainda tomando por empréstimo as lições de Dirley da Cunha Júnior, no

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 66-67.

¹⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 34-36.

¹⁶⁹ Ibid., p. 34.

¹⁷⁰ Ibid., p. 34-35.

constitucionalismo antigo a noção de Constituição (como já dito, não escrita), se restringia a organizar politicamente os velhos Estados e a limitar em parte o poder estatal por meio do reconhecimento de alguns direitos fundamentais, aos quais o soberano respeitava de forma espontânea, uma vez que não havia sanção para o desrespeito aos direitos dos súditos.¹⁷¹

O constitucionalismo moderno, como movimento que tem nas constituições escritas seu grande fundamento, conforme o próprio nome, é característico da era moderna. Nas palavras de George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite, “a ideia de Constituição enquanto norma limitadora do poder político e asseguradora dos direitos individuais/fundamentais surge no final do século XVIII [...]». ¹⁷²

O constitucionalismo moderno tem como ponto de partida o movimento libertário e de independência das treze colônias da América do Norte. Fruto do referido movimento, a Constituição Americana de 1787 inaugurou a fase de documentos constitucionais escritos e sistematizados em um diploma único. Por meio de tal documento magno, a estrutura do Estado era delineada e o poder político era limitado por um catálogo de direitos e garantias fundamentais. A constituição passou a vincular todos os órgãos do poder político e a se situar em um patamar superior a todas as demais normas.¹⁷³

Podemos destacar que outro documento de extrema importância em sede de constitucionalismo moderno foi a Constituição Francesa de 1791, fruto também de um movimento revolucionário, conforme vimos em páginas antecedentes. Aqui se cruzavam os caminhos do constitucionalismo e do nascimento do Direito Administrativo, entendido àquela época por um conjunto de normas advindas da jurisprudência do Conselho de Estado francês.

Ao estabelecer limites à atuação do próprio Estado, a Constituição estabelecia normas, sejam regras, sejam princípios, assim como a Lei ou as normas postas pelo Conselho de Estado francês, que ditavam a conduta do Estado-Administração no desempenho de sua função administrativa.

¹⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 35.

¹⁷² LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 138.

¹⁷³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 35-36.

Quando dissemos acima que os “caminhos se cruzavam”, estávamos a nos referir à função básica, àquela época, tanto da Constituição, quanto da Lei: limitar os poderes do Estado. Ocorre que naquela fase ainda havia, em termos de atuação da Administração Pública, clara prevalência da Lei: o administrador agia em compasso com a Lei e com a jurisprudência do Conselho de Estado, no caso francês, não se podendo falar em validade dos atos administrativos diretamente na Constituição.

Naquela fase bem anterior à Segunda Grande Guerra, o papel dos princípios não era o mesmo de hoje. Não possuíam força normativa e eram aplicados apenas supletivamente em uma fase interpretativa, quando a Lei de forma pura não pacificava todos os conflitos.

Mas houve um momento em que uma considerável mudança ocorreu. Ao deitarmos os olhos por sobre a linha da história da humanidade, certamente poderemos visualizar inúmeros episódios de profunda crueldade do homem para com o próprio semelhante. A escravidão, as guerras, todos os atos de barbárie já cometidos contra a humanidade causam choque e estarrecimento.

Talvez, para guardar uma distância não tão grande na linha do tempo, o Holocausto, durante a Segunda Grande Guerra, tenha sido o ato mais marcante e exemplificativo de quão cruel pode ser o Homem consigo mesmo, considerado como espécie animal, um animal “racional”.

As cenas divulgadas no Julgamento de Nuremberg, até então inéditas para as pessoas daquele tempo de pós-guerra, de cadáveres amontoados e formando pilhas de “seres humanos descartáveis”, de tratores empurrando corpos para dentro de buracos, como se fossem pura terra, tudo reforçava uma certeza no coração e mente de todas as pessoas humanas: aquilo não poderia acontecer novamente.

A justificativa maior daqueles que estavam sendo julgados pelos horrores da guerra acabou por contribuir para o enfraquecimento do movimento positivista, uma vez que os atos praticados encontravam apoio no ordenamento jurídico nazifascista, válido conforme a referida teoria, que não era permeável à influência da axiologia no campo de validade do Direito.

Inaugurava-se uma nova fase, ao nosso sentir, contida no constitucionalismo moderno, mas já numa perspectiva histórica de contemporaneidade – o neoconstitucionalismo.

Foi a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito: a Lei e o princípio da legalidade deixavam de ser o centro do

sistema jurídico e davam lugar de primazia à Constituição e ao princípio da constitucionalidade, em face da força normativa da Constituição e de sua supremacia e forte carga valorativa.¹⁷⁴ Inaugurava-se a fase de enorme influência dos princípios no sistema jurídico, como vetores da forte carga axiológica já referida.

O neoconstitucionalismo propiciou o surgimento de um novo paradigma jurídico, qual seja, o Estado Constitucional de Direito, no qual as leis e demais normas jurídicas passaram a ter sua validade condicionada à compatibilidade com os princípios e regras trazidos no bojo da Constituição. Chamamos aqui a atenção mais uma vez para os princípios constitucionais, que passaram a servir de guia e de baliza para a atuação do legislador.

Não vamos aqui repetir o que já dissemos acerca da importância dos princípios jurídicos, mas faz-se mister destacarmos a presença de vários princípios, verdadeiros valores, no corpo de uma Constituição e que têm por finalidade orientar a atuação do Estado-Administração na consecução de seu objetivo máximo: a realização do bem comum, com a oferta de um serviço público eficiente e de qualidade aos cidadãos.

No caso brasileiro, vários princípios foram constitucionalizados em face da atividade da Administração Pública, o que merece melhor detalhamento.

3.2 OS ASSIM CHAMADOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios constitucionais cumprem papéis diversificados na ordem jurídica e são tidos como multifuncionais. Vinculam a prática de vários atos jurídico-públicos (leis, sentenças e atos administrativos), bem como a atuação dos poderes públicos e privados.¹⁷⁵

A multifuncionalidade se explica por três pontos distintos e convergentes: são paramétricos no sentido de servirem de base de aferição do grau de correspondência entre os atos jurídicos públicos e privados com os valores constitucionais, proporcionando o controle de constitucionalidade e outras ações e

¹⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a. p. 39.

¹⁷⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-256.

instrumentos de controle; são vetores interpretativos de que se valem os aplicadores do direito em face das situações concretas do mundo da vida e, por fim, são supridores das lacunas existentes na ordem jurídica.¹⁷⁶

Didaticamente, podemos dizer que no bojo de uma Constituição há princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais específicos, que se manifestam de forma mais prevalente em determinados ramos da ciência jurídica. Entre os gerais vale citar o da legalidade/liberdade, o da razoabilidade, o do devido processo legal, o da segurança jurídica, o da igualdade, o do contraditório e ampla defesa e os do juiz e do promotor naturais.¹⁷⁷

Os específicos podem ser encontrados nos diversos ramos do direito: o da anterioridade, no Direito Tributário; o da vedação das penas cruéis, no Direito Penal e o da vedação ao enriquecimento sem causa, no Direito Civil, só para ficarmos com alguns exemplos. Entretanto, o que nos interessa neste trabalho são os princípios mais afetos à atuação administrativa estatal: os princípios jurídico-administrativos.

Os princípios constitucionais administrativos ou jurídico-administrativos podem ser considerados valores fundamentais a orientar a atividade da Administração Pública e foram citados expressamente no texto constitucional de 1988 ou são reconhecidos pelos publicistas.

Os princípios expressos são os elencados no caput, do art. 37, da Constituição Federal de 1988¹⁷⁸: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dentre os reconhecidos, o da supremacia do interesse público, o da autotutela, o da indisponibilidade e o da continuidade dos serviços públicos.¹⁷⁹

Não podemos deixar de citar, na linha de Humberto Ávila, dois postulados normativos aplicativos específicos de grande importância na atuação do

¹⁷⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-256.

¹⁷⁷ Ibid., p. 267-278.

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

¹⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.13-23.

administrador público: a razoabilidade e a proporcionalidade.¹⁸⁰

Ainda em relação aos assim chamados princípios constitucionais da Administração Pública, é normal a referência aos elencados no caput do art. 37 como os princípios constitucionais da Administração Pública. Mas não são os únicos aos quais a Constituição se referiu expressamente. Em face de sua grande importância para a atividade administrativa estatal, dois outros, presentes no art. 70 da CF/88¹⁸¹ podem ser citados, de forma não exaustiva: os princípios da legitimidade e da economicidade.

No que concerne ao princípio da legitimidade, apesar de expressamente destacado no texto constitucional no capítulo referente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, como balizador nas atividades de fiscalização da execução das despesas públicas por parte dos Tribunais de Contas, Parlamentos e órgãos de controle interno da Administração, nas palavras de Ruy Samuel Espíndola, nada impede sua aplicação a “[...] todo e qualquer ato administrativo, ainda que não relacionado diretamente a despesa e receita, desde que imponha encargos à Administração e seus administrados [...]”.¹⁸²

O princípio da legitimidade impõe uma avaliação sobre o aspecto material dos atos administrativos, notadamente sobre aqueles que importem gastos de recursos públicos. Afinal, o recurso público não pertence ao Estado, mas sim a toda a coletividade, e desse modo, deve ser aplicado em ações que sejam de interesse dessa coletividade e não somente do Estado ou de pessoas determinadas.

Continuando no escólio de Ruy Espíndola, “atos, despesas e receitas legítimas são aquelas que atendem aos anseios populares – anseios, estes, em uma Federação, medidos em cada unidade federativa, em cada povo nela existente”.¹⁸³

A título ilustrativo, analisemos a instalação de uma passarela de pedestres em um ponto de uma via pública em que já exista um semáforo e faixa de travessia de pedestres.

¹⁸⁰ Para uma melhor compreensão dos postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 162-185.

¹⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

¹⁸² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 286.

¹⁸³ Ibid., p. 285.

A despeito de ter sido a obra de construção da passarela devidamente licitada e contratada sob rigorosa observância das normas relativas aos contratos administrativos, tal despesa pública mostrar-se-ia ilegítima, por sua clara prescindibilidade e por não atender aos anseios da coletividade, a qual poderia se mostrar carente de assistência à saúde ou até mesmo que necessitasse da construção da passarela em outro ponto de maior risco aos transeuntes. Tal ilegitimidade seria uma clara afronta à eficiência administrativa. Mas voltaremos a esse aspecto mais adiante.

Também presente na Constituição Federal como parâmetro na fiscalização e controle da despesa pública (art. 70)¹⁸⁴, o princípio da economicidade passa pela compreensão de que os recursos públicos são escassos¹⁸⁵ e demandam uma aplicação planejada de forma que se possa atender aos anseios da coletividade no maior grau de satisfação possível com o menor dispêndio de recursos do erário, ou seja, de forma otimizada.

Em face da busca pela economicidade, as despesas públicas, em regra, devem ser precedidas de licitação para fins de obtenção das condições mais vantajosas para a Administração Pública em termos de qualidade e preço dos produtos e serviços adquiridos e/ou contratados. Mas devemos nos manter atentos para que a economicidade não seja interpretada como sinônimo de menor preço, pois quem compra um produto ou contrata um serviço de preço inferior, mas de baixa qualidade, acaba por gastar mais em uma nova aquisição ou contratação por um produto ou serviço de melhor qualidade.

A temática de princípios da Administração Pública que se encontram expressos no texto constitucional e fora do caput do art. 37 não se exaure com os princípios da legitimidade e da economicidade, mas em face do objeto deste estudo, voltemos aos chamados princípios constitucionais da Administração Pública.

O princípio da legalidade, um dos temas deste trabalho, será minuciosamente estudado mais adiante, entretanto, importa neste momento o definir como sendo aquele que limita a atuação do administrador público, restringindo sua

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

¹⁸⁵ Sobre a escassez e escolhas por parte da Administração sugerimos as leituras de AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 e GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ação somente a situações em que houver autorização legal para tal. O agente público, em razão da legalidade, não age com finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela Lei.¹⁸⁶

Assim, podemos entender que a legalidade para a Administração Pública tem um sentido de vinculação positiva, uma vez que só há atuação do Estado-Administração quando houver autorização ou mandamento para tal na Lei. Já no caso dos particulares, a vinculação é negativa, pois lhes é autorizado tudo aquilo que a Lei não proíba.

Desdobramento no campo do Direito Administrativo do princípio da igualdade, a impessoalidade obsta o tratamento privilegiado a quem quer que seja, da mesma forma que impede a perseguição a quem quer que seja. Dizer que a atividade administrativa é impessoal é afirmar o tratamento imparcial a ser conferido aos administrados.¹⁸⁷

Dito de outra forma, o princípio da impessoalidade se dirige tanto ao administrado, quanto ao administrador. No que toca ao administrado, como já dito, o interesse a ser atendido é o da coletividade e não de pessoas determinadas. Já no que concerne ao administrador, o seu comportamento é atribuído à pessoa jurídica e não à pessoa física do agente público. Assim, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, “a atuação impessoal da Administração Pública é imperativo que funciona como uma via de mão dupla [...]”.¹⁸⁸

A moralidade administrativa teve sua origem na França do final do século XIX e início do século XX como uma tentativa de se evitar o abuso cometido pelos administradores públicos protegidos pela legalidade estrita. Dessa forma, por meio da moralidade com um sentido autônomo, ampliava-se a abrangência do controle da legalidade dos atos dos administradores públicos.¹⁸⁹

Nesse sentido, interessante ensinamento nos é trazido por Silvério Carvalho Nunes que inclui a moralidade dentro de um conceito mais amplo de legalidade justa. O conceito de legalidade justa, conforme trabalhado pelo jurista

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 295.

¹⁸⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 281.

¹⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 41.

¹⁸⁹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39-40.

mineiro, abraça e se constitui de outros conceitos: o da legalidade objetiva e o da moralidade administrativa.¹⁹⁰

O administrador público, no seu agir, estaria vinculado não só à legalidade externa, formal, objetiva, ou seja, à norma positivada, mas também à legalidade interna, representada pela moralidade, como padrão de retidão, honestidade e legitimidade (busca do interesse coletivo).¹⁹¹

Em torno dessa construção teórica, Carvalho Nunes conceitua a moralidade administrativa como sendo um princípio constitucional especial, de observância obrigatória, “[...] de natureza interna da ordem jurídica administrativa que, atuando em conjunto com o princípio da legalidade externa, obriga a Administração Pública e o seu agente a um procedimento legal e legítimo [...]”.¹⁹²

A publicidade dos atos administrativos é condição de eficácia para que os mesmos possam gerar efeitos. A publicidade possui duas dimensões: uma coletiva e outra individual.¹⁹³

A dimensão coletiva diz respeito à publicação dos atos oficiais para que qualquer do povo tenha acesso às informações. Já a dimensão individual tem estreita relação com o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o referido princípio impõe que nos processos administrativos os interessados (postulantes ou acusados) sejam intimados pessoalmente dos atos, para fins de providências de direito que sejam julgadas necessárias por cada um.¹⁹⁴

Em face do princípio da publicidade, estamos a testemunhar o elevado crescimento dos sítios da internet denominados Portais da Transparência, como forma de divulgar as despesas realizadas pela Administração, até mesmo remuneração de servidores públicos¹⁹⁵, em todos os três níveis de governo (federal,

¹⁹⁰ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade justa e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005. p. 223-226.

¹⁹¹ NUNES, loc.cit.

¹⁹² NUNES, p. 225.

¹⁹³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 283.

¹⁹⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 283.

¹⁹⁵ Suspensão de segurança. Acórdãos que impediam a divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração. Deferimento da medida de suspensão pelo presidente do STF. Agravo Regimental. Conflito aparente de normas constitucionais. **Direito à informação de atos estatais, neles embutida a folha de pagamento de**

estadual e municipal). Apesar do nome Portal da Transparência como forma de tornar público os referidos vencimentos dos servidores, publicidade e transparência são conceitos que não se confundem.

O princípio da transparência está relacionado com o Estado Democrático de Direito, estando expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular.¹⁹⁶

Segundo Gilberto Tristão, “considera-se transparência a democratização do acesso às informações, em contraposição ao sigilo das mesmas.” Prossegue o autor afirmando que a transparência na Administração Pública propicia a disseminação de informações em volume e qualidade suficientes para tornar possível a avaliação da gestão pública como instrumento de gestão democrática.¹⁹⁷ Reforçada, aqui, a noção de correlação entre o princípio da transparência e o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, há quem entenda que o verdadeiro controle social se dá por meio de uma política de publicidade, estando aí inserida uma política de transparência. A transparência tem o condão de eliminar ou diminuir o segredo entre o Estado e o cidadão, mas só por meio da publicidade pode-se “[...] atrelar as decisões do governo à autoridade da cidadania, seja por meio de instituições, seja por meio da participação da própria sociedade nos processos de escolhas e decisões públicas.”¹⁹⁸

Com o devido respeito à posição de Fernando Filgueiras, entendemos que a publicidade dos atos administrativos é necessária para conhecimento geral e eficácia dos atos da Administração, mas o verdadeiro e eficaz controle social só se faz presente por meio da transparência, quando a motivação dos atos for clara e inteligível, propiciando ao cidadão a participação na gestão da coisa pública por meio

órgãos e entidades públicas. Princípio da publicidade administrativa. Não reconhecimento de violação à privacidade, intimidade e segurança de servidor público. Agravos desprovidos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3902 Segundo AgR/SP. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgamento em 9 jun. 2011. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo630.htm#Servidorpúblico:divulgação devencimentos e publicidade administrativa](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo630.htm#Servidorpúblico:divulgação%20devencimentos%20e%20publicidade%20administrativa)>. Acesso em: 10 out. 2011). (grifos nossos)

¹⁹⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa, publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.

¹⁹⁷ TRISTÃO, Gilberto. *Transparência na administração pública*. In: **VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, 2002, Lisboa, Portugal. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0043714.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁹⁸ FILGUEIRAS, Fernando. **Transparência, publicidade e accountability**. Belo Horizonte: Centro de Referência do Interesse Público, 2011. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia_publicidade_e_accountability.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, o ato de publicação de um edital de licitação a torna pública, mas a transparência só se alcança com a disponibilização das razões e motivos que levaram o administrador a iniciar o certame, assim como a destinação dos bens e serviços a serem adquiridos ou contratados.

Transparente, assim entendemos, é aquilo que fica claro ao cidadão, em termos simples e de fácil entendimento. Não há como bem utilizar os instrumentos de participação popular disponíveis se não for límpida, clara, enfim, transparente, a informação relacionada à gestão pública.

Como último dos chamados princípios constitucionais da Administração Pública, o princípio da eficiência foi incluído no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 19/98 Tal fato foi festejado pelos operadores do direito como solução para os problemas de ineficácia da Administração Pública.

Entretanto, o dever de eficiência já constava no texto original da mesma Constituição¹⁹⁹, em seu art. 74, inciso II. Com o objetivo de atendimento dos interesses gerais da população, a Emenda Constitucional criou, no bojo da Constituição da República de 88, instrumentos jurídicos necessários para estabelecimento de contratos de gestão²⁰⁰ entre órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, além de permitir a gestão conjunta de serviços públicos²⁰¹ entre os entes federados.

¹⁹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. [...] 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: [...]§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal. § 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr.

²⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. [...] Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de

No que toca, à eficiência administrativa, voltaremos ao tema com o aprofundamento adequado aos objetivos deste trabalho. Por agora, vale transcrever o ensinamento de Humberto Ávila ao estabelecer a definição do que seria uma atuação eficiente por parte da Administração:

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.²⁰²

Neste ponto, mais uma vez alertamos que os princípios norteadores da atuação do Estado-Administração não se exaurem nos aqui brevemente expostos. Tratam-se, os aqui comentados, dos considerados basilares, estando entre eles os dois que serão oportunamente estudados neste capítulo e que são objeto desta pesquisa: os princípios da legalidade e da eficiência.

Haja vista tratar-se este trabalho de um estudo acerca da possibilidade de mitigação de um princípio, no caso o da legalidade estrita, em função dos vetores proteção da confiança e boa-fé objetiva, é oportuno tecermos breves comentários acerca da possibilidade ou não de mitigação dos princípios constitucionais da Administração Pública aqui tratados.

serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr.

²⁰² ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. p. 23-24. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

3.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: RELATIVOS OU ABSOLUTOS?

Voltando ao já exposto, dissemos que a Constituição de 1988²⁰³ traz, em seu art. 37, caput, os princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Conforme as lições de José dos Santos Carvalho Filho, tais valores elencados pela Carta Maior são os chamados princípios expressos, para diferenciá-los dos princípios reconhecidos, expressão usada para designar aqueles não explicitados no texto constitucional, mas aceitos pela doutrina publicista.²⁰⁴

Segundo o citado doutrinador, no que toca a tais valores, “revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles”.²⁰⁵

A despeito de se constituírem verdadeiro farol na atuação do administrador público, devemos nos questionar se existe alguma possibilidade de mitigação dos referidos princípios, ou se eles reinam de forma absoluta em sede do regime jurídico-administrativo.

3.3.1 Os princípios da impessoalidade e da publicidade: mitigação autorizada

No que concerne ao princípio da impessoalidade, devemos entendê-lo como uma exigência de atividade administrativa em prol da coletividade e não em benefício de determinados grupos, em detrimento de outros. O princípio funciona como uma via de mão dupla, não somente em relação ao administrado como no que toca ao administrador.²⁰⁶

Quanto ao administrado, a impessoalidade veda o tratamento dirigido a pessoas determinadas, o destinatário da atividade estatal é a coletividade. No que concerne ao administrador, não é à sua pessoa física que deve ser imputada a

²⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

²⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.13.

²⁰⁵ CARVALHO FILHO, loc. cit.

²⁰⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 41-42.

responsabilidade pelos atos e provimentos administrativos, mas sim ao Estado-Administração.²⁰⁷

Podemos dizer que o princípio da impessoalidade não é absoluto na seara do Direito Administrativo. É a Lei 8.666/93²⁰⁸, em seu art. 25, inciso III, que nos permite fazer tal afirmação.

A referida legislação trata do tema licitação pública e no citado dispositivo cuida da inexigibilidade de licitação para contratação de artista consagrado pela crítica ou opinião pública. Ora, o procedimento licitatório existe justamente para coibir escolhas por parte do administrador público em benefício de uma pessoa determinada, ou seja, uma consagração do princípio da impessoalidade.

Não obstante, é a própria Lei que trata de excepcionar o citado princípio, autorizando diretamente a contratação de pessoa determinada, no caso, desde que consagrada pela crítica ou opinião pública. Trata-se, portanto, a impessoalidade, de princípio não absoluto.

Conforme já expusemos, outro princípio elencado na Constituição da República é o da publicidade. Entendemos a importante função de controle popular de que se reveste o princípio da publicidade (notadamente em face da transparência administrativa), entretanto, assim como na análise da impessoalidade, podemos afirmar que também aqui estamos diante de um princípio não absoluto. Socorremo-nos, desta vez, da Constituição Federal para provar o que acabamos de alegar.

Em seu art. 5º, inciso XXXIII, a Constituição Federal²⁰⁹ excepciona o princípio da publicidade ao autorizar os órgãos públicos a manter sigilo de dados e informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Portanto, também não é absoluto o princípio da publicidade.

Como vimos, no que toca aos princípios da impessoalidade e da publicidade, a mitigação não só é possível, como autorizada, tanto pela Constituição, quanto pela legislação infraconstitucional. Não tão simples se mostra a questão

²⁰⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 41-42.

²⁰⁸ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

referente ao princípio da legalidade. Não há que se falar em ilegalidade autorizada, mas seria possível uma mitigação de tal princípio?

3.3.2 O princípio da legalidade: uma mitigação possível em face do conceito de juridicidade

Para que possamos passar à análise da possibilidade de mitigação do princípio da legalidade, cumpre-nos tecer algumas considerações.

Inicialmente, devemos esclarecer que a legalidade pode ser vista como gênero, do qual podemos extrair duas espécies, as quais preferimos chamar de “legalidade estática” e “legalidade dinâmica”.

Por “legalidade estática” (estática aqui no sentido de contrariedade à noção de dinamicidade, movimento, evolução) entendemos aquela estritamente formal, dito de outra forma, aquela que se limita ao texto escrito de um documento normativo. Podemos dizer que a “legalidade estática” seria a representação máxima de um ideal de segurança jurídica positivista, afinal, a lei, sendo do conhecimento de todos, ao menos de forma ficta, traria todas as regras do jogo social e a surpresa não faria parte do mundo jurídico.

Entretanto, devemos nos lembrar, como já dissemos, que o apego exacerbado à legalidade estrita (ou “estática”) já serviu de justificativa para barbáries, como o Holocausto, em face da legislação discriminatória do regime nazista. Ademais, o legislador não consegue acompanhar a evolução da sociedade e a falta de “adequação e modernização” da lei (melhor dizendo, de movimentação da norma na direção da evolução dos fatos e valores sociais) pode conduzir a injustiças. Nesse sentido as lições de Silvério Carvalho Nunes²¹⁰:

A lei em sentido estrito, a lei em sentido formal ou norma de regência referida por alguns, se isolada dos valores sociais, normalmente se revela injusta e até parcial. Isto porque a interpretação isolada nem sempre está em harmonia com os princípios jurídicos.

Assim, o Direito perde o mais importante: perde a sua seiva, a sua alma, o seu sentimento. Perde o seu contato com a realidade e, conseqüentemente, com o valor social, e termina por adquirir o mesmo significado de lei, transformando-se em repositório das mais graves injustiças contra o ser humano.

²¹⁰ NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade justa e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005. p. 271.

Assim, entendemos que a “legalidade dinâmica” é a que se ajusta perfeitamente ao conceito de um Estado Constitucional Democrático de Direito, à constitucionalização dos diversos ramos da ciência jurídica, especialmente do Direito Administrativo.

Entendemos que a “legalidade dinâmica” pode ser compreendida como aquela que se consubstancia em uma leitura dos dispositivos legais à luz dos princípios e valores trazidos no bojo da Constituição, em suma, uma legalidade que signifique a busca por justiça, por não se amoldar somente ao enunciado de um texto, mas também aos valores sociais em constante evolução.

Quando substituímos a lei estrita pela Constituição, nos postamos diante de um verdadeiro bloco de legalidade. Uma leitura do Direito, no caso o Administrativo, iluminada pelos princípios e regras plasmados na Constituição, com ênfase nos primeiros²¹¹. Não nos esqueçamos da força normativa tanto das regras, quanto dos princípios. Nesse sentido as lições de Robert Alexy para quem “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”.²¹²

A essa forma ampla e material de legalidade (ideia de constitucionalidade e justiça), que passa a englobar regras e princípios, que preferimos apelidar de “legalidade dinâmica”, a doutrina chama de juridicidade. Gustavo Binbenbojm assim se refere ao tema: ²¹³

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

A esta altura, podemos nos valer das lições de Binbenbojm, no que toca à atividade *contra legem*, para analisar a possibilidade de mitigação do princípio da legalidade, considerando o caráter material (juridicidade) já mencionado. Um

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141.

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 87.

²¹³ BINENBOJM, op. cit., p. 142.

importante aspecto a ser observado quando de tal análise diz respeito à técnica da ponderação.

A possibilidade ou não de mitigação do princípio da legalidade há de ser avaliada em cada caso concreto, ao se estabelecer uma ponderação entre o princípio da legalidade estrita de um lado e um ou mais princípios constitucionalmente protegidos de outro. O resultado de tal operação de sopesamento representa a manifestação da juridicidade.

Gustavo Binimbojm nos traz exemplos de decisões do TCU (Decisão nº 314/1994, da 1ª Câmara) e do STF (Mandado de Segurança nº 22.357/DF) em que se validaram atos, formalmente ilegais, em prestígio ao princípio da confiança.²¹⁴ Sobre a possibilidade de mitigação do princípio da legalidade, Binimbojm ensina que a convalidação ou a validação de um ato administrativo ilegal (invalidação prospectiva) são formas de, por vezes, se cumprir a Constituição, quando o peso da proteção à confiança legítima sobrepujar o valor legalidade estrita.²¹⁵

Após demonstrada a possibilidade de mitigação do princípio da legalidade à vista de cada caso concreto, resta-nos a análise da possibilidade ou não de flexibilização dos outros dois princípios constitucionais expressos da Administração Pública: da moralidade e da eficiência.

3.3.3 Moralidade e Eficiência: a impossibilidade de mitigação em sede da atividade administrativa

Segundo o escólio de Alexandre de Moraes, o princípio da moralidade administrativa impõe ao administrador, no desempenho de suas atividades, o dever de “[...] respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.”²¹⁶

Não menos, nem tampouco mais importante que o valor moralidade, a eficiência foi inserida na Constituição Federal em face da reforma administrativa, levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Para José dos Santos Carvalho Filho, para agir com eficiência “[...] a

²¹⁴ BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 191-192.

²¹⁵ Ibid., p. 194.

²¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 296.

Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo [...]”.²¹⁷

Complementarmente, Dirley da Cunha Júnior nos indica três aspectos basilares da eficiência administrativa, quais sejam a rapidez, a perfeição e a rentabilidade. Rapidez como sinônimo de celeridade e dinamicidade, como forma de afastar a burocracia. Perfeição no sentido de satisfatividade e completude. Rentabilidade significando máxima produtividade com menor onerosidade.²¹⁸

Enfim, conforme registramos com o auxílio de parte da doutrina nacional, tanto a moralidade, quanto a eficiência podem ser considerados pilares, juntamente com outros valores não alcançados pelo presente trabalho, do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Como procuramos demonstrar até este ponto, no que toca à possibilidade de mitigação de um princípio jurídico, acreditamos que existem, basicamente, duas formas: ou a mitigação vem autorizada no texto legal ou constitucional; ou há de ser realizada uma operação de sopesamento entre eles, melhor dizendo, uma ponderação de valores.

No que concerne à autorização legislativa, tal foi demonstrado com referência aos princípios da impessoalidade e da publicidade. Salientamos que a existência da possibilidade de mitigação já deferida pelo legislador ordinário ou constitucional não afasta a realização da operação de ponderação, quando o caso concreto assim a requerer.

Já a mitigação via ponderação de valores foi demonstrada no que respeita ao princípio da legalidade uma vez que, por questão de aplicação de justiça no caso concreto, um ato ilegal pode vir a ser validado – a convalidação *contra legem*.

No caso dos princípios da moralidade e da eficiência, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, autorização constitucional ou infraconstitucional para sua flexibilização. Em outras palavras, em sede de Administração Pública, não existe a possibilidade de uma atuação imoral ou ineficiente por parte do agente público. O ordenamento jurídico pátrio prevê justamente o contrário.

²¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 19.

²¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 45.

No caso da moralidade, a Constituição Federal²¹⁹ trouxe a Ação Popular como instrumento colocado à disposição do cidadão e hábil para anular ato lesivo à moralidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92)²²⁰ tratou de definir como atos de improbidade, dentre outros, aqueles que afrontem os princípios da Administração Pública, incluindo a prática de atos desonestos, o que se liga diretamente à moralidade administrativa.

A eficiência, como objetivo maior a ser buscado pelo administrador público no desempenho de suas atividades, foi tratada pelo constituinte reformador de 1998, ao incluir, por meio de emenda constitucional, o parágrafo terceiro ao art. 37 da Constituição²²¹.

Por meio de tal dispositivo, foi instituída a possibilidade de representação do usuário contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública, ou seja, contra a atuação ineficiente do agente público. Um sinal claro de intolerância a qualquer ato que viesse a representar uma atuação ineficiente do Estado-Administração.

Com relação à possibilidade de ponderação dos princípios da moralidade e da eficiência administrativas, entendemos ser até possível a realização da operação de sopesamento com outros princípios, entretanto, não vislumbramos a possibilidade de prevalência dos outros valores em conflito.

Ao nosso sentir, no combate real entre a moralidade e a eficiência administrativas com outros valores, a vitória caberá aos dois primeiros pois, como já

²¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 mar. 2012. [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor **ação popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012. (grifo nosso)

²²⁰ BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. [...] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 08 out. 2012.

²²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

dito, não há como imaginar um ato administrativo imoral e ineficiente.

Chegamos a um ponto importante deste trabalho. Se entendemos não ser possível a mitigação dos princípios da moralidade e da eficiência, podemos concluir que tais valores, na realidade são algo mais do que princípios. Afinal como poderíamos classificá-los?

3.3.4 Moralidade e Eficiência administrativas como postulados normativos aplicativos

Um tema de grande atualidade e enorme repercussão na área jurídica é o que diz respeito aos princípios, sua força normativa e à distinção entre princípios e regras. O alemão Robert Alexy, a quem já nos reportamos no capítulo anterior, pode ser citado como um dos grandes nomes da ciência jurídica em face de sua teoria acerca do tema.

Alexy estabelece uma definição de norma como gênero, da qual são espécies os princípios e as regras. Os princípios são mandados de otimização, os quais devem ser analisados em face de cada caso concreto. Já as regras são determinações, sem possibilidade de ponderação no caso concreto.²²²

Para Alexy, o conflito entre princípios deve ser solucionado por uma regra de sopesamento entre eles, o que não representa uma aniquilação de um pelo outro; já o conflito entre regras sempre importa a validade de uma e a invalidade de outra, com a necessária aniquilação da regra inválida.²²³

Divergindo do jurista alemão em alguns pontos, Humberto Ávila, conforme também já expusemos no capítulo antecedente, estabelece uma classificação das normas em dois patamares: as de primeiro e as de segundo grau. As de primeiro grau são os princípios e as regras, já as de segundo, os postulados, havendo os “[...] meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar sua aplicação concreta.”²²⁴

Ávila estabelece três aspectos de distinção entre postulados e normas de primeiro grau (princípios e regras). Primeiramente, regras e princípios são normas

²²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-94.

²²³ ALEXY, loc. cit.

²²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

de aplicação, já os postulados orientam a aplicação de outras normas. Em segundo lugar, os princípios e regras são dirigidos ao Poder público e aos contribuintes, já os postulados são dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. Por fim, por se situarem no mesmo nível, princípios e regras implicam-se reciprocamente, de modo complementar, já os postulados não conflitam com outras normas e orientam a aplicação das normas de primeiro grau.²²⁵

Como podemos constatar, os postulados são colocados em um patamar superior ao das regras e princípios, passando a nortear sua aplicação e sem possibilidade de conflito com tais normas de primeiro grau.

Confirmando esse papel “norteador” que cabe aos postulados na aplicação de outras normas, Ávila entende os postulados normativos aplicativos como diretrizes, normas metódicas “[...] que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.”²²⁶

Voltando aos valores moralidade e eficiência, entendemos ser bastante clara a sua subsunção à classificação como postulados normativos aplicativos, uma vez que, além de não ser possível a conflituosidade com princípios e regras na seara administrativa, representam verdadeiras diretrizes na atuação e aplicação das normas administrativas pelos agentes públicos.

A classificação da moralidade e da eficiência como postulados é confirmada por Antonio Carlos Flores de Moraes que, em conclusão de trabalho acerca do tema legalidade, eficiência e controle da Administração Pública, nos informa que, “modernamente, com o surgimento do Estado Democrático e Social de Direito, surgiram apenas alguns **postulados**, como a moralidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade [...]”²²⁷ (grifo nosso)

Passemos, doravante, a analisar um dos pontos de importância basilar para nosso estudo – uma apreciação mais profunda acerca do princípio da legalidade administrativa.

²²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

²²⁶ ÁVILA, loc. cit.

²²⁷ FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. **Legalidade, eficiência e controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 250.

3.4 LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO GERAL: BREVES NOÇÕES SOBRE SUA ORIGEM HISTÓRICA

Até este ponto, referimo-nos aos princípios da Administração Pública relacionados à atuação do Estado na consecução de seus objetivos em prol do bem comum, dentre eles o da legalidade administrativa. Trataremos agora, brevemente, das origens históricas de tal princípio, desde os tempos mais remotos até a legalidade como a conhecemos hoje.

Ao iniciarmos uma breve análise acerca da legalidade, faz-se mister a transcrição das palavras de Montesquieu:

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.²²⁸

Com base no pensamento transcrito, no que toca à Divindade, e considerando aspectos teológicos, a legalidade, com o sentido de norma ou mandamento emanados de um ente com poderes superiores (frisamos aqui a superioridade em termos de divindade), pode ser encontrada nos textos bíblicos em passagens bem conhecidas de todos, até mesmo daqueles que não professem da religião católica. Podemos citar dois momentos bíblicos bastante notórios: o episódio do Pecado Original e os Dez Mandamentos.

Conforme relatado no Livro do Gênesis, criados por Deus, à sua imagem e semelhança, Adão e Eva foram colocados no Jardim do Éden, de onde podiam comer dos frutos de todas as árvores. Mas havia um mandamento, uma lei em sentido amplo: Adão e Eva não podem comer da árvore da ciência, cujo fruto era proibido, sob pena da sanção máxima – a morte.

Podemos perceber as características embrionárias de uma lei como a conhecemos hoje: a emanção de um ente com poderes para tal (àquele momento, poderes divinos, hoje, poderes conferidos pelo povo ao Parlamento), a imposição de um padrão de comportamento e o estabelecimento de uma sanção para o descumprimento.

²²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 11.

Quanto aos Dez Mandamentos, também relatado no Livro do Êxodo, escrito por Moisés, já podemos encontrar um aspecto formal da legalidade em sentido amplo: o registro escrito, ainda que em tábuas de pedra. Segundo os registros bíblicos, Deus teria escrito dez normas de conduta (verdadeiras regras) que foram entregues a Moisés e que seriam as leis que deveriam nortear a vida do Povo de Israel.

Deixando os registros bíblicos, podemos ainda passar pela filosofia grega. Aristóteles já fazia menção às leis em sua obra Política. Segundo o pensador grego, havia uma tendência natural do homem em se associar e viver em sociedade. Tal associação se dava nas chamadas “Cidades” e aquele homem que assim não vivia bastava em si mesmo, ou era um deus ou uma besta.²²⁹

O homem que vivia em sociedade era o melhor de todos os animais. Nas palavras do aluno de Platão, o homem, “[...] quando atinge esse grau de perfeição [a vida em sociedade, nas Cidades], é o melhor de todos os animais, mas, quando está separado da lei e da justiça, ele é o pior dentre todos.”²³⁰

Assim, quando deixamos os aspectos teológicos e da filosofia antiga e adentramos na seara da vontade humana, podemos concordar com Bruno Amaro Lacerda na afirmação de que “os homens criam suas leis movidos pelo desejo de assegurar alguma certeza e segurança em suas relações sociais. Esse desejo, aliás, é uma constante do ser humano [...]”²³¹

Dessa forma, os homens, na busca de regras de comportamento e de solução de conflitos, passaram a se valer das normas escritas, também expressão do princípio da legalidade. Na Roma Antiga, em uma época de confusão entre Lei e Direito, a legalidade se manifestava por intermédio do *Corpus Iuris Civilis*, uma compilação de um certo número de obras sobre o direito de Roma, ordenada pelo Imperador Justiniano.²³²

Na Idade Média, em face do poder concentrado nas mãos do monarca, o princípio da legalidade se manifestava por meio das normas emanadas pelo Estado Absolutista. Como já visto, não havia limites ao poder do monarca, ou seja, o Estado tinha supremacia total, o que merecia ser alterado.

²²⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 57.

²³⁰ ARISTÓTELES, loc. cit.

²³¹ LACERDA, Bruno Amaro. **Raciocínio jurídico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 146.

²³² NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade justa e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005.p. 65.

A alteração se deu com a ascensão da burguesia e a derrocada do regime absolutista extremado, sem controle e limites. Ganhou força o Poder Legislativo, como representante da vontade popular e se desenvolveu o princípio da legalidade tal qual o conhecemos hoje, como um princípio limitador do poder estatal e vinculador negativo da conduta das pessoas, uma vez que estaria permitido aquilo não fosse proibido pela Lei.

Dito de outra forma, em termos de limites, o Estado (aí englobados o Estado-Administração, o Estado-Juiz e o Estado-Legislador) passou a ser controlado pelo Estado-Legislador.

Nas palavras de León Duguit:

Dizer que o estado sujeita-se ao direito significa, em primeiro lugar, que o Estado legislador vê-se obrigado pelo direito a elaborar determinadas leis em detrimento de outras. Em segundo, que o Estado, após conceber uma lei, e durante sua vigência, sujeita-se a essa mesma lei: pode sim modificá-la, revogá-la, mas sujeitando-se-lhe como qualquer indivíduo. Os seus funcionários administrativos, seus juizes e legisladores devem aplicar a lei e agir dentro dos limites por ela estabelecidos. Nisto consiste o regime da 'legalidade'.²³³

Tal supremacia do Poder Legislativo se justificava por se tratar da expressão da vontade popular.

Segundo Paulo Otero, o princípio da legalidade administrativa, como expressão de um conceito democrático de lei, se baseava em três postulados: supremacia da legitimidade democrática sobre a legitimidade monárquica, o que conduzia à prevalência do poder legislativo sobre os demais poderes estatais; absolutização do valor da lei, como expressão da vontade do Parlamento e da legitimidade democrática, o que até levou ao pensamento de que o legislativo poderia criar o Direito; e subordinação integral da Administração Pública à vontade do Parlamento, manifestada por meio da lei, retirando da Administração qualquer autonomia normativa.²³⁴

Ainda tomando por empréstimo as lições de Paulo Otero²³⁵, “[...] Locke, Rousseau e Kant forneceram o material genético subjacente aos alicerces liberais do princípio da legalidade administrativa”, cada qual com a sua formulação própria, mas

²³³ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 97.

²³⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003.p. 53-54.

²³⁵ Ibid., p. 54.

mantendo a supremacia do poder legislativo como ponto comum.

Notadamente com relação aos pensamentos de John Locke e Jean Jacques Rousseau, concordamos com as lições de Rafael Oliveira no sentido de que “o princípio da legalidade administrativa é considerado um produto do Liberalismo”²³⁶. E, como sabemos, a superioridade do Poder Legislativo frente aos demais poderes estatais era uma característica marcante do período liberal.

Posteriormente, Montesquieu substituiu a ideia de superioridade da lei por uma ideia de equilíbrio, corporificada em sua teoria de divisão dos poderes. O filósofo francês utilizou a lei com a finalidade de diferenciar as formas de governo possíveis: o republicano, o monárquico e o despótico.²³⁷

Para Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, a lei estaria presente na monarquia e na república, uma vez que no governo despótico não haveria limites (tampouco lei limitadora) às vontades do soberano.²³⁸

Segundo Paulo Otero, “[...] a legalidade administrativa surge como resultado de um conjunto de regras a que o executivo livremente deu a sua concordância e a que aceitou submeter-se.”²³⁹

Em outras palavras, haveria um equilíbrio entre o poder executivo e o legislativo. Não se poderia falar em uma vontade geral representada pela lei, sem a participação do executivo conjugada com a do legislativo. Afinal o legislativo aprova a lei como a vontade geral, por outro lado o executivo não usa a sua faculdade do veto.²⁴⁰

Enfim, seja a legalidade como manifestação da supremacia do legislativo, a exemplo do Liberalismo de Locke e Rousseau, seja como manifestação da vontade equilibrada dos poderes executivo e legislativo, tal qual o pensamento de Montesquieu, o certo é que a função administrativa do Estado restava limitada ao contido na lei, uma verdadeira vinculação positiva, na qual o administrador público só poderia agir se assim a lei permitisse e ordenasse.

Tal concepção é a tradicionalmente relacionada ao Direito

²³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35.

²³⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19.

²³⁸ MONTESQUIEU, loc. cit.

²³⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003. p. 52.

²⁴⁰ OTERO, loc. cit.

Administrativo, mas enfrenta séria crise e merece ser repensada.

3.5 A CRISE NA CONCEPÇÃO LIBERAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

3.5.1 A decadência do mito liberal de supremacia absoluta da Lei

A partir deste tópico voltamos a discutir um tema já abordado quando da exposição acerca da possibilidade de mitigação do princípio da legalidade administrativa em face do conceito de juridicidade, fruto do atual Estado Constitucional Democrático de Direito e de uma leitura do Direito como um sistema de conjugação de regras e princípios.

Como já nos referimos no corpo desta pesquisa, o apego exacerbado à legalidade estrita trouxe bastante prejuízo à humanidade, bastando citar o Holocausto em face da “legalidade formal estrita” do sistema jurídico nazista. Sobre isso já falamos. Os horrores proporcionados pelo apego exagerado à formalidade legal, sem considerar valores e princípios, acabou por desmistificar a lei como sinônimo de perfeição. Para Paulo Otero, tal desmistificação da lei se deveu a dois fatores principais: a erosão do mito liberal e a tomada de consciência acerca da imperfeição intrínseca da lei.²⁴¹

Em face do mito liberal, “perante uma lei que tudo podia fazer, desconhecendo limites materiais de actuação [...], desenvolveu-se um positivismo legalista que conduziu a uma quase divinização da lei.”²⁴² Para o pensamento liberal iluminista, a lei, como produto da razão e emanada dos representantes da sociedade, era capaz de regular todo e qualquer assunto e se constituía, principalmente na Europa, importante berço de teorias jurídicas.²⁴³

A despeito de tamanha importância da lei para o liberalismo, o mito da perfeição da lei passou por uma progressiva erosão durante o século XX em razão de dois fatores principais: a grande evolução do valor e significado da Constituição e a

²⁴¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003.p. 152-158.

²⁴² Ibid., p. 153.

²⁴³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 126.

mudança radical no modelo de Estado.²⁴⁴

No que se refere ao significado e valor da Constituição, segundo Paulo Otero, três ordens de razões determinaram a reformulação da importância e força da lei advinda do liberalismo: a rigidez das Constituições, a programaticidade das Constituições e o desenvolvimento do princípio da constitucionalidade.²⁴⁵

A passagem de um modelo de constituições flexíveis para um modelo de constituições rígidas deslocaram a lei do ápice do ordenamento, para uma posição de vinculação à fonte constitucional, com o estabelecimento de limites formais e materiais à edição da lei.²⁴⁶

Quanto ao aspecto programático, as constituições passaram de orgânicas ou estatutárias a programáticas, expressando a vontade de um Estado Social, a qual deveria ser respeitada pelo legislador na edição de leis.²⁴⁷

Por fim, o princípio constitucionalista trouxe a ideia, proveniente da Escola de Viena, de supremacia da Constituição. A lei só teria validade se compatível com a Carta Política.²⁴⁸

A questão da alteração do modelo de Estado é de fácil entendimento. Se em um ambiente de liberalismo, a intervenção estatal era mínima em face da garantia da liberdade para as pessoas, representando a lei a vontade geral, no ambiente relativo ao Estado de Bem-Estar, o poder político passou a atuar no sentido de satisfazer as necessidades coletivas e dispostas nas Constituições como direitos fundamentais. Nessa nova realidade social, o legislador passou a se guiar, na edição das leis, não mais por um princípio de intervenção mínima, mas por um objetivo garantidor do desenvolvimento de tarefas estatais relacionadas ao bem-estar de todos.²⁴⁹

Um segundo ponto levantado pelo jurista português como fator de desmistificação da lei é a questão da imperfeição intrínseca da lei.²⁵⁰

Uma primeira consideração diz respeito à impossibilidade legislativa de previsão e regulamentação de todos os riscos enfrentados pelas sociedades

²⁴⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003. p. 154.

²⁴⁵ Ibid., p. 154-156.

²⁴⁶ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003. p. 154-156.

²⁴⁷ OTERO, loc. cit.

²⁴⁸ OTERO, loc. cit.

²⁴⁹ Ibid., p. 156.

²⁵⁰ Ibid., p. 158-161.

desenvolvidas: crises financeiras, ataques terroristas, catástrofes naturais, etc. Todas as imprevisões do mundo atual não possuem resposta pronta por parte do legislativo, o que dá às cláusulas gerais a importante missão de completar a lei, adaptando-a a cada caso.²⁵¹

Um outro aspecto diz respeito às frequentes modificações legislativas que são implementadas para atender a anseios políticos, a “crescente neocorporatização da decisão pública”. Assim, constantes mudanças legislativas “[...] conduzem a um modelo instável de legalidade administrativa que faz do Direito Administrativo um campo de batalha dos partidos políticos e de interesses de grupos.”²⁵²

Gustavo Binjenbojm aponta que, didaticamente, é possível citar cinco razões para crise da lei, considerada de forma geral, e da legalidade administrativa, de forma particular: o fenômeno da proliferação legislativa; a lei como fundamento para a injustiça e a barbárie; a vitória do constitucionalismo sobre o legalismo; a criação de espaço para que atos infraconstitucionais sirvam de fundamento à atuação administrativa e, por fim, o controle do processo legislativo pelo Executivo.²⁵³

A proliferação das leis causa a inflação legislativa, uma vez que o legislador quer tratar de qualquer assunto por meio delas, o que as banaliza e as desacredita.²⁵⁴

No Brasil, a tendência do legislador de tudo tratar por meio de lei tem raiz, acreditamos, no próprio modelo analítico de nossa Constituição, que procurou detalhar ao máximo possível diversos assuntos, além da organização do Estado e dos direitos e garantias fundamentais. Exemplo clássico é o caso do Colégio Pedro II, tratado no art. 242, §2º, da CF/88²⁵⁵.

O positivismo normativista, estabelecendo a validade de uma lei apenas em razão de sua conformidade com outra hierarquicamente superior, sem considerar valores e princípios éticos, acabou por tornar a lei veículo de injustiças e verdadeiras

²⁵¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003. p. 158-161.

²⁵² OTERO, loc. cit.

²⁵³ BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-136.

²⁵⁴ Ibid., p. 127-128.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

barbaridades, a exemplo das já citadas práticas nazifascistas.²⁵⁶

O constitucionalismo trouxe a vitória da Constituição e seus princípios norteadores sobre a lei. O Direito passou a ser entendido não somente como oriundo da lei, mas acima de tudo, da Constituição. Os valores e princípios constitucionais passaram a nortear todos os ramos jurídicos e, principalmente ao que interessa nesta pesquisa, o administrador passou a pautar sua gestão e ações não mais somente na lei, mas na Constituição.²⁵⁷

A quarta razão, apontada por Binjenbojm, “[...] decorre do fato de assistir-se atualmente à criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa.”²⁵⁸

No caso brasileiro um exemplo que nos vem à mente, até em face de nossa atividade profissional, diz respeito à regulamentação do pregão na modalidade eletrônica. O referido procedimento licitatório foi detalhado pela chefia do poder executivo por meio de um instrumento diverso da lei, assim entendida como aquela votada pelos representantes do povo e fruto da vontade geral. O Decreto 5.450/05²⁵⁹ tratou de regulamentar, no âmbito federal, o §1º, do art. 2º, da Lei 10.520/02²⁶⁰, instituidora, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, da modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Ora, um instrumento infralegal passou a tecer as minúcias do procedimento licitatório mais utilizado pela Administração Pública Federal quando em pauta a aquisição de bens e serviços comuns.

Como última razão, o controle do Legislativo pelo Executivo se faz presente nas diversas situações em que a atuação do poder legisferante se vê limitada pelo controle exercido pela Chefia do Executivo.

²⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129.

²⁵⁷ Ibid., p. 130.

²⁵⁸ Ibid., p. 132.

²⁵⁹ BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

²⁶⁰ BRASIL. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

No caso brasileiro, três modos de controle pelo Executivo podem ser observados: a reserva de iniciativa de matérias relevantes ao Poder Executivo, o trancamento da pauta por atos do Executivo (medidas provisórias) não votados em determinado prazo e, por fim, a formação de bases governamentais no Parlamento para fins de aprovação de projetos legislativos de interesse político governista.²⁶¹

Como podemos constatar, as razões que explicam o fenômeno da erosão ou desprestígio da lei são das mais variadas ordens. Entendemos, ainda, que um dos principais fatores catalisadores de tal declínio no poder da lei é uma crise por que passa a própria democracia, o governo representativo. Ao nosso sentir, a crise na democracia pode ser creditada, também, a diversos fatores.

3.5.2 As razões da crise democrática: breves reflexões

A lei, como produto da vontade soberana do povo, também tem seu prestígio atingido a partir da crise da democracia representativa. Com uma democracia em crise, a representatividade popular nos parlamentos também entra em crise. Conseqüentemente a lei, sendo votada por aqueles que já não representam o povo, já não possui a força que deveria possuir caso efetivamente representasse a vontade de todos. Vejamos a referida crise democrática, em sentido estrito a crise da própria lei, segundo nosso entender. Iniciemos com algumas reflexões sobre a democracia.

Quando falamos em democracia, logo pensamos em algo bom. Alguma coisa de significado oposto ao de ditadura. O antagonismo entre democracia e ditadura que nos vem à mente, por si só já justificaria a associação do termo democracia a um sentimento libertário e igualitário, enfim, de uma sociedade, se não perfeita, bem próxima da perfeição. Talvez assim seja se considerarmos um conceito formal de democracia, já que o aspecto material merece algumas observações.

A origem etimológica da palavra democracia é grega, sendo a junção de *demos*, que significa povo, com *kratos*, que vem a significar poder ou governo. A junção nos traz o que comumente se entende por democracia: governo do povo. É o governo do povo, que o pode exercer diretamente ou por meio de representantes eleitos para tal, que é o mais comum.

²⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 134.

Apesar de não nos dedicarmos, nesta pesquisa, aos aspectos históricos da democracia, podemos destacar que ela é um regime de governo surgido na Grécia antiga, tendo sido referenciada por Aristóteles²⁶², mas que é própria do século XX. Isso porque, até então, era mais comum o poder estar concentrado nas mãos de um soberano, normalmente um rei ou imperador, que decidia pelo povo.

José Afonso da Silva²⁶³ nos ensina que, equivocadamente, a doutrina afirma que a democracia se apoia em três princípios fundamentais: o da maioria, o da igualdade e o da liberdade.

O equívoco, segundo o jurista, estaria no fato de não se tratar a maioria de princípio e sim de uma técnica para justificar a tomada de decisões pelo governante, uma vez que a técnica eleitoral utiliza o critério da maioria no processo de escolha política. Com relação aos aspectos da igualdade e liberdade, afirma também que não são princípios, e sim valores democráticos. A democracia seria, na verdade, um instrumento para a realização da liberdade e da igualdade no plano prático.²⁶⁴

O mais correto, segundo o referido autor seria dizer que a democracia se apoia em dois princípios fundamentais: o da soberania popular e o da participação. Por meio do primeiro se expressa a regra de que todo poder emana do povo, conferindo ao povo a condição de única fonte de poder. Por meio da participação do povo, direta ou indireta, se efetiva a vontade popular. Um princípio derivado ou secundário surge no caso da participação indireta: o da representação.²⁶⁵

Considerando o pensamento de José Afonso da Silva, passemos a uma breve análise crítica do caso brasileiro, basicamente com relação aos aspectos soberania popular e participação.

Iniciemos pela análise do princípio da soberania popular. Entendemos que tal princípio está intimamente relacionado com o conceito de democracia proposto por Lincoln, referenciado por José Afonso da Silva²⁶⁶, como sendo o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Assim preceitua a Constituição Federal em seu art. 1º,

²⁶² ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

²⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129-131.

²⁶⁴ SILVA, loc. cit.

²⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 131.

²⁶⁶ Ibid., p. 134.

parágrafo único.²⁶⁷

Governo do povo significa dizer que o povo é fonte e titular do poder, em face da soberania popular. Governo pelo povo como forma de refletir que o governo é exercido em nome do povo, haja vista a representação política. Governo para o povo como sendo aquele que afaste o autoritarismo e garanta segurança e bem-estar em grau máximo.²⁶⁸

A crítica que podemos fazer ao aspecto soberania reside no fato de que, materialmente, a decisão sobre os rumos da nação se encontra nas mãos de poucos, que são, teoricamente, os representantes desse povo. Ocorre que, como é cediço, o processo eleitoral brasileiro, a despeito de ser aberto, em termos de elegibilidade passiva, ou seja, da capacidade de ser eleito, é um processo caracterizado pelos elevados custos das campanhas eleitorais.

O que estamos querendo dizer é que, no Brasil, não são muito incomuns as notícias sobre campanhas eleitorais financiadas por grupos minoritários de grande poder econômico, político e social. É claro que exceções ao que acabamos de afirmar existem, mas, infelizmente, não são em grande número.

Deixando de lado o aspecto econômico, um outro ponto que podemos destacar no que toca ao processo de representação democrática no Brasil diz respeito ao fator educação. Em um país em crescimento, mas ainda com baixos índices de educação no seio de sua população, alguns aspectos devem ser considerados.

Em primeiro lugar, a educação pode ser considerada como a porta de entrada ao mundo da informação. Ora, a melhor escolha em termos de representação política será feita por aquele que melhor estiver inteirado de como funciona o regime democrático, dos direitos inerentes ao exercício direto e indireto do poder pelo povo, enfim, vota melhor quem conhece todas as regras do jogo democrático.

Não estamos aqui a falar do analfabetismo formal total, aquele que exclui pelo fato de não se saber ler ou escrever, estamos nos referindo ao analfabetismo intelectual, ou seja, aquele que exclui em face da baixa capacidade de autovalorização, de autoestima, aquele que exclui em razão da falta de vontade de luta por uma vida melhor, pelo conformismo em ser subjugado por quem tem

²⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 135.

conhecimento e domina a linguagem. E conhecimento, em pleno século XXI, é poder.

Um segundo aspecto, no que diz respeito à educação, está relacionado com a diferença de realidade entre aquele que vota e aquele que se elege. Aqui mais uma vez entendemos que existem exceções ao que se vai afirmar, mas, como já dito, não são em número expressivo.

Em face do baixo nível de educação da grande maioria que vota, podemos perceber que há uma grande distância da realidade social daqueles que são votados. Normalmente, o nível sociocultural dos representantes do povo é bastante diferente (o dos representantes, na maioria dos casos, é superior) do dos integrantes da grande massa votante.

Tal distanciamento entre as duas realidades acaba por causar um descompasso entre o atendimento das necessidades do povo e as necessidades de grupos socioeconômicos mais privilegiados, os quais acabam sendo atendidos prioritariamente.

Considerando o que arriscamos a afirmar acima, o povo, já numericamente diminuído em face das limitações da Constituição no que toca à elegibilidade ativa, acaba por ser representado por pessoas que na verdade não fazem parte e não vivem a mesma realidade da grande maioria da população de um país, frisemos, em desenvolvimento, mas ainda subdesenvolvido, especialmente no aspecto sociocultural.

São essas as críticas que entendemos pertinentes no tocante ao aspecto participação, a qual, na democracia brasileira, acaba por ser um processo que, apesar de formalmente democrático, é materialmente a participação de um povo que, na verdade, não tem acesso ou conhecimento de todo o aparato de poder que envolve as campanhas eleitorais.

À vista destas breves reflexões, podemos dizer que nossa democracia em crise se reflete na crise da própria lei. A crise se mostra quando os parlamentares não comparecem às sessões de votação, quando as votações de projetos importantes para o povo dependem de alianças políticas e de ofertas de cargos públicos, quando os escândalos de corrupção aparecem e não são sequer investigados.

Ora, tudo isso está nos jornais, como notícia quase que rotineira. No processo de escolha dos seus representantes, será que tal quadro foi o desejado pelo povo na sua opção democrática? E não estamos a nos referir a períodos estanques, tudo se repete a cada mandato e a cada legislatura.

Pois bem, com a crise democrática e da lei, o caminho a seguir e que ganha espaço a cada dia no mundo jurídico é o da interpretação e leitura do princípio da legalidade como algo mais amplo, a ultrapassar os limites da legalidade estrita, em outras palavras, a vinculação da legalidade à juridicidade.

3.6 UM NOVO CAMINHO: A JURIDICIDADE COMO LIMITE DA LEGALIDADE ESTRITA

Pensemos na seguinte situação: um servidor público adota uma criança de quatro anos de idade, mas não o faz por meio de autorização judicial, e sim por instrumento público.

Ocorre que a adoção se dá em 1984, quando em vigor o Código de Menores, legislação que previa para a adoção de uma criança a indispensável autorização judicial, sob pena de nulidade do ato.

A despeito do vício do ato, o servidor cadastra a filha adotiva como sua dependente perante a Administração Pública. Sem atentar para o defeito do ato, a Administração acolhe o registro.

Posteriormente o servidor vem a falecer e a filha adotiva passa a receber a pensão relativa ao adotante falecido. Dezoito anos mais tarde o vício de forma da adoção é levantado e a pensão é cancelada pelo Tribunal de Contas da União. A pensionista, prejudicada, interpõe mandado de segurança perante o STF.

Em acórdão prestigiador dos princípios da confiança e segurança jurídica, o STF defere a segurança e desconstitui a decisão de cancelamento da pensão por parte do TCU, mantendo os proventos da pensionista. Estamos a nos referir ao MS 24268-0/2004 MG²⁶⁹.

²⁶⁹ Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Constituição 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. Constituição 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela

O caso citado acima é exemplo da convalidação *contra legem*, possível em face da leitura constitucional do Direito Administrativo. Uma atuação da Administração que não deve se dar somente conforme a lei, mas, principalmente, conforme o Direito²⁷⁰, consoante o previsto na Lei 9.784/99. Quando falamos nessa ampliação da legalidade, estamos a nos referir ao princípio da juridicidade²⁷¹.

Em sede de Direito Administrativo, o princípio da juridicidade administrativa pode e deve ser entendido como a vinculação da Administração não somente à lei formal, mas a um bloco de legalidade, ou seja, o ordenamento jurídico como um todo sistêmico.²⁷²

Há quem considere o princípio da juridicidade como resultante do fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, chamando-o também por princípio da constitucionalidade.²⁷³

O conceito de bloco de legalidade é bastante amplo e pode incluir princípios gerais e setoriais, costume, jurisprudência, a lei, enfim, o todo do Direito. Assim, para Juan Carlos Cassagne, “[...] los principios generales del derecho integran el bloque de legalidad que funda y orienta, pero, sobre todo, limita y vincula el obrar de la Administración Pública.”²⁷⁴

decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. **Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.** Presença de um componente de ética jurídica. **Aplicação nas relações jurídicas de direito público.** 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) CF5ºLV. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24268 MG / Relatora Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgamento em 4 fev. 2004. DJ 17 set. 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769533/mandado-de-seguranca-ms-24268-mg-stf>>.

Acesso em: 11 out. 2012). (grifos nossos)

²⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. [...] 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: I - **atuação conforme a lei e o Direito**; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012. (grifo nosso)

²⁷¹ Em nossas aulas da disciplina Direito Administrativo Econômico, como alunos do Curso de Mestrado em Direito da UFBA, tivemos a oportunidade de ter contato com as ideias do Prof. Celso de Castro no que concerne ao conceito de juridicidade. O professor faz uma analogia entre o sistema circulatório humano e o sistema de normas. Para ele, assim como o sangue, ao circular pelos órgãos e tecidos, leva nutrientes e vida às células, assim o faz a Constituição, ao “irrigar” o ordenamento jurídico com seus princípios e valores, dando assim dinamicidade e “vida” ao Direito.

²⁷² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 141.

²⁷³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 73.

²⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995. p. 15.

Dissertando sobre os requisitos do ato administrativo, Ernst Forsthoff também se refere ao Direito como algo bem mais amplo que a Lei. Nas palavras do administrativista alemão:

De la Ley no se deducen sino parcialmente cuáles son los requisitos que tienen que cumplirse para que um acto administrativo sea plenamente correcto. En la Ley se encuentran establecidas la repartición entre las competencias por razón de la materia y del lugar, los preceptos relativos a la forma y el procedimiento, determinaciones con respecto al contenido de los actos administrativos, etc. Sin embargo, estas prescripciones no agotan ni con mucho todas las exigencias a que debe responder un obrar administrativo limpio de irregularidades. Existen otros requisitos que derivan de la razón, de la lógica inmanente del Derecho, de las concepciones éticas y de las Leyes naturales que, intrínsecamente considerados, parecen tan evidentes y obvios que resultaría raro, cuando menos, hacer mención expresa de ellos en las Leyes, no obstante lo cual poseen importancia en la práctica administrativa.²⁷⁵

Visualizamos, assim, a juridicidade como uma legalidade mais ampla, mais dinâmica, a englobar normas regras, normas princípios (notadamente os constitucionais), costumes, doutrina e jurisprudência.

A esse conceito alargado de legalidade, a doutrina chama de bloco de legalidade. Tal expressão “[...] procura designar todas as normas (e não apenas as leis), inclusive as de origem jurisprudencial (princípios gerais de Direito), que são impostas à Administração.”²⁷⁶

Ao trazer à consideração do administrador público não somente a lei, mas também os valores carreados pelos princípios jurídicos, notadamente os constitucionais, a juridicidade cumpre um importante papel de limitar o princípio da legalidade. Dessa forma, evita-se o cometimento de absurdos e irracionalidades que, não raro, a aplicação cega e restritiva da lei formal pode proporcionar.

Sobre tal função limitadora da juridicidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que a constitucionalidade, “[...] como expressão máxima da juridicidade na ordem jurídica interna de cada país, passa a ser amplamente entendida não apenas como a inspiração e a motivação, mas como o limite da legalidade.”²⁷⁷

Com o fortalecimento do princípio da juridicidade, rompe-se com o mito

²⁷⁵ FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 307.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 74.

²⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 54.

da supremacia da lei no que toca à Administração Pública. O administrador público, antes apegado essencialmente à lei e com olhos pouco voltados à Constituição, agora se vê diante da aplicação direta das normas constitucionais, mormente as principiológicas, aos diversos atos e fatos da rotina administrativa.

Para Paulo Otero, “[...] a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, [...] a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.”²⁷⁸

O princípio da juridicidade é extremamente importante ao desenvolvimento desta pesquisa. Aqui pretendemos demonstrar que a legalidade administrativa estrita pode e deve ser aplicada pelo administrador público de forma alargada, com a incidência direta de princípios constitucionais expressos ou implícitos, tudo com o objetivo de se alcançar uma atuação administrativa eficiente e coerente com o Estado Constitucional Democrático de Direito de hoje.

Estamos a falar da possibilidade de mitigação do princípio da legalidade estrita na seara do Direito Administrativo. O princípio da boa-fé objetiva é o objeto deste trabalho, mas, por agora, importa um breve estudo sobre um valor administrativo supremo e que legitima a atuação do administrador: para grande parte da doutrina²⁷⁹, o princípio; para nós, o postulado da eficiência.

3.7 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: EM BUSCA DE UM SENTIDO CONSENTÂNEO COM O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É uma ideia muito comum, entre as pessoas, a de que a edição de uma lei tem o condão de solucionar todos ou, pelo menos, a maior parte dos problemas em uma sociedade. A sede por uma melhoria das condições de vida leva a opinião pública a exercer verdadeira pressão sobre os parlamentares, os quais acabam por inflacionar o cenário jurídico com leis disciplinadoras dos mais diversos assuntos.

E não foi e não é diferente com a nossa Constituição Federal. Em 1998, visando minorar problemas de ineficiência na Administração Pública, o constituinte derivado optou por incluir no rol de princípios do art. 37, caput, da Constituição, o

²⁷⁸ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Porto: Almedina, 2003.p. 735.

²⁷⁹ Considerando a eficiência como princípio administrativo: José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, Dirley da Cunha Júnior, dentre outros.

princípio da eficiência.

Antonio Carlos Flores de Moraes²⁸⁰ nos diz que tal inclusão causou euforia entre os administradores e os operadores do Direito, mas o dever de eficiência já se fazia presente expressamente no corpo da CF/88 ao tratar do sistema de controle interno²⁸¹ dos três Poderes, bem como do serviço público de segurança pública²⁸².

A eficiência é tratada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como um dos conseqüências lógicas do fenômeno da globalização. O autor trata do assunto como uma cadeia causal, “[...] na qual as sociedades, progressivamente mais informadas, se tornam, por isso, cada vez mais exigentes e demandantes de soluções para seus problemas com efetividade dos resultados apresentados pelas organizações [...]”²⁸³

Os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho com relação à inserção do princípio da eficiência no texto constitucional reforçam a ideia de que tal inclusão revela o “[...] descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários.”²⁸⁴

A eficiência administrativa é normalmente associada ao alcance dos melhores resultados com o menor custo. Tal forma de pensar não deixa de ser bastante importante, ademais em um país de tamanha necessidade de realizações no

²⁸⁰ FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. **Legalidade, eficiência e controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 209-210.

²⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. [...] Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e **eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012. (grifo nosso)

²⁸² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. [...] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal ; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. [...] § 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a **eficiência** de suas atividades. [...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012. (grifo nosso)

²⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 29.

²⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p. 19.

campo social, de forma a atingir a todos indistintamente. Afinal, os recursos são escassos e as necessidades infinitas. O bem administrar, aí, abrange conceitos ligados à administração financeira e gestão de recursos financeiros.

A busca pela economia de meios (mormente os financeiros) trouxe a modalidade do pregão eletrônico para o cenário administrativo. Com uma economia média significativa em relação às demais modalidades licitatórias definidas na lei 8.666/93, o pregão eletrônico é hoje utilizado de forma obrigatória²⁸⁵ em toda a Administração Pública Federal para a aquisição e contratação de bens e serviços comuns. É a Administração buscando economia de custos para alcance de resultados.

A eficiência administrativa também traz em seu bojo o aspecto qualidade do serviço público prestado. O serviço prestado ao cidadão, a despeito da economia de meios, não pode jamais ter uma qualidade inferior. Tem de ser atual, moderno, rápido, que traga conforto ao usuário e acima de tudo a plena satisfação de suas necessidades.

Não faz tanto tempo assim eram comuns as notícias nos telejornais que davam conta das enormes filas que se formavam diante dos postos do antigo INPS (hoje INSS). Cidadãos aposentados e pensionistas dormiam nas longas filas com o objetivo de serem atendidos, isso depois de longos anos de trabalho e contribuição previdenciária.

Hoje, felizmente, as filas foram substituídas pelos agendamentos eletrônicos e via telefone (o Disque Previdência – 135). Sinal de bons tempos, tempos de melhora na qualidade do serviço prestado, tempos de respeito à pessoa humana, tempos de melhoria do grau de eficiência administrativa.

A despeito da enorme importância do conceito tradicional de eficiência administrativa, com especial atenção aos aspectos da economia de meios, alcance dos melhores resultados e da melhor qualidade do serviço prestado, gostamos de pensar, e procuraremos nos ater doravante, a um outro aspecto do valor eficiência administrativa.

²⁸⁵ No âmbito federal, o Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, trouxe, em seu art. 4º que “nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”. (BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.)

Estamos a nos referir a um conceito de eficiência administrativa inserido no contexto de um Estado Constitucional Democrático de Direito, onde valores como o da dignidade da pessoa humana e tudo o mais que trate de valorizar o ser humano devam ter prevalência.

Seria eficiente uma postura do administrador público totalmente subsumida à lei, mas em descompasso com princípios e valores constitucionais? Seria eficiente a postura de um administrador público que deixa de agir e de decidir na ausência de uma lei formal que ampare sua ação ou decisão? Até que ponto a legalidade serve de entrave à plena realização do valor eficiência administrativa? Uma das possibilidades de resposta quem nos dá é Cristiana Fortini:²⁸⁶

O princípio da eficiência penetra no princípio da legalidade de maneira não apenas a compreender que a lei é instrumento a favor da boa administração, mas também para informar ao intérprete de que não há pretender sufocar a atividade administrativa, imprimindo ao administrador público a missão de, para cada passo dado em direção ao interesse comum, promover prévia investigação sobre a existência de lei que, expressamente, lhe permita (quando não lhe impõe) determinado agir.

Não se trata de aniquilar a importância da lei, mas de valorizar o Direito.

Entendemos ter sido muito feliz a citada professora, ao traduzir uma concepção de eficiência à qual também nos filiamos: o administrador público deve transferir seu apego exacerbado à lei para algo maior e mais abrangente – o Direito. Quando assim o fizer, estará mais perto da eficiência não só como conceito econômico-financeiro e de qualidade de serviços prestados, mas sobretudo de um conceito democrático e, porque não dizer, justo, de eficiência administrativa.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito, não podemos confundir eficácia com eficiência. Eficácia diz respeito ao alcance de metas, resultados. Já o conceito de eficiência está relacionado aos meios, ao processo desenvolvido para o alcance dos resultados.

Um resultado obtido com sacrifício de direitos individuais pode até ser eficaz, mas não terá sido eficiente à luz do nosso atual Estado Democrático de Direito. A título de exemplo: um processo administrativo disciplinar que chega a seu termo

²⁸⁶ FORTINI, Cristiana. O Princípio da Legalidade e o Emprego da Franquia pela Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CRISTIANA%20FORTINI.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

com a aplicação de uma sanção disciplinar a um determinado servidor público faltoso pode ser considerado eficaz, mas jamais terá sido eficiente se não houver respeitado o contraditório e a ampla defesa.

No transcurso deste capítulo, expusemos nossa posição acerca do tratamento que deve ser dado ao valor eficiência. Para nós, ao lado da moralidade administrativa, a eficiência deve ser considerada um verdadeiro postulado normativo aplicativo, a servir de pano de fundo e razão primeira de toda a atividade administrativa.

Imaginemos a atuação do administrador público como a de um pintor de uma tela a óleo. Os pincéis, as tintas, a técnica, de nada adiantarão ao artista se não houver a tela sobre a qual desenhará sua obra artística. Assim é com a eficiência administrativa, uma verdadeira tela sobre a qual o administrador apoiará suas ações, utilizando seus instrumentos e técnica administrativa. Sem a tela não há uma obra de arte, sem a obediência ao postulado da eficiência, não há atuação administrativa legítima.

Em algumas situações do cotidiano da atividade administrativa, a legalidade estrita pode e deve ser mitigada em face do conceito de juridicidade. Princípios e valores constitucionais e infraconstitucionais devem ser sopesados e contrapostos à letra fria da lei ou do regulamento.

A convalidação *contra legem* por vezes se faz necessária para a manifestação da eficiência e justiça. Sim, justiça, porque não?²⁸⁷ A Administração Pública, no seu agir pode e deve fazer justiça, ou seja, deve aplicar corretamente o Direito. Como já nos referimos neste trabalho, o respeito à dignidade da pessoa humana pela Administração Pública é uma das formas de se alcançar uma administração eficiente.

Neste ponto, um dos vetores de mitigação da legalidade estrita em prol da eficiência administrativa é o princípio da boa-fé objetiva, o qual será estudado doravante juntamente com a tutela da confiança.

²⁸⁷ Sobre a ideia da busca por justiça pela Administração Pública, conforme já visto no corpo deste trabalho, cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 66-67.

4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DA CONFIANÇA

4.1 UM BREVE ESTUDO ACERCA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

4.1.1 A boa-fé como conceito jurídico indeterminado

Como já tivemos a oportunidade de expor no corpo desta investigação, o Direito é algo muito mais amplo do que as normas-regras emanadas pelos membros do Parlamento. Se diferente fosse, a frustração daqueles que amam o Direito como vetor de realização da justiça seria por demais soterradora.

Karl Engisch dá a esse Direito mais amplo o nome de “Direito equitativo” (*ius aequum*), em contraposição ao “Direito estrito” (*ius strictum*).²⁸⁸ Felizmente, podemos assim dizer, convencidos estamos de que o Direito é, acima de tudo, interpretação.

Afinal, “cumpre à interpretação construir a norma, pois não há norma senão norma interpretada”.²⁸⁹ Mas não estamos aqui a diminuir o papel da lei para o Direito. Ao contrário, uma interpretação justa, razoável e coerente oxigena a própria lei e a mantém viva, quando por vezes se vê ultrapassada pela velocidade do desenrolar dos fatos no mundo da vida.

A despeito de seu papel como importante componente estruturador da ciência jurídica, a lei não tem a capacidade de prever todas as situações do nosso cotidiano.

Estamos com Durval Carneiro Neto²⁹⁰ quando diz que de nada adianta o legislador editar uma regra que, “[...] na prática, seja impossível ou muito difícil de ser cumprida, desconsiderando certas variáveis relevantes para assegurar o maior grau de eficácia social da disposição normativa.” Pensamos que a consideração de tais variáveis por parte do intérprete fica facilitada pelo uso de algum recurso que propicie a conformação da norma-regra a cada caso concreto.

²⁸⁸ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208.

²⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 196.

²⁹⁰ CANEIRO NETO, Durval. Um novo direito para uma sociedade complexa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, set/out/nov de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-DURVAL%20CARNEIRO.pdf>>. Acesso em: 25 Dez. 2011.

Vale-se então, o legislador, de conceitos vagos, que permitam a intervenção interpretativa do homem de forma a adequar o conteúdo legal a cada situação concreta do mundo da vida. Estamos a nos referir às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados. Porém, antes de prosseguirmos, cabe uma pequena observação sobre a distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

No que toca às cláusulas gerais, a hipótese normativa e a providência que cabe ao intérprete não estão previamente definidas em lei, o que dá uma maior margem para a construção hermenêutica. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a hipótese normativa não está previamente definida na lei, mas a providência final a ser implementada pelo intérprete foi fixada previamente pela norma legal. Há, pois, uma distinção em termos de finalidade e eficácia.²⁹¹

Os conceitos jurídicos indeterminados, uma vez identificados no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida pela lei, cabendo ao juiz [ou ao administrador] a aplicação da referida solução. Já as cláusulas gerais, se diagnosticadas, permitem ao intérprete e aplicador do direito preencher os claros com valores designados para aquele caso, com que parecer mais adequado ao julgador [ou aplicador] na situação concreta.²⁹² Entendemos ser muito tênue a linha de distinção entre os dois conceitos, entretanto, neste tópico, nos dedicaremos aos conceitos jurídicos indeterminados.

Para nós, os conceitos indeterminados auxiliam sobremaneira no processo de oxigenação do Direito, que nas palavras de Eros Roberto Grau “[...] é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”.²⁹³

A busca por um conceito ou definição de conceito jurídico indeterminado é uma tarefa que nos remete a grandes doutrinadores do Direito.

Para Juarez Freitas, a técnica dos conceitos indeterminados jamais será abolida, sob pena de recaída nas armadilhas da escola da Exegese.²⁹⁴

²⁹¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114-115.

²⁹² *Ibid.*, p. 114-115.

²⁹³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 59.

²⁹⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

Conforme António Francisco de Sousa, “[...] a expressão « conceito indeterminado » pretende referir aqueles conceitos que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação.”²⁹⁵

Para Marçal Justen Filho²⁹⁶ conceitos jurídicos indeterminados “são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto.”

A título de exemplo, se uma regra prevê o embarque prioritário de idosos nos veículos de transporte coletivo, o conceito de idoso é indeterminado uma vez que a vida é contínua e os parâmetros devem ser avaliados em cada caso ou estabelecidos diretamente pelo legislador (como foi o caso da Lei 10.741/03, que definiu como idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos).²⁹⁷

Karl English²⁹⁸ nos apresenta a seguinte definição:

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte.

A teoria acerca dos conceitos jurídicos (ou legais) indeterminados teve início na Áustria do séc. XIX. A questão era de saber se tais conceitos eram ou não passíveis de controle por parte dos tribunais administrativos. A doutrina se desenvolveu em face de um conflito doutrinário entre Bernatzik e Tezner que defendiam, respectivamente, a teoria da multivalência e a teoria da univocidade.²⁹⁹

Para a primeira, na aplicação e interpretação dos conceitos indeterminados eram admitidas várias decisões certas (poder discricionário). Já para a outra teoria, só haveria uma decisão certa (poder vinculado).³⁰⁰

²⁹⁵ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 23.

²⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.211.

²⁹⁷ Ibid., p. 211.

²⁹⁸ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208-209.

²⁹⁹ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34-36.

³⁰⁰ SOUSA, loc. cit.

António Francisco de Sousa nos traz as espécies de conceitos indeterminados: os descritivos, os normativos (havendo distinção entre os em sentido estrito e os de valor) e os discricionários.³⁰¹

Os conceitos descritivos seriam aqueles empíricos, ou seja, aqueles que poderiam até não se apresentarem totalmente claros ao intérprete, mas cujo conteúdo poderia ser fixado objetivamente com o auxílio da experiência comum ou conhecimentos técnicos ou científicos. Exemplos: homem, morte, escuridão, amarelo, etc.³⁰²

Aqueles conceitos que, para sua completa compreensão e definição, exigissem uma remissão ao mundo das normas seriam os conceitos normativos. Um exemplo seria o conceito de roubo, cujo significado estaria contido em uma norma a qual o definiria como uma apropriação de algo alheio com o uso da força.³⁰³

Os conceitos normativos em geral se dividiriam em conceitos normativos em sentido estrito, como o exemplo do roubo, cuja remissão ao mundo das normas seria suficiente, e conceitos normativos de valor, para os quais, além da remissão ao mundo das normas, far-se-ia necessária uma valoração, a exemplo do conceito de indigno ou imoral.³⁰⁴

Por fim, os conceitos discricionários seriam aqueles que se caracterizariam por uma carga de valoração pessoal, ou seja, cujo critério de escolha entre alternativas legalmente possíveis seria pessoal da autoridade a quem coubesse decidir. Havendo intervenção de um terceiro, tal decisão deixaria de ser discricionária, daí razão da não intervenção judicial em face das decisões administrativas baseadas em conceitos discricionários.³⁰⁵

De nossa parte, entendemos que os conceitos de conveniência e oportunidade seriam conceitos discricionários, desde que respeitados o interesse público e os direitos e garantias fundamentais.

À vista da doutrina nacional e estrangeira que procuramos trazer de forma bem sucinta ao bojo desta pesquisa acerca dos conceitos indeterminados, entendemos que seria razoável classificar a boa-fé como conceito jurídico

³⁰¹ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 25.

³⁰² Ibid., p. 25-26.

³⁰³ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 26-27.

³⁰⁴ SOUSA, loc. cit.

³⁰⁵ Ibid., p. 27-29.

indeterminado da espécie conceito normativo de valor, uma vez que na sua definição faz-se mister o socorro a valores e a uma considerável carga histórica.

Afinal, a boa-fé pode variar em função do tempo histórico e costumes de cada local do planeta. Buscamos reforço a nossa posição nas lições de Menezes Cordeiro³⁰⁶, para quem a boa-fé apresenta uma “[...] noção vaga, carregada de história, rica em implicações emotivas e objecto de utilização alargada [...].”

Rita Tourinho também classifica a boa-fé como conceito jurídico indeterminado. Para a jurista, quando tratamos de conceitos jurídicos indeterminados, estamos a nos referir a “[...] normas com conceitos de valor (boa-fé, probidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem de exercício interpretativo para alcance de seu sentido [...]”.³⁰⁷

Outro reforço à nossa posição acerca da classificação da boa-fé como conceito jurídico indeterminado vamos buscar nas lições de Ricardo Maurício Freire Soares, quando cita a boa-fé, além dos bons costumes, ilicitude ou abuso de direito como exemplos dos referidos conceitos.³⁰⁸

Por fim, na seara do Direito Público, um dos precursores no estudo da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro, Edilson Pereira Nobre Júnior, também reforça a classificação do princípio como conceito jurídico indeterminado.

Nobre Júnior trata a boa-fé como um princípio implícito na CF/88 e o reconhece “[...] como conceito jurídico indeterminado, a fim de que se possa, diante dos casos concretos, apontar-se o seu enquadramento em uma determinada regra ou princípio que se afigure como o melhor dotado para respaldar uma solução justa.”³⁰⁹

Neste ponto, após termos firmado nossa posição acerca da categorização da boa-fé como conceito jurídico indeterminado, cumpre-nos abordar de forma mais detalhada alguns aspectos históricos afetos ao princípio objeto deste capítulo.

³⁰⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 41.

³⁰⁷ TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, jul/ago/set de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-ITA%20TOURINHO.PDF>>.

Acesso em: 10 Jan. 2012.

³⁰⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

³⁰⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 153-154.

4.1.2 A boa-fé: aspectos históricos

Uma exposição substantiva, mesmo que breve, acerca da origem histórica da boa-fé passa necessariamente por um estudo sobre os modelos romano, francês e alemão.

Referindo-se ao Direito Civil Lusitano [mas com aplicação bastante tranquila ao nosso Direito], Menezes Cordeiro ensina que “a *fides* romana constitui a base linguística e conceptual da boa fé no Direito civil português..”³¹⁰

Uma delimitação temporal do direito romano pode ser feita se o passarmos a tratar como um complexo de normas jurídicas que vigoraram em Roma e nos territórios conquistados do ano de 753 a.C., ano de sua fundação, até 565 d.C., quando da morte do Imperador do Oriente, Justiniano.³¹¹

O direito romano, no mencionado intervalo temporal e considerando as transformações vividas pelo direito privado no período, pode ser dividido em três fases: a do direito quiritário, a do *jus gentium* e a do pós-clássico.³¹²

No período quiritário, que vai da fundação de Roma até a codificação da Lei das XII tábuas, “[...] preponderara o direito nacional romano, formalístico, rigoroso, próprio de uma pequena comuna, de economia familiar e agrária, com raras e esporádicas relações com as cidades estrangeiras.”³¹³

O direito nacional, restrito aos cidadãos de Roma, o *jus civile*, era característico de uma sociedade fechada,³¹⁴ o que se alteraria com as futuras relações comerciais entre cidadãos romanos e os estrangeiros (quem não fosse cidadão de Roma).

Após a vitória contra os cartagineses, no século II a.C., Roma passou a receber afluência dos povos conquistados e se tornou grande centro comercial. As relações entre os cidadãos romanos e os peregrinos precisavam ser reguladas, o que passou a ser feito por meio do “direito das gentes” (*ius gentium*). Comum a todos os povos do mediterrâneo, o *ius gentium* fundava-se sobre o *bonum et aequum* e a boa-fé.

³¹⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 53.

³¹¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 57.

³¹² Ibid., p. 60.

³¹³ Ibid., p. 60.

³¹⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

De acordo com a pesquisa de Nelson Rosenthal, “o *ius gentium*, baseado em usos e costumes comerciais, representou o campo propício ao incremento da boa-fé, pois nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra empenhada.”³¹⁵

Ainda nessa segunda fase, para suprir e auxiliar o direito quirítario, foi construído um sistema jurisprudencial (*ius honorarium*) em torno da atuação do pretor. No final do período, já com o fim da República, o direito romano atingiu seu auge com o influxo das elaborações científicas dos jurisconsultos, o que levou à codificação do Imperador Adriano.³¹⁶

A última fase, a do período pós-clássico, vai de Diocleciano até Justiniano e se caracterizou por algumas inovações no mundo do direito. No campo processual a um funcionário do Estado foi entregue a direção do processo – a *cognitio extra ordinem*. Outro marco do período foi creditado a Justiniano: a fusão do *jus civile*, *jus gentium*, do *jus honorarium* e da *cognitio extra ordinem*, que passaram a formar o *Corpus Iuris Civilis*, o qual se constituía e quatro partes: Instituições, Digesto, Código e Novas Constituições (Novelas).³¹⁷

À vista dessa breve exposição histórica, nos é bastante claro que o ponto mais importante no que diz respeito à origem romana da boa-fé reside no instituto da *fides*. Buscando apoio nas palavras de Edilson Nobre, “[...] tudo começara com a *fides*. Esta fornecera, desde os tempos iniciais de formação jurídica romana, a noção a pautar as vinculações sociais e morais dos cidadãos.”³¹⁸

No direito romano, a *fides* tinha, inicialmente, um caráter moral e religioso. Significava a confiança que as pessoas guardavam uma nas outras em face das relações travadas. A lealdade, a honestidade, tudo ainda de forma verbal, ou na forma de um gesto (como um aperto de mãos), mas ainda não exigível juridicamente.³¹⁹

³¹⁵ ROSENTHAL, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

³¹⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 60-61.

³¹⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 61.

³¹⁸ NOBRE JÚNIOR, loc. cit.

³¹⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 62.

Conforme nos ensina Edilson Nobre, a *fides*, nos dias atuais ainda tem seu aspecto de confiança representado pelo aperto de mãos, a denotar a segurança mútua nas relações humanas, como na Roma antiga.³²⁰

A *fides*, ainda nessa fase inicial tinha uma forte carga afetiva e de especial nível axiológico, mas, ainda “[...] não estava em condições de, por si, trazer uma força vinculativa que, desde o início, nunca deixara de perder.”³²¹ A referida força vinculativa, que passou a trazer a possibilidade de apreciação da atuação dos sujeitos de uma relação contratual por um magistrado, despontou com a *bona fides*.

A passagem da *fides* para a *bona fides* é algo de extrema importância para visualizarmos a origem romana da boa-fé. Com base em nossa pesquisa, podemos dizer que, mormente no terreno obrigacional, a palavra empenhada, própria da *fides*, já não bastava para a eficácia de um negócio jurídico. As pessoas deveriam também adotar um comportamento de acordo com a conduta dos homens de bem e de acordo com os usos do comércio – a *bona fides*.³²²

Essa postura, tal *standard* de conduta de acordo com as “pessoas de bem”, é o que mais nos remete à boa-fé como a conhecemos hoje, mormente em sua feição objetiva. Mas isso será visto oportunamente.

O próximo passo histórico no estudo da boa-fé vai em direção ao direito francês. Conforme a investigação de Menezes Cordeiro, “depois do Digesto, em 532, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código de Napoleão, em 1804.”³²³

Convém mencionarmos que o Código Civil Francês, promulgado por Napoleão Bonaparte em 1804, teve como base ideológica o pensamento liberal consagrado na Revolução Francesa de 1789. A limitação do poder dos governantes era o caminho para a consagração da proteção à liberdade e à propriedade. Não cabia mais ao soberano restringir a liberdade das pessoas, tal papel passou a ser atribuído somente à Lei. As pessoas eram tratadas, aos olhos da Lei, como iguais, conforme

³²⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 62.

³²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 70.

³²² NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 68.

³²³ CORDEIRO, op. cit., p. 226.

disposto no art. 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.³²⁴

Recordemos. Com o desenvolvimento do comércio, a burguesia ascendeu socioeconomicamente mas, politicamente, o poder absoluto não poderia mais ficar nas mãos do monarca, a ditar as regras do jogo e restringir a liberdade das pessoas. Interessava à burguesia que as pessoas fossem livres em suas escolhas, que realizassem contratos de forma livre e que aumentassem a acumulação de riqueza pelos burgueses.

A classe em ascensão apoiou o movimento revolucionário sob o lema de “liberdade, igualdade e fraternidade”, entretanto, para a burguesia, com bastante enfoque no primeiro ideário – a liberdade. Livres, as pessoas começaram a contratar e a vontade das partes passou a valer como lei entre os contraentes - o *pacta sunt servanda*.

A boa-fé ressurgiu nesse cenário, mais precisamente no art. 1.134 do Código Civil Francês de 1804:

Code civil des Français

1.134

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.³²⁵

Interessante observarmos que a primeira parte do artigo tratou do *pacta sunt servanda*, ou seja, a de que as convenções legalmente formalizadas valiam como lei entre as partes. E, à época, esse era o efeito principal do artigo, qual seja o de blindar o contrato e as vontades ali formalizadas contra qualquer tipo de interpretação e intervenção por parte de um magistrado que viesse a analisar a avença.

A boa-fé, conforme constava na parte final do art. 1.134 da codificação francesa, acabou por ficar num plano secundário em um cenário em que, nas palavras de Edilson Nobre³²⁶, “o contratual – costumava-se dizer - confundia-se com o justo.”

³²⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 83.

³²⁵ Transcrito do original do Code civil des Français. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2012.

³²⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 83.

Sobre tal ofuscamento do princípio da boa-fé pelo princípio da autonomia da vontade, assim é o escólio de Nelson Rosenvald³²⁷:

Outrossim, o princípio da boa-fé restava inteiramente absorvido pela hegemônica atuação do dogma da autonomia da vontade. **Era evidente o fascínio dos cultores do direito pela primeira parte do citado art. 1.134 – ‘as convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes’** (alínea a) -, com o desprezo pela parte final do dispositivo (alínea c), que fazia alusão à boa-fé. Ou seja, **do ideário clássico da Revolução Francesa, ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, a burguesia se apossou dos dois primeiros valores e comodamente se esqueceu do dever de solidariedade**, que apenas ressurgiu 150 anos após. (grifos nossos)

Neste ponto, cabe uma pequena observação. Estamos a todo o tempo a nos referir a uma boa-fé como um conceito moral, de conduta leal e honesta, bem no sentido já pesquisado da *fides* romana e que representava um sentido objetivo da boa-fé, como o do art. 1.134, alínea terceira, do Código Civil Francês.

Ocorre que a codificação francesa, em vários artigos faz menção à boa-fé, entretanto com um sentido psicológico, como a ignorância de um fato, de uma circunstância ou uma crença equivocada, enfim, um viés subjetivo da boa-fé. Edilson Nobre cita como exemplos alguns artigos: o do casamento putativo (art. 201 e 202), os relacionados aos frutos do possuidor de boa-fé (art. 549 e 550); aquele sobre a validade do pagamento procedido de boa-fé (art. 1240), dentre outros.³²⁸

Acerca da distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva falaremos em tópico próprio. Por agora, de forma conclusiva quanto à fase francesa do estudo da boa-fé, podemos dizer que a parte final do artigo 1.134 do Código Civil Napoleônico desafiava os interesses da classe economicamente dominante e que tinha nos negócios celebrados, sem discussão quanto a aspectos éticos e morais, a fonte de seu poder³²⁹. Malogravam, assim, os efeitos objetivos do princípio da boa-fé, os quais só vieram a desabrochar no direito germânico.

³²⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.

77.

³²⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 90.

³²⁹ No tocante ao aspecto do *pacta sunt servanda* (acordo de vontade como lei entre as partes) e à extrema literalidade na execução dos contratos, pode ser citado o filme “O Mercador de Veneza”, uma produção cinematográfica norte-americana, lançada em 2004, e baseada na obra de William Shakespeare. Na estória, que se passa na Veneza do século XVI, um homem pede empréstimo a um agiota, com a condição de efetuar o pagamento em determinado prazo. Findo o intervalo de tempo estipulado, se a dívida não fosse paga, o devedor deveria entregar ao agiota um pedaço de sua própria carne. A dívida não é saldada no prazo definido, sendo o caso levado à decisão de um juiz. O contrato literalmente se referia ao termo carne, mas não se referia à palavra sangue. Como não era possível a

Para Nelson Rosenthal³³⁰, “[...] é na Alemanha da Idade Média que nasce a formulação da boa-fé que perduraria até a codificação de 1900 e, posteriormente, migraria para as outras codificações romanísticas.”

Das lições de Judith Martins Costa podemos extrair que o Código Civil Alemão, o BGB de 1900, teve seu início de vigência em uma época de ideologia positivista e que considerava o Direito um sistema fechado aos influxos flexibilizadores e interpretativos do juiz. Tal quadro não estava em sintonia com uma sociedade em constante mudança.³³¹

O principal dispositivo do BGB referente ao direito das obrigações e citado por diversos pesquisadores como manifestação da cláusula geral da boa-fé no direito alemão, foi o § 242, que trazia: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

A despeito da importância que atribuímos à boa-fé hoje, num período pós-positivista, devemos concordar com José Guilherme Giacomuzzi³³² ao lecionar que o princípio da boa-fé registrado no § 242 do BGB de 1900, “[...] a princípio, não era mais que um reforço ao § 157, e não foi de pronto alvo da atenção dos juristas alemães.” Referindo-se aos contratos, o § 157 do BGB de 1900 trazia que, na interpretação daqueles, dever-se-ia levar em consideração a boa-fé e os costumes do tráfico. Não estava presente, ainda, a boa-fé com a força de *standard* de conduta como a conhecemos hoje.

Podemos constatar que o BGB de 1900 trouxe a boa-fé em vários dispositivos legais, tanto em sua feição subjetiva, como estado psicológico, quanto em sua forma objetiva, como padrão leal de conduta. Menezes Cordeiro³³³ afirma que o BGB, “aproveitando a diversidade linguística possibilitada pela língua alemã, contrapõe, com clareza, a boa fé objectiva e a subjectiva.” O jurista português está a se referir às expressões alemãs *Treu und Glauben* e *guter Glauben*, a primeira significando a boa-fé objetiva e a outra, a subjetiva.

retirada de carne do devedor sem a presença de sangue, o juiz decidiu pela impossibilidade da aplicação da sanção prevista no instrumento de avença, baseando sua decisão em uma análise estrita da literalidade do contrato.

³³⁰ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 77.

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 236.

³³² GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 233.

³³³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 327.

Ainda com apoio na pesquisa de Menezes Cordeiro³³⁴, podemos verificar que a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) é referida no BGB em cinco de suas disposições, já a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) podemos encontrar em dezesseis passagens do Código Alemão de 1900. Quanto ao aspecto objetivo, significando um padrão de conduta leal e honesta: § 157, § 162/1 e 2, § 242, § 320/2 e § 815. No que toca à faceta subjetiva, como estado psicológico em situações específicas, mormente em sede de direitos reais: § 926, § 932, § 932a, § 933, § 934, § 937, § 945, § 955, § 957, § 990, § 991, § 1007, § 2024 e § 2025, dentre outros.

A partir da década de 20, a boa-fé, como cláusula geral do § 242 do BGB, passou a ter sua significação majorada e ampliada pela doutrina e jurisprudência, tendo reconhecida sua importância como norma geral de conduta no sentido que interessa à nossa pesquisa.

Como já nos reportamos neste tópico, importância capital ao nosso trabalho deve ser atribuída à distinção entre as facetas objetiva e subjetiva da boa-fé, já que nos interessa especialmente a primeira.

4.1.3 Distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

Neste ponto da investigação, pretendemos buscar a exata compreensão da diferença entre o agir “de boa-fé” e agir “conforme a boa-fé”.

Para Miguel Reale, a boa-fé apresenta dupla faceta: a subjetiva e a objetiva. A primeira corresponde a uma “atitude psicológica”, ou seja, o convencimento de alguém de estar agindo em conformidade com o direito, como no casamento putativo e algumas situações envolvendo direitos reais. Já a faceta objetiva se traduz como uma “exigência de lealdade”, um comportamento probó, podendo ser entendida como sinônimo de “honestidade pública”.³³⁵

Atitude psicológica. Um estado mental de alguém que norteia suas ações de acordo com as normas jurídicas, acreditando estar agindo de acordo com o direito positivado, quando, na verdade, tal correção só existe de forma aparente. É a boa-fé subjetiva. Nas palavras de Nelson Rosenthal, “a boa-fé subjetiva não é um

³³⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 325-326.

³³⁵ REALE, Miguel. **A Boa-Fé no Código Civil**. Disponível: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 30 Dez. 2011.

princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência.”³³⁶

Em estudo sobre a boa-fé no Direito Administrativo Brasileiro, José Ricardo Teixeira Alves³³⁷ se refere à boa-fé subjetiva “[...] como um estado psicológico do agente de estar agindo em conformidade com o Direito, ausente a consciência do caráter ilegal de seu comportamento. [...] Fala-se em *boa-fé crença*.”

Para Judith Martins Costa³³⁸, no que toca ao aspecto psicológico da boa-fé, pode-se dizer ser subjetiva “[...] justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má fé [...]”.

Podemos concluir, no que diz respeito à boa-fé subjetiva, que se trata de um estado psicológico, portanto de âmbito interno, e que não traz deveres de comportamento ou de conduta, apenas representando um aspecto de cognição acerca da qualificação jurídica de determinada situação. A faceta subjetiva da boa-fé encontra-se bastante presente nas situações que envolvem direito de propriedade (adquirente de boa-fé, possuidor de boa-fé) e aquelas situações referentes ao âmbito da putatividade, como no exemplo do casamento putativo.

Exigência de lealdade. Eis uma expressão empregada por Miguel Reale e que bem caracteriza a boa-fé objetiva como um padrão de comportamento honesto e leal, de acordo com a conduta de uma pessoa de bem.

Ligado ao campo do direito obrigacional, o conceito de boa-fé objetiva é, segundo Rosenvald, “[...] um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção [...]”.³³⁹

Para Martha Lucia Neme Villarreal³⁴⁰ a boa-fé objetiva deve ser entendida,

³³⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

³³⁷ ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11783>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

³³⁸ MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

³³⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80.

³⁴⁰ VILLARREAL, Martha Lucia Neme. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. **Revista de Derecho Privado**

[...] como un deber de comportamiento, en el que nada incide la actitud psicológica del agente, no interesa su creencia en estar obrando conforme a derecho o su convicción de estar cumpliendo con un determinado deber, pues lo determinante para establecer la existencia de la buena fe objetiva es el cumplimiento efectivo de los deberes que impone la buena fe, la real conformidad de la conducta del sujeto con las exigencias que emanan del principio de buena fe.

Ainda com espeque no trabalho de José Ricardo Teixeira Alves, podemos extrair que a boa-fé objetiva pode ser entendida como “boa-fé conduta”, uma regra de comportamento, “[...] um *standard* jurídico, que se caracteriza pela atuação de acordo com determinados padrões de lisura, honestidade e correção, em que se protege a legítima confiança da outra parte envolvida na relação jurídica.”³⁴¹

Juarez Freitas nos traz uma interessante definição do princípio da boa-fé (entendemos que aqui o jurista se refere ao seu aspecto objetivo) como sendo o resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas.³⁴²

Pensamos que da moralidade devemos extrair a sua faceta objetiva, qual seja o dever de lealdade, a conduta de um homem de bem. Já da segurança das relações jurídicas ficamos com a necessidade de coerência nos comportamentos, a vedação ao *venire contra factum proprium* (vedação ao comportamento contraditório, que será objeto de estudo em momento oportuno).³⁴³

Em sede de Direito Administrativo, mais especificamente sobre o dever de corrigir os vícios do ato administrativo, Ricardo Marcondes Martins³⁴⁴ preleciona que a boa-fé (objetiva) “[...] exige que os sujeitos, ao se relacionarem, atuem com lealdade e ética e, de certa forma, favorece quem tenha obedecido a essa exigência e desfavorece quem a tenha violado”. Tais situações envolvendo a convalidação de atos administrativos formalmente ilegais em face da boa-fé objetiva serão discutidos no capítulo seguinte deste trabalho.

Externado, Bogotá, nº17, 2009. Disponível em: <<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/viewFile/410/390>>. Acesso em: 31 Dez. 2011.

³⁴¹ ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11783>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

³⁴² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59.

³⁴³ No que se refere ao tema moralidade, cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁴⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 316-317.

Enfim, entendemos ter sido esclarecida a distinção entre a boa-fé objetiva, como padrão de conduta leal e honesta, de âmbito externo, e a boa-fé subjetiva, como um estado psicológico, uma crença na titularidade de um direito, na verdade, aparente. Gostamos de pensar em “boa-fé estado” (subjetiva) e “boa-fé comportamento” (objetiva).

No que interessa ao presente trabalho, vale destacar que a boa-fé objetiva encontra sua razão de ser na necessidade de retidão, cooperação e solidariedade entre as pessoas, na busca da justiça social e na repressão aos comportamentos deficientes em lisura e honestidade.³⁴⁵

A esta altura, após a breve exposição acerca da origem e evolução histórica da boa-fé, bem como a distinção entre suas facetas objetiva e subjetiva, faz-se mister fixarmos o foco na boa-fé conduta, a boa-fé obrigacional, nas palavras de Judith Martins Costa³⁴⁶, sendo indispensável um estudo sobre a sua manifestação do Direito Brasileiro.

4.1.4 Boa-fé objetiva no Direito brasileiro: fundamentos constitucionais e legais

Inicialmente, importante entendermos os fundamentos do princípio da boa-fé objetiva com base na Constituição Federal de 1988. Em sede do máximo diploma legislativo do país, podemos destacar dois pilares que dão suporte à existência da boa-fé objetiva como padrão de conduta entre as pessoas: o postulado da dignidade da pessoa humana e o princípio do solidarismo.

O postulado da dignidade da pessoa humana serve de norte e arcabouço estrutural de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Devemos entender tal ordenamento, conforme já dissemos, como um verdadeiro bloco de legalidade, mormente representado pelo princípio da juridicidade, e que engloba não só as leis escritas, como também os costumes, os princípios, as praxes administrativas e a jurisprudência.

Em outras palavras, tudo que diga respeito ao agir de um ser humano para com outro ser humano (englobando aí também o agir em relação ao

³⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81.

³⁴⁶ MARTINS COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002. n. 21. p. 63.

meio-ambiente) deve ser pautado por um comportamento de respeito, sem dolo de prejudicar o outro, sem egoísmo e individualismo, enfim, nada deve ser feito ao outro que, se feito àquele que age, viesse a ofendê-lo ou atentar contra sua dignidade.

Aqui nos permitimos abrir um breve parêntesis. Quando estamos a nos referir a essa forma leal, solidária e não egoística do agir humano, pensamos na moralidade como um aspecto objetivo de uma conduta.

Sobre tal tema destacamos as palavras de Kant, ao dizer que “admitindo-se que a razão pura pode conter em si um fundamento prático, isto é, suficiente para a determinação da vontade, então existem leis práticas; mas se não se admite isso, então todos os princípios práticos serão simples máximas.”³⁴⁷

Em nossa percepção, por meio da referida afirmação, Kant quis trabalhar com os conceitos de vontade e de lei moral. Para o filósofo, existiria diferença entre máximas e legislação universal. As máximas seriam subjetivas, inerentes a cada pessoa, fruto da experiência de cada um e de suas condições individuais. Já a legislação universal equivaleria a uma “lei moral”, de caráter objetivo, a que todo ser humano racional estaria sujeito.

Na afirmativa, Kant quis dizer que a razão pura contém um fundamento prático que seria a lei moral, universal e que guia ou determina a vontade humana. Com isso ele atestou a existência da lei moral, equivalente ao que chamou de “leis práticas”, algo que também se confirma pelo corolário: “A razão pura é por si mesma prática, e dá (ao homem) uma lei universal, que denominamos *lei moral* [*Sittengesetz*].”³⁴⁸

Por outro lado, na segunda parte da afirmativa, o filósofo quis dizer que, caso não se admitisse a existência da lei moral, todos os princípios práticos seriam máximas, ou seja, a vivência e a experiência de cada um seriam guias da vontade. Tal hipótese, entendemos, traria o caos, um mundo onde a ausência de uma lei moral seria terreno fértil para o abuso e as atrocidades.

Preferimos vislumbrar, no pensamento de Kant, a ideia de boa-fé como decorrente da Lei Moral, como conduta leal e digna entre as pessoas.

Retornemos. Dentro do postulado maior do nosso ordenamento, tratar o outro com dignidade significa não frustrar suas legítimas expectativas, não submeter o

³⁴⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 27.

³⁴⁸ Ibid., p.41.

outro a surpresas que possam vir a causar prejuízos ou constrangimento, em suma, não frustrar a confiança legítima que deve permear as relações entre as pessoas.

Imaginemos uma situação muito corriqueira e que talvez seja um dos bons exemplos de manifestação do postulado da dignidade da pessoa humana via princípio da boa-fé objetiva: os contratos que envolvem os planos de saúde ou os seguros-saúde.

Imaginemos que uma pessoa contrate um determinado plano de saúde e passe a quitar mensalmente seu débito obrigacional, pagando em dia as mensalidades.

Ocorre que, em face de determinado problema de saúde, o contratante se vê frente à necessidade de realização de um exame que já esteja disponível no país, mas que ainda não tenha sido catalogado pela Associação Médica Brasileira e, conseqüentemente, não seja reconhecido pelas operadoras de planos de saúde (como ocorria em passado recente com o exame de Pet Scan Oncológico, utilizado no diagnóstico de estágios iniciais de diversos tipos de câncer).

Administrativamente, o referido exame poderia ser negado pela operadora, entretanto, com base na boa-fé objetiva, notadamente em razão do dever anexo de cooperação, o Judiciário, em grande parte dos casos, poderia determinar à operadora a liberação do exame, se imprescindível para o tratamento do paciente. Afinal, quem contrata um plano de saúde tem por objetivo a manutenção de sua saúde e, nesse sentido, a operadora deve cooperar para que o objetivo do contrato seja alcançado.

Respeitando-se o direito à saúde do contratado, com amparo no dever anexo de cooperação inerente à função integrativa da boa-fé objetiva, estar-se-ia, em um primeiro momento, respeitando o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, mormente no tocante ao exemplo suposto, haja vista envolver questão ligada à saúde.

Por fim, no que diz respeito à relação entre a boa-fé objetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana, merece destaque a função humanizadora da boa-fé objetiva no que toca às relações negociais.

Nesse sentido, para Ramon Mateo Júnior, o contrato é mais uma arena da luta diária em uma sociedade capitalista, tendo a boa-fé objetiva uma função humanizadora ao estipular deveres anexos às disposições contratuais e ao evitar a

postura de interesse de uma das partes em sempre levar vantagem em face da outra.³⁴⁹

O princípio do solidarismo, estampado no art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988³⁵⁰, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, diz respeito a um sentimento que deve permear a vida em sociedade e que se traduz na compaixão, no amor ao próximo, no dever de prestar auxílio ao outro em momentos de dificuldade, de cooperação para o alcance de objetivos que são de todos, enfim, num sentimento de união de forças para a construção de uma sociedade e de um mundo melhor para as atuais e futuras gerações.

Associar o princípio do solidarismo à boa-fé objetiva é reconhecer nela um padrão de conduta coerente, honesto e que substitui o individualismo pela referida noção de cooperação entre as pessoas em prol de um objetivo comum. Afinal, no exemplo citado anteriormente, a manutenção da saúde não é só um objetivo do contratante, mas também da empresa operadora do plano de saúde, bem como de toda a sociedade.

E é no seio da sociedade que a cooperação e o auxílio entre as pessoas vão contribuir para a construção e manutenção de um Estado Constitucional Democrático de Direito e que respeite o postulado da dignidade da pessoa humana. Vem daí a relação entre o solidarismo e a boa-fé objetiva.

Com a intenção de finalizar o tema referente à associação entre o solidarismo constitucional e a boa-fé objetiva, transcrevemos as lições de Giselda Hironaka³⁵¹:

Trata-se, portanto, da boa-fé objetiva entranhada no comportamento dos contratantes, capaz de exigir, deles, uma postura que sobrepassa a singela idéia de ser o contrato apenas uma auto-regulamentação de interesses contrapostos, um instrumento de composição de interesses privados antagônicos. O comportamento delineado pelo atributo da boa-fé objetiva é

³⁴⁹ MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2786>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

³⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

³⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4194>>. Acesso em: 01 jan. 2012. Palestra proferida no 5º Seminário de Estudos sobre o Novo Código Civil, promovido pela Escola Judicial Des. Edésio Fernandes e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em Uberlândia, em 23 de agosto de 2002, e no 2º Ciclo de Palestras sobre o novo Código Civil, promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado (SP), em 20 de março de 2003.

um comportamento tal que faz transcender a noção de colaboração entre os que contratam, antes de mais nada. E que os faz, por isso, mais leais, reciprocamente, mais informados, mais cuidadosos e **mais solidários na persecução da finalidade contratual comum**. (grifo nosso)

Deixando o âmbito constitucional, podemos constatar que a legislação infraconstitucional tem no Código Civil de 2002 o grande diploma que, espelhado nos ditames da Constituição Federal, trouxe em seu bojo o princípio da boa-fé. Inicialmente, em seu art. 113, definiu a boa-fé como parâmetro interpretativo dos negócios jurídicos³⁵². Mais adiante, no art. 422, no título Dos Contratos em Geral, o legislador infraconstitucional tratou de conceder ao princípio da boa-fé o papel de “bússola” a guiar a conduta dos contratantes, seja na execução, seja na conclusão das avenças firmadas.³⁵³

A nova codificação civil, diferentemente da de 1916, tratou de mitigar o tradicional *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato passou a ser interpretado conforme a boa-fé objetiva e não somente por meio de uma obediência à literalidade das cláusulas avençadas.

À vista disso, o Judiciário, quando provocado, passou a rever instrumentos de contrato nos quais cláusulas abusivas atentavam contra a boa-fé objetiva, a exemplo dos contratos referentes a planos de saúde, conforme já mencionado, contratos relativos à aquisição de imóveis residenciais (financiamento imobiliário), dentre outros. Tudo com o fito de preservar a pessoa humana enquanto sujeito, e não objeto de direito.

Referimo-nos, neste tópico, ao dever anexo de cooperação e à função integrativa da boa-fé objetiva quando citamos o exemplo dos planos de saúde. Na verdade, a atuação da boa-fé objetiva, notadamente na seara do direito obrigacional, se dá de diversas formas: seja auxiliando na interpretação de negócios jurídicos, seja integrando os acordos de vontade celebrados no seio social, seja estabelecendo limites à atuação das partes quando da execução dos negócios jurídicos. São as diversas funções da boa-fé objetiva.

³⁵² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

³⁵³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

4.1.5 As funções da boa-fé objetiva

No que concerne à manifestação do princípio da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, podemos destacar três funções básicas: a interpretativa, a integrativa e a limitativa. Interessante o escólio de Judith Martins Costa ao destacar, dentre as funções da boa-fé objetiva, a função de otimização do comportamento contratual (englobando os deveres anexos de cooperação, informação, lealdade proteção e as funções integrativa e interpretativa do princípio), a função de reequilíbrio do contrato (atuando a boa-fé como vetor de revisão das prestações lesivas ou excessivamente onerosas) e a função de limite no exercício de direitos subjetivos (impedindo ou sancionando condutas contraditórias – o *venire contra factum proprium*, que veremos à frente)³⁵⁴.

Dissertando sobre o Direito Civil Mexicano, Juan Ricardo Jiménez Gómez, apenas com diferenças semânticas, se refere às funções da boa-fé objetiva: como princípio, como regra de conduta e como limite objetivo de alcance do direito e da obrigação nas relações jurídicas³⁵⁵. A função interpretativa ficaria a cargo da boa-fé princípio; a integrativa, com a boa-fé regra de conduta e, por fim, a limitativa, como limite objetivo nas relações jurídicas. Passaremos a discutir acerca de cada uma delas.

A função interpretativa diz respeito ao próprio mandamento legal, conforme o art. 422, do Código Civil de 2002, de que as pessoas, ao firmarem acordos de vontade, deverão se pautar conforme o princípio da boa-fé.³⁵⁶ Tal função deriva, ainda, de forma mais direta, do art. 113 do mesmo Código, ao prever que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

³⁵⁴ MARTINS COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002. n. 21. p. 76-100.

³⁵⁵ GÓMEZ, Juan Ricardo Jiménez. El principio de la buena fe em la teoria general del contrato. In: Memoria del II Coloquio Nacional del Derecho Civil, 20, 1985, México. **Um siglo de derecho civil mexicano**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Nacional Autónoma de México, 1985. p. 194. Disponível em: < <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/371/17.pdf>>. Acesso em: 01 Jan. 2012.

³⁵⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. [...]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

Um contrato que venha a ser interpretado por um magistrado, em uma eventual lide judicial, o será com base na boa-fé objetiva e não somente considerando a vontade interna dos contraentes (teoria da vontade – *Savigny/Windscheid*) ou a vontade externa representada pela literalidade das cláusulas contratuais (teoria da declaração - *von Bulow*).³⁵⁷

Também no Código de Defesa do Consumidor podemos constatar o viés interpretativo da boa-fé em face das relações entre consumidores e fornecedores. No art. 4º, inciso III, a boa-fé (entendemos ser a objetiva) é tomada como um vetor principiológico a guiar a interpretação e a execução dos negócios jurídicos que representem relações de consumo.³⁵⁸

Conforme já demonstramos no corpo deste trabalho, sabemos que a aplicação do Direito envolve uma atividade interpretativa e que se desenvolve com todo o ferramental provido pela hermenêutica. Aliás, abrindo aqui um brevíssimo parêntesis: ao nosso sentir, existe uma impropriedade semântica na expressão comumente usada no mundo jurídico para designar aqueles que lidam com a ciência jurídica – “operadores do direito”.

Entendemos que o Direito jamais será operado, como alguém que controla ou opera uma máquina de forma mecânica, afinal, o Direito está muito distante da ideia de mecanicidade. O que ocorre com o Direito é um fenômeno de extrema dinamicidade, impossível de ser descrita em um “manual” de operação. O Direito deve ser adaptado, sopesado, interpretado de acordo com cada situação do mundo da vida. Assim, melhor que uma expressão que transmita a ideia matemática e mecânica de “operação do Direito”, entendemos ser uma que nos traga a percepção de “vivência do Direito”.

Como qualquer relação jurídica, a negocial deve ser interpretada. Dessa forma, a boa-fé objetiva funciona como norte interpretativo a ser seguido, mormente pelo magistrado, na análise de uma relação contratual.

³⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89.

³⁵⁸ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

Sobre o tema, José Ricardo Teixeira Alves³⁵⁹ assevera que a atividade hermenêutica deve priorizar “[...] sempre o sentido mais consentâneo com a lealdade e a honestidade entre as partes, evitando-se construir interpretações que configurem malícia ou prejuízo a uma em benefício da outra.”

Para exemplificarmos com jurisprudência recente do STJ um caso de aplicação da função interpretativa da boa-fé objetiva, citamos o REsp 1.180.815-MG³⁶⁰.

Tratou-se do caso de uma paciente que se submetera a uma cirurgia plástica e que, no pós-operatório, teve o desenvolvimento de lesões na fase de cicatrização. Em primeira instância a paciente teve seu pedido de indenização pelo dano moral acolhido pelo juízo. Em segunda instância, o TJMG reformou a decisão do juízo *a quo*, o que provocou o REsp da paciente.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi negado provimento ao recurso da paciente em face de uma interpretação conforme a boa-fé objetiva. Segundo o Tribunal, o médico teria agido com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva ao colher a assinatura da paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-la acerca de eventuais problemas que poderiam surgir durante o pós-operatório.

Para finalizarmos no que concerne à função interpretativa da boa-fé objetiva, vale citar um dos Enunciados do Conselho da Justiça Federal. Tais Enunciados são oriundos das Jornadas de Direito Civil, uma realização do Conselho da Justiça Federal - CJF e do Centro de Estudos Jurídicos do CJF. Diz o Enunciado nº

³⁵⁹ ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11783>>. Acesso em: 01 Jan. 2012.

³⁶⁰ Responsabilidade Civil. Erro Médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso Fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e **conforme os ditames da boa-fé objetiva** o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso Especial a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.180.815-MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 19 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 13 out. 2012). (grifo nosso)

26: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”³⁶¹ Entendemos que o Enunciado veio a consagrar a função interpretativa da boa-fé objetiva.

No que diz respeito à função integrativa da boa-fé objetiva, podemos dizer que, antes, durante e depois da execução de um contrato, devem ser observados alguns deveres de conduta entre os contraentes. Nesse sentido o escólio de Judith Martins Costa³⁶²:

[...] da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual [...]

A jurisprudência pátria também reconhece, de forma expressa, a existência dos deveres anexos ou instrumentais, a exemplo do REsp 1276311 / RS, no qual restou consignado que “a violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato [...] caracteriza ilícito contratual.”³⁶³

³⁶¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados Aprovados I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> >. Acesso em: 13 out. 2012.

³⁶² COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 01 Jan. 2012.

³⁶³ Direito civil e do consumidor. Recurso Especial. Relação entre banco e cliente. Consumo. Celebração de contrato de empréstimo extinguindo o débito anterior. Dívida devidamente quitada pelo consumidor. Inscrição posterior no SPC, dando conta do débito que fora extinto por novação. Responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. 1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC. 2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências. 3. A violação dos **deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato** - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. 4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1276311/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 20 Set. 2011. DJe 17 Out. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1088792&sReg=200802363767&sData=20111017&formato=PDF >. Acesso em: 13 out. 2012). (grifo nosso)

Tais deveres anexos ou instrumentais, reconhecidos, conforme acabamos de demonstrar, não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência nacionais, passam a integrar o acordo de vontades, ainda que não previstos expressamente no instrumento de avença. São deveres de lealdade, informação, cooperação e proteção.

O dever de lealdade está intimamente relacionado com a ética e a honestidade no trato entre as pessoas. Para Nelson Rosenvald³⁶⁴, o dever de lealdade impõe às partes “[...] a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Agir com deslealdade implica atingir a dignidade³⁶⁵ do outro contratante.”

Quanto ao aspecto de informação, diz respeito ao dever de levar ao conhecimento da parte contratante todas as informações relevantes inerentes ao objeto do contrato, a exemplo das bulas de medicamentos, composição de produtos alimentícios, alerta quanto à nocividade de produtos de limpeza, dentre inúmeros outros exemplos.

Ainda na esteira da jurisprudência pátria sobre o dever de informação, vale destacar o REsp 1131073/MG, que tratou de um caso envolvendo a relação contratual entre um investidor-consumidor e determinada instituição bancária, no qual ficou registrada a necessidade de disponibilização de “[...] informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado [...]”³⁶⁶

Em cumprimento ao dever de cooperação, as partes devem se prestar ajuda mútua com o fito de alcançar o objetivo do contrato. Nesse sentido não basta ao

³⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 106.

³⁶⁵ Aqui mais uma vez a relação entre a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana.

³⁶⁶ Processo Civil e Civil. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais. Prequestionamento. Ausência. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Contrato bancário. Fundos de investimento. Dever de informação. Art. 31 do CDC. Transferência dos valores investidos para banco não integrante da relação contratual. Conhecimento do cliente. Mera presunção. Ausência de anuência expressa. Intervenção BACEN no Banco Santos S/A. Indisponibilidade das aplicações. Responsabilidade do banco contratado. Ocorrência. Ressarcimento dos valores depositados. [...] 3. **O princípio da boa-fé e seus deveres anexos devem ser aplicados na proteção do investidor-consumidor que utiliza os serviços de fornecedores de serviços bancários, o que implica a exigência, por parte desses, de informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado com o patrimônio daquele que o escolheu como parceiro.** [...] 6. Recurso especial provido para condenar o recorrido a restituir ao recorrente os valores depositados. Ônus da sucumbência que se inverte. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1131073 / MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 05 Abr. 2011. DJe de 13 jun. 2011). Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2011-04-05;1131073-1112853>>. Acesso em: 13 out. 2012). (grifo nosso)

adquirente de um imóvel em construção exigir do construtor a entrega do objeto contratado, terá ele também de adimplir as prestações em dia.

Nelson Rosenvald, acerca do dever de cooperação, acrescenta que o dever de mútuo auxílio entre as partes de um negócio jurídico pode ser dar de forma omissiva e de forma ativa. Omissivamente, uma parte se compromete a não impor obstáculos ao cumprimento da prestação pela outra parte. Ativamente, as partes se ajudam mutuamente, entregando documentos e executando serviços relevantes para o adimplemento da obrigação principal.³⁶⁷

Ainda quanto ao dever de cooperação, nos vem à mente uma situação do cotidiano da Administração Pública – a execução de uma obra pública. Aí, tanto o Fiscal da Administração deve se abster de provocar interrupções desnecessárias dos serviços (colaboração omissiva), quanto o contratado deve, a cada pagamento, apresentar toda a documentação fiscal e trabalhista pra fins de verificação e autuação nos autos do respectivo processo (colaboração ativa).

Por fim, o dever de proteção relaciona-se com a obrigatoriedade mútua das partes de um contrato de manter a integridade do outro. Exemplificando, o dever de proteção obriga as companhias aéreas a disponibilizar equipamentos salva-vidas aos passageiros como forma de proteção e preservação da integridade física dos mesmos. A jurisprudência pátria nos fornece vários exemplos relacionados ao dever anexo de proteção, a exemplo do REsp 107211/SP.³⁶⁸

A terceira e última função, mas não menos importante, é a limitativa. Refere-se ao estabelecimento de limites no que tange ao comportamento das pessoas com o objetivo de afastar o abuso do direito, tratado pelo Código Civil Brasileiro, em seu art. 187, como ato ilícito.³⁶⁹

³⁶⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 107.

³⁶⁸ Responsabilidade civil. Estacionamento. Furto de veículo. Depósito inexistente. Dever de proteção. Boa-fé. O cliente do estabelecimento comercial, que estaciona o seu veículo em lugar para isso destinado pela empresa, não celebra um contrato de depósito, mas a empresa que se beneficia do estacionamento tem o **dever de proteção, derivado do princípio da boa-fé objetiva**, respondendo por eventual dano. Sum. 130. Ação de ressarcimento da seguradora julgada procedente. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 107211 / SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgamento em 3 dez. 1996. DJ 3 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=144226>>. Acesso em: 13 out. 2012). (grifo nosso)

³⁶⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

Conforme as lições de Nelson Rosenvald, estudar o abuso do direito é abrir canais e pontes entre a boa-fé e o exercício dos direitos subjetivos. Com vistas ao adimplemento da relação jurídica, a autonomia da vontade dos contratantes perde a exclusividade e tem seu perfil renovado por meio da boa-fé. Tal perfil renovado importa na condução dos direitos subjetivos a limites equilibrados em prestígio ao princípio da solidariedade e da dignidade das partes.³⁷⁰

Percebemos que a autonomia da vontade, característica do período liberal, passou a ser mitigada em face do princípio da boa-fé (objetiva), buscando-se evitar o abuso do direito. O contrato passou a ter uma função social e o adimplemento de suas prestações de forma cooperativa e solidária passou a ser um dever de ambos os contratantes.

Judith Martins Costa inovou ao usar a expressão “avoluntarista” para se referir aos deveres de conduta entre os contratantes, a derivar não de uma autonomia da vontade, mas da boa-fé.³⁷¹

O abuso do direito seria justamente esse uso indevido da autonomia da vontade, sem qualquer limite, praticando ou deixando de praticar atos, de certa forma acobertados por uma cortina de legalidade formal, mas ofendendo o patrimônio jurídico de outrem.

Um banco credor de um financiamento que bloqueia o numerário depositado pelo financiado em conta específica para pagamento de salários dos empregados dele (financiado) atua com abuso de direito, a despeito de tal possibilidade constar do contrato de financiamento. Assim já decidiu o STJ no Resp 250523/SP.³⁷²

Nas palavras de Menezes Cordeiro, a expressão abuso do direito foi criada com o intuito de designar “[...] uma série de situações jurídicas ocorridas na

³⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116.

³⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002. n. 21. p. 76.

³⁷² Conta corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 250523/ SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgamento em 19 out. 2000. DJ 18 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=379433>>. Acesso em: 13 out. 2012).

França, nas quais o tribunal, reconhecendo, embora na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito”.³⁷³

Em sua tese de doutoramento, o jurista português destaca três institutos embrionários do abuso do direito: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança.³⁷⁴

A *aemulatio* se traduz no exercício de um direito, sem trazer uma utilidade para o exercente, mas com a intenção de prejudicar outrem. A *exceptio doli* tem ligação com a boa-fé e se trata de uma defesa para deter uma *actio* injusta. Já a regulação das relações de vizinhança foi imposta por uma necessidade de convivência pacífica e acabou por dar origem às servidões prediais mais antigas e que hoje estão presentes no ordenamento jurídico.³⁷⁵

Não vamos aqui adentrar em minúcias no que tange à teoria do abuso do direito³⁷⁶, entretanto, cabe ressaltar algo que já fizemos anteriormente: a presença de tal instituto de forma expressa no art. 187³⁷⁷, do Código Civil Brasileiro. Lembramos que o referido dispositivo trata o abuso de direito como categoria de ato ilícito, mas de uma forma diferente do ilícito do art. 186 do mesmo Código³⁷⁸.

O que distingue os artigos 186 e 187 do nosso Código Civil é a culpa, presente apenas no primeiro. O ato ilícito do art. 186 pressupõe a presença de um elemento subjetivo, já no abuso do direito do art. 187 não se cogita de culpa, “[...] é um agir nos limites objetivos permitidos pela lei, apenas desviado dos fins sociais da ordem jurídica, causador de dano a outrem [...]”.³⁷⁹

³⁷³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 670-671.

³⁷⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 673-676.

³⁷⁵ CORDEIRO, loc. cit.

³⁷⁶ Para aprofundamento acerca do tema abuso do direito, cf. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005 e CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

³⁷⁷ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.[...]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

³⁷⁸ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

³⁷⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n.28, p.5-14, jan./mar. 2005. Conferência proferida no "Seminário em Comemoração ao

A boa-fé objetiva atua como vetor limitador dos direitos subjetivos de forma a impedir a ocorrência do abuso do direito.

Para Ruy Rosado Aguiar Júnior³⁸⁰, a boa-fé tem o significado de “aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo.” Tal limitação do exercício de um direito subjetivo é que tem por finalidade afastar o abuso do direito.

Para tanto, o princípio da boa-fé objetiva, como *standard* de conduta, possui alguns institutos ou figuras parcelares, que, para alguns³⁸¹, também podem ser classificados como modalidades ou categorias de abuso do direito.

No que interessa ao nosso trabalho, algumas dessas figuras estão intimamente ligadas ao princípio da confiança (que estudaremos à frente), ou seja, na expectativa legítima de que alguém conduza suas ações de forma coerente, sem impor surpresas à outra parte de uma relação jurídica, sem contrariar seus próprios atos.

Trataremos, doravante, de nos deter no estudo de quatro dessas figuras parcelares da boa-fé objetiva e que têm como objetivo afastar o abuso do direito: a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

Bicentenário do Código Civil Francês", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no dia 27 de setembro do 2004, no auditório do CJF, em Brasília - DF.

³⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun. 1995, p. 20-27.

³⁸¹ A classificação como categorias de abuso do direito é esposada por Nelson Rosenvald em sua obra *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*, que também é uma das bibliografias básicas de nossa pesquisa, aproveitando as lições de Fernando Noronha. Para os referidos juristas, o exercício abusivo do direito se apresenta de três formas: por um desleal exercício de direitos, quando o titular de um direito o exerce contrariando a legítima confiança depositada na contraparte; por um desleal não exercício de direitos, quando o titular de um direito não o exerce e acaba por criar na outra parte a confiança na estabilidade da situação existente; e por uma desleal constituição de direitos, naquelas situações em que uma parte defrauda a confiança da outra e acaba adquirindo contra ela um direito. Ao que interessa em nossa pesquisa, conforme passaremos a expor na sequência, o *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio* fazem parte da categoria do desleal não exercício de direitos e o *tu quoque* integra a categoria da desleal constituição de direitos. (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 133-143).

4.2 AS FIGURAS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA

4.2.1 Da proibição do *venire contra factum proprium*

A figura parcelar do *venire contra factum proprium* faz parte do estudo da Teoria dos Atos Próprios. Wagner Mota Alves de Souza³⁸² considera a referida teoria como sendo uma construção da doutrina elaborada tendo por base o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Segundo o autor, a teoria dos atos próprios está “[...] voltada a coibir o comportamento contraditório lesivo à legítima expectativa criada pelo sujeito confiante que acredita no projeto de ação (*factum proprium*) a ele comunicado.”³⁸³

Dessa forma, nos é permitido concluir que a proibição do *venire contra factum proprium* é a vedação do comportamento contraditório, assim definido por Cristiano Chaves de Farias:

[...] a vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato que ele próprio deu causa.³⁸⁴

Melhor esclarecendo: o *factum proprium*, ou conduta inicial, é um ato humano, não um ato jurídico em sentido formal, não previsto pela lei, mas que, ao ser praticado, gera uma legítima expectativa na outra parte de uma relação jurídica ou em terceiros, em face da confiança que deve permear as relações conduzidas em conformidade com a boa-fé objetiva. Após o *factum proprium* e a formação do estado de confiança, vem o comportamento contraditório, a quebrar o projeto inaugurado a partir da conduta inicial.³⁸⁵ Daí a proibição de vir (*venire*) contra os próprios atos (*contra factum proprium*).

³⁸² SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 199.

³⁸³ SOUZA, loc. cit.

³⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil** – teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 475.

³⁸⁵ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 134-144.

Os comportamentos contraditórios também são citados por Menezes Cordeiro³⁸⁶ para quem o “*venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos entre si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”. Observamos, aqui, que os comportamentos contraditórios são condutas lícitas e não concomitantes.

A título exemplificativo, trazemos à colação jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de Direito Administrativo, já adiantando possibilidades que serão por nós levantadas no próximo capítulo: o MS 0036428-30.2010.8.19.0000/TJRJ.³⁸⁷

Tratou-se, o caso em destaque, de uma decisão do TJRJ em manter a nomeação de uma candidata aprovada em concurso público para um cargo efetivo na Administração Pública daquele estado. Antes da nomeação, havia sido constatado um problema de saúde com a candidata, o qual deveria ser sanado. Para tal, com base em Resolução, a Administração concedeu à candidata o prazo de cento e oitenta dias para o saneamento da pendência de saúde.

Vale salientar que a própria Administração tinha ciência de que o prazo concedido ultrapassava o de validade do concurso. Resolvida a questão de saúde dentro do prazo concedido, a candidata teve sua nomeação indeferida pela Administração em face do extrapolamento do prazo de validade do certame.

O Tribunal decidiu pela nomeação da candidata com base na quebra da boa-fé objetiva e na vedação ao *venire contra factum proprium* por parte da Administração. A jurisprudência em questão diz respeito a embargos de declaração

³⁸⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.p. 745.

³⁸⁷ Embargos de Declaração. Inexistência de omissão. *Venire contra factum proprium*. Violação dos princípios insculpidos no caput do art. 37 da Carta Política, confiança e boa fé. Ao negar a nomeação e posse, a conduta adotada pela Administração feriu, além dos princípios insculpidos no caput do art. 37 da CF, também os da confiança e da boa fé que devem permear as relações entre a Administração e Administrado, **consistindo na figura do venire contra factum proprium**, aplicável às relações com a Administração Pública. A questão não se resolve com a discussão acerca da possibilidade ou não da prorrogação do prazo de validade do certame. A segurança foi concedida tendo em vista ter a Impetrante demonstrado *ab initio* que, a despeito da data de validade do concurso ser o dia 03/01/2009 a ela, candidata aprovada, a partir de 01/11/2008 foi concedido, pela própria Administração, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprir a exigência relativa ao seu estado de saúde, no que obteve êxito, e da razoabilidade, configurada. Inexistindo no acórdão qualquer dos defeitos constantes do elenco do art. 535 do CPC, isto é obscuridade, contradição ou omissão, restam improsperáveis os embargos declaratórios opostos. Não provados nem verificados os defeitos aduzidos. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0036428-30.2010.8.19.0000 - Mandado de Segurança - 2ª Ementa Des. José C. Figueiredo - Décima Primeira Câmara Cível. Julgamento em: 02 fev. 2011. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d05c8deb-8737-4799-983c-d96f9bb429f6&groupld=10136>. Acesso em: 14 out. 2012). (grifo nosso)

propostos pelo Estado do Rio de Janeiro em face da decisão do juízo *ad quem*, recurso que foi improvido.

4.2.2 Da *supressio*

Segundo Menezes Cordeiro³⁸⁸, *supressio* é “[...] a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé.”

Para Wagner Mota, “a *supressio* é um instituto que busca vedar o exercício de um direito caracterizado pelo atraso desleal de modo a gerar em outrem a previsão de confiança de que este direito não mais seria exercido.”³⁸⁹

Pelo fato de também atuar como fator de preservação da confiança alheia, a *supressio* muito se aproxima do *venire contra factum proprium*. Entretanto, enquanto no *venire*, a confiança no comportamento advém de uma conduta antecedente de uma das partes da relação, na *supressio* a expectativa na manutenção da estabilidade de uma situação é gerada pela inércia do titular do direito, de forma injustificada, por considerável decurso de tempo.³⁹⁰

Para melhor entendimento da figura da *supressio*, analisemos uma situação real. Uma determinada sociedade empresária contrata os serviços de consultoria jurídica de um escritório de advocacia com previsão contratual de reajuste anual dos valores pagos mensalmente à contratada. Ocorre que o reajuste anual não é efetivado, durante seis anos, com a anuência tácita da empresa contratada. Em um determinado momento, a contratante resolve rescindir o contrato.

A contratada decide, então, cobrar judicialmente os reajustes anuais que nunca ocorreram, mas que também não foi objeto de reclamação por parte da mesma em momento oportuno. Estamos diante de um caso típico de criação de uma expectativa na parte contratante de que, a despeito da existência da cláusula

³⁸⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 797.

³⁸⁹ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 87.

³⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 138-139.

contratual do reajuste, o mesmo não seria exigível. Um caso típico de *supressio* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁹¹

4.2.3 Da *surrectio*

Após a breve exposição acerca da figura da *supressio*, podemos antecipar que ela e a *surrectio* são consideradas “[...] dois lados de uma mesma moeda”³⁹², significando a perda de uma vantagem (*supressio*) por alguém que deixa de exercer seu direito e a aquisição de um direito (*surrectio*) pela outra parte beneficiada pela omissão do primeiro.

Transcrevendo as lições de Cristiano Chaves de Farias:

[...] é possível dizer que *supressio* é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés a *surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade de vir a exercê-lo posteriormente.³⁹³

³⁹¹ Civil. Contratos. Dívidas de valor. Correção monetária. Obrigatoriedade. Recomposição do poder aquisitivo da moeda. Renúncia ao direito. Possibilidade. Cobrança retroativa após a rescisão do contrato. Não-cabimento. Princípio da boa-fé objetiva. Teoria dos Atos Próprios. *Supressio*. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. Cuida-se de fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa. Precedentes. 3. Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada à natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular. 4. O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, *surrectio* e *supressio*. 5. A *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.202.514 – RS. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 21 jun. 2011. DJe 30 jun. 2011. Disponível em: <[http://www.legjur.com/jurisprudencia/htm/2011/1202514stj_2012_5_3_22247\(i\).pdf](http://www.legjur.com/jurisprudencia/htm/2011/1202514stj_2012_5_3_22247(i).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012).

³⁹² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140.

³⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil – teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 475.

Um caso envolvendo a figura da *surrectio* foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2009. A situação foi a de uma locação predial em que, a despeito de cláusula contratual determinante de reajuste anual do valor da locação, o locatário pagou, durante cerca de três anos, valor abaixo do pactuado, com a anuência tácita do locador.

Veio o locador a juízo cobrar o reajuste no período citado, após os três anos, e o TJMG decidiu em favor do locatário com base na *surrectio*, uma vez que a inércia do locador acabou por gerar uma legítima expectativa no locatário no tocante ao não reajustamento do valor da locação.³⁹⁴

Um outro exemplo clássico de *surrectio* quem nos dá é Menezes Cordeiro. Tratou-se de um caso julgado pelo tribunal alemão de Bundesgerichtshof (BGH), em 1966. Discutia-se uma situação de uma sociedade em que, por mais de vinte anos e com a concordância de todos os sócios, houve a distribuição de lucros de forma diferente da prevista no pacto social. O BGH entendeu que tal distribuição não oficial deveria perdurar para o futuro, a despeito da forma pactuada, mas que não foi implementada pelos sócios.³⁹⁵

Continuando na esteira da consideração da *supressio* e da *surrectio* como duas faces de uma mesma moeda, podemos citar o art. 330 do Código Civil³⁹⁶ como um grande exemplo das referidas figuras. De um lado, a inércia e a concordância tácita do credor em receber o pagamento em local diverso do pactuado leva à perda do direito do mesmo credor em exigir o previsto no contrato (*supressio*). Por outro lado, tal inércia cria um verdadeiro direito para que o devedor pague em local diverso do pactuado. Afinal, o pagamento acaba sendo realizado, de forma

³⁹⁴ Direito Civil. Locação residencial. Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. - A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada - pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado -, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar situação de fato já consolidada, em **prestígio ao princípio da boa-fé contratual**. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 1.0024.03.163299-5/001. Relator Des. Mauro Soares de Freitas. 16ª Câmara Cível. Julgamento em 11 Fev. 2009. DJ 13 Mar. 2009. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=7&r=125&s1=iptu&s2=&u=/netaht ml/aasp/aasp1.asp>>. Acesso em: 12 out. 2012). (grifo nosso)

³⁹⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 822.

³⁹⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. [...] Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato. [...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

reiterada, em local diverso do previsto no instrumento de avença (*surrectio*), mas aceito tacitamente pelo credor.

4.2.4 O *tu quoque*

O *tu quoque* tem sua origem na expressão “*Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?*”. Foi o que indagou Júlio César (44 a.C.), quando identificou, entre aqueles que o assassinavam, a pessoa de Marco Júnio Bruto, a quem considerava como um filho. A expressão *tu quoque* significa “até tu”, “também tu” e se verifica na hipótese de alguém adotar um comportamento violador de uma norma jurídica e posteriormente tentar tirar vantagem ou proveito da situação com o objetivo de se beneficiar.³⁹⁷

Pela regra do *tu quoque*, “[...] aquele que venha a adquirir uma posição jurídica indevidamente obtida, pois oriunda de violação de uma norma, não poderia exercê-la.”³⁹⁸

O *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé e da justiça contratual, uma vez que impede que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta e também resguarda o equilíbrio contratual, já que a obrigação de uma das partes somente se perfaz com o adimplemento da parte contrária.³⁹⁹

Um bom exemplo de *tu quoque* é o da situação em que alguém contrata os serviços de um advogado para que seja ajuizada uma determinada ação no prazo de dois meses, sob pena de prescrição. Para tal, o contratante se compromete a entregar ao advogado a procuração assinada e um adiantamento de honorários e custas processuais.⁴⁰⁰

Ocorre que o contratante só envia ao advogado a procuração, sem qualquer adiantamento de valores. Algum tempo depois o contratante aciona o advogado judicialmente para fins de indenização por ter ocorrido a prescrição da pretensão, sem o ajuizamento da demanda. Nesse caso o cliente viola sua obrigação

³⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil** – teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 477.

³⁹⁸ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 89.

³⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142.

⁴⁰⁰ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 90.

para com o advogado e não pode, sob pena de ferir a boa-fé objetiva, exigir o adimplemento da obrigação por parte do advogado.⁴⁰¹

Outras situações envolvendo a figura do *tu quoque* podem ser encontradas em diversos julgados dos Tribunais brasileiros, a exemplo do julgamento do RMS 14908 / BA⁴⁰², analisado pelo STJ em 2007. Foi o caso de um titular de uma serventia judicial, afastado preventivamente de suas funções, em face de denúncias de diversos crimes supostamente praticados por ele contra a Administração Pública.

O investigado alegou que o seu afastamento feria seu direito líquido e certo a ser mantido na função. Para o STJ, tal alegação por parte do titular da serventia judicial se constituía em um caso típico de abuso de direito, no qual o impetrante procurava se valer de sua própria torpeza (*tu quoque*), motivo pelo qual não reconheceu o direito líquido e certo alegado.

Como vimos, as figuras parcelares da boa-fé objetiva têm estreita relação com a legítima confiança de uma das partes de uma relação jurídica no que tange à postura e ao comportamento comissivo ou omissivo adotado pela outra. Importa, a esta altura, estudarmos um pouco acerca da teoria da confiança.

⁴⁰¹ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 90.

⁴⁰² 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. Indícios 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 bancário 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 anexam *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. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 14908 / BA. Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgamento em 06 Mar. 2007. DJ 20 Mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 19 out. 2012).

4.3 ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DA TEORIA DA CONFIANÇA

Quando pensamos em confiança nos vem à mente a ideia de crença em uma determinada situação ou comportamento, haja vista a estabilidade de uma determinada situação ou a coerência de um comportamento.

Quando passamos, em um cruzamento de vias de tráfego, por um semáforo com a luz verde acesa, temos a firme convicção de que, na via transversal daquele entroncamento, um outro motorista agirá de modo coerente e correto ao obedecer ao sinal vermelho e parar seu veículo.

Em outras palavras, confiamos na conduta do outro, assim como o paciente confia no médico que o opera e o mantém desacordado. Enfim, confiança tem estrita relação com a expectativa legítima de um atuar da outra parte, seja pessoa física ou jurídica, com base na coerência, honestidade e lealdade.

Uma exposição, mesmo que breve, acerca da teoria da confiança, praticamente se confunde com uma pequena noção sobre o princípio da confiança.

Para Menezes Cordeiro, o princípio da confiança pode ser depreendido da boa fé. Segundo o jurista português, “a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”.⁴⁰³

Como vimos anteriormente, ao agir em desacordo com a boa-fé objetiva, ou seja, sem obediência a um padrão de comportamento leal, coerente e honesto, uma das partes de uma relação jurídica fere as legítimas expectativas do outro pólo da relação, dito de outra forma, há uma quebra da confiança. A confiança entre as pessoas, notadamente nos tratos negociais, é imprescindível para o adequado desenvolvimento das relações sociais.

Wagner Mota cita o exemplo de alguém que adquire uma passagem de ônibus intermunicipal e não condiciona tal contratação do serviço de transporte à verificação das condições mecânicas do veículo e das condições de saúde do motorista. O passageiro confia na diligência da empresa de transporte na verificação

⁴⁰³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1234.

de tais condições, pois a averiguação por parte de cada passageiro tornaria a atividade inviável.⁴⁰⁴

Enfim, podemos afirmar que o princípio da confiança viabiliza a vida em uma sociedade cada vez mais complexa, tal qual a do século XXI.

O princípio da proteção à confiança ganhou bastante relevância nas últimas décadas do século XX, notadamente na Europa. Da jurisprudência alemã vem o julgamento que marcou a consagração do referido princípio. O caso em questão foi julgado inicialmente pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 14 de novembro de 1956, sendo confirmado por acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BverwGE), em 15 de outubro de 1957.⁴⁰⁵

Tratou-se do caso de anulação de uma vantagem prometida à viúva de um funcionário. O pagamento da vantagem à mulher foi condicionada à sua mudança de Berlim Oriental para Berlim Ocidental. A viúva se mudou e recebeu a vantagem por um ano, ao fim do qual foi cancelada por vício de competência, o qual realmente ocorria. O Tribunal sopesou os princípios da legalidade e confiança e entendeu que este incidia com mais força do que aquele, o que resultou na manutenção da vantagem. Tal decisão gerou uma corrente jurisprudencial no mesmo sentido para outros casos semelhantes.⁴⁰⁶

O princípio da proteção à confiança está intimamente relacionado com um dos princípios basilares em um Estado Constitucional Democrático de Direito: o princípio da segurança jurídica. Afinal, como podemos esperar haver segurança jurídica nas relações se não houver confiança no comportamento das pessoas, sejam, como já dissemos, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado?

Nesse sentido o pensamento de Ingo Sarlet⁴⁰⁷, para quem “[...] segurança jurídica implica sempre um certo grau de proteção da confiança [...].”

⁴⁰⁴ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 119.

⁴⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set, 2004, p. 7-58.

⁴⁰⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set, 2004, p. 7-58.

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, mar/abr/mai de 2010. Disponível

Posição de destaque ao princípio da proteção à confiança, no que toca à sua função de alicerçar o Estado Democrático de Direito, também faz parte das lições de J. J. Gomes Canotilho. Para o constitucionalista português, os princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica são constitutivos do Estado de Direito, uma vez que o homem precisa planejar e conduzir responsabilmente sua vida.⁴⁰⁸

No campo do Direito Público, Almiro do Couto e Silva leciona que o princípio da proteção à confiança é uma das duas partes do princípio da segurança jurídica. Para o jurista, a segurança jurídica se divide em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva.⁴⁰⁹

A de natureza objetiva diz respeito à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ou seja, aquilo que diz respeito aos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo os legislativos. Já a parte de natureza subjetiva diz respeito à proteção à confiança das pessoas nos atos, condutas e procedimentos do Estado.⁴¹⁰

Podemos dizer que boa-fé e confiança praticamente se confundem, uma vez que a atuação conforme a boa-fé objetiva implica na vedação a comportamentos contraditórios e incoerentes, ou seja, se ampara na confiança recíproca entre aqueles que se relacionam, num atuar com lealdade e honestidade, sem ferir as legítimas expectativas da outra parte.

Estamos com Wagner Mota Alves de Souza que considera a confiança um subprincípio de concretização da pauta da boa-fé, um vetor de aplicação ampla a todos os ramos do Direito.⁴¹¹

No que toca ao Direito Administrativo, o aspecto relacionado à confiança dos administrados nos atos e conduta do Estado-Administração será melhor abordado

em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 12 Jan. 2012

⁴⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 371.

⁴⁰⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set, 2004, p. 7-58.

⁴¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set, 2004, p. 7-58.

⁴¹¹ SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 122.

no capítulo seguinte. Por agora, devemos nos deter a melhor estudar como se dá a manifestação do princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo Brasileiro.

4.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A manifestação da boa-fé na seara do Direito Administrativo Brasileiro pode ser demonstrada à luz da Constituição Federal e da legislação ordinária.

A nível constitucional, a CF/88 trouxe, em seu art. 37, caput, os princípios da Administração Pública⁴¹², dentre eles, a moralidade.

José Guilherme Giacomuzzi ensina que terá a boa-fé objetiva “[...], na tentativa de encontrar o conteúdo dogmático do princípio da moralidade (art. 37 da CF de 1988), a maior relevância. É ela [boa-fé objetiva], em suma, que preencherá o espaço – objetivo – do princípio [da moralidade][...]”.⁴¹³

Com respeito ao pensamento de Giacomuzzi, preferimos entender que a moralidade tem relação com a probidade administrativa e que a boa-fé objetiva quer significar um padrão de comportamento, um *standard* de conduta, conforme já expusemos.

Ainda no terreno constitucional, Edilson Pereira Nobre Júnior⁴¹⁴ destaca outros três dispositivos constitucionais a abrigar, mesmo que implicitamente, a boa-fé objetiva. A uma, o art. 5º, LIV⁴¹⁵, ao prescrever o devido processo legal para a privação de bens ou de liberdade, engloba o processo administrativo. A duas, o art. 5º, § 2º⁴¹⁶, do qual emana o princípio da proporcionalidade, a limitar a atuação da Administração de modo a evitar a arbitrariedade. A três, o art. 5º, XXXVI⁴¹⁷, de onde

⁴¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁴¹³ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 226.

⁴¹⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 157-159.

⁴¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁴¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁴¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

se extrai o princípio da segurança jurídica, como já vimos, intimamente ligado à confiança e à boa-fé objetiva.

Deixando o terreno constitucional, a Lei 9.784/99, conhecida como Lei do Processo Administrativo, no âmbito federal, traz em seu art. 2º, parágrafo único, inciso IV que, nos processos administrativos, serão observados critérios de atuação conforme padrões de ética, decore e boa-fé.⁴¹⁸

Ainda considerando a Lei 9.784/99, em seu art. 54⁴¹⁹, a decadência do direito de anulação, por parte da Administração, de seus atos eivados de vícios e dos quais decorram direitos para os administrados tem por base a boa-fé objetiva, de onde germina o dever de proteção à confiança legítima depositada pelo cidadão no Estado-Administração.

Também, em face da ponderação de valores em cada caso concreto, uma situação poderá vir a ser convalidada independentemente do prazo decadencial citado, em prestígio à proteção da confiança legítima depositada nos atos administrativos e com base no conceito de juridicidade administrativa.⁴²⁰

No que concerne aos contratos administrativos, o art. 54 da Lei 8.666/93, conhecida como o Estatuto das Licitações e Contratos, traz a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos administrativos.⁴²¹

⁴¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

⁴¹⁹ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

⁴²⁰ ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11783>>. Acesso em: 13 Jan. 2012.

⁴²¹ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

Cabe fazermos remissão ao art. 422 do Código Civil, que traz como princípio geral da teoria dos contratos a atuação dos contratantes conforme a boa-fé. E dessa regra geral, ademais em um Estado Democrático de Direito, a Administração não pode se furtar, quando atuando em um dos pólos do contrato administrativo.

Em suma, a boa-fé objetiva, como *standard* de conduta, está presente no ordenamento jurídico pátrio e, especialmente nas relações abarcadas pelo Direito Administrativo.

Assim, abrimos a estrada em direção ao objetivo de nossa pesquisa, qual seja, o de estabelecer o papel de vetor mitigador da legalidade estrita à boa-fé objetiva, na mira de um novo rumo para a Administração Pública Moderna: a busca pela eficiência.

Iniciemos, a partir de agora, a parte final de nossa empreitada.

5 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSTULADO E VETOR DE MITIGAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA: EFICIÊNCIA OTIMIZADA

5.1 REFLEXÕES INICIAIS

Tarde de domingo. Um belo dia de sol. Uma família de turistas aluga um carro em uma famosa cidade litorânea brasileira e se dirige para um dos mais visitados pontos turísticos da referida metrópole. A primeira dificuldade: a busca por um espaço apropriado e seguro para estacionamento. Opção mais razoável: estacionar na rua, se possível, uma vez que vagas são difíceis.

De repente, uma ótima oportunidade: uma vaga a cerca de quinze metros do local a ser visitado. Para o turista, que transporta o pai com dificuldade de locomoção, nada mais adequado. Mas seria o local apropriado para estacionar o veículo? A ausência de sinalização proibitiva, um policial militar postado a cerca de cinco metros da vaga e um cone, pertencente à corporação policial militar daquele estado e delimitando o espaço, dão a impressão de legalidade ao local. O turista decide estacionar.

Surge a segunda dificuldade, na realidade um constrangimento muito comum nas ruas das nossas cidades: o conhecido “flanelinha”. O homem se aproxima sem qualquer inibição, pois o agente estatal ali presente nada faz contra o comportamento extorsivo que está prestes a ocorrer. E o inevitável acontece: o “vigia de carros” cobra um valor pela vaga e pela segurança do veículo no local. O turista, ainda sob o efeito dos sentimentos de alívio e de felicidade de ter encontrado uma vaga tão “boa” (considerando a pequena distância e a dificuldade de locomoção do pai), paga o solicitado.

Tem então início o esperado “passeio”. Cerca de cinco minutos após ter estacionado o veículo, o turista desvia o olhar para o local onde deixara o carro. Surpresa: o policial militar, aquele mesmo posicionado praticamente ao lado da vaga, se põe a autuar os veículos estacionados naquele local.

O turista questiona o agente público sobre a regularidade do espaço e recebe como resposta a informação de ser o local impróprio para estacionamento. Bastante decepcionado, o visitante retira seu veículo do local antes de ser autuado e acaba por interromper um “passeio” que mal havia começado.

A situação que expusemos merece algumas reflexões. O Estado, naquela situação apresentado pelo policial militar, cria a legítima expectativa no turista de que o local, mal sinalizado e delimitado por cones pertencentes ao próprio poder público, seria apropriado para estacionar o veículo. A omissão do agente estatal quanto à ocupação da vaga pelo turista e à abordagem do “flanelinha” reforçam a confiança daquele cidadão visitante de que não há irregularidade em estacionar naquele local.

Pode tal confiança ser quebrada minutos depois com uma postura coercitiva daquele mesmo Estado que, por meio de seu agente administrativo, passa a autuar os veículos ali estacionados? É admissível esse *venire contra factum proprium* por parte do poder público? E quanto ao aspecto eficiência? Pode ser chamada de eficiente uma atuação estatal que “assusta” o turista e que macula a imagem de uma cidade, de uma centenária corporação policial militar, para não dizer de todo um estado da federação?

O constrangimento vivido por aquele turista certamente será transmitido a parentes e amigos, os quais pensarão duas vezes antes de fazer o mesmo passeio. Perde o turismo, perde o comércio local, perde a cidade e o estado com os recursos que deixa de arrecadar, perde o cidadão local com a falta de recursos para investimentos na infraestrutura do turismo, perde a cidadania, enfim, perde o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Imaginemos que o turista não tivesse retirado seu veículo do local estacionado e fosse autuado pelo policial militar. Poderia haver um questionamento acerca da legalidade da multa aplicada, a despeito de formalmente regular, afinal, o veículo estava estacionado em local dito proibido?

A resposta tem estreita relação com a possibilidade de mitigação da legalidade estrita em face da aplicação da boa-fé objetiva e seus corolários, especialmente a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Mas como explicar a ligação da boa-fé objetiva com a possibilidade de mitigação da legalidade estrita? Entra em cena o chamado vetor, conceito extraído de outros ramos do conhecimento humano e que ora aplicamos nesta pesquisa.

5.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONCEITOS DE VETOR

Quando idealizamos este trabalho, pensamos, na verdade em um problema, típico de uma pesquisa científica: de que maneira o princípio da boa-fé objetiva influenciaria no processo de mitigação da legalidade administrativa e como tal mitigação contribuiria para o alcance da eficiência administrativa?

De início, ao nos depararmos com tal formulação, nos vem à mente a ligação entre o princípio da boa-fé objetiva e o processo de mitigação da legalidade estrita. Da maneira como formulamos o problema, fica clara a atuação, ou melhor, a incidência, da boa-fé objetiva sobre o princípio da legalidade administrativa (que aqui caracterizamos de legalidade estrita, face ao tradicional conceito adotado - pensamos que equivocadamente - no seio da Administração Pública).

Entendemos que tal incidência acaba por desencadear uma reação no fechado conceito de legalidade “oitocentista”, alargando-o, para que passe a abrigar situações que, sob um enfoque estritamente “cerrado” (letra da lei), não teriam amparo jurídico.

Quando falamos em incidência, o termo vetor nos veio à mente em razão da ideia de direção que a palavra nos transmite, uma direção para a mitigação da legalidade estrita, um rumo para o alcance da eficiência administrativa. Entretanto, o termo vetor possui várias acepções, destacadamente nos campos da Física, Biologia e Aviação Militar.

A Física trabalha com um conjunto bem amplo de grandezas. Algumas podem ser representadas por um número seguido de uma unidade de medida, a exemplo de massa e temperatura. Quando dizemos que algo está a 10°C ou tem 10 KG, não precisamos de mais nada para caracterizar a temperatura ou massa dos objetos. São as chamadas grandezas escalares.

Há, entretanto, o caso de grandezas que necessitam de mais de um atributo para sua correta caracterização. A posição de um objeto é um exemplo. Quando dizemos que um objeto está posicionado a 200 metros, temos de também nos referir à direção e ao sentido do mesmo. O valor 200 metros é chamado de módulo, que complementado pela direção e o sentido nos fornece o conceito de grandeza vetorial.

Na Física, o termo vetor é usado para designar graficamente uma grandeza vetorial, normalmente uma flecha.⁴²²

No campo da Biologia, o termo vetor é utilizado para designar “[...] um artrópode, molusco ou outro veículo que transmite o parasito entre dois hospedeiros”⁴²³.

Dito de outra forma, vetor é, em termos biológicos, um ser vivo que serve de veículo de transporte de um agente causador de uma determinada doença. Assim, o flebótomo (uma espécie de mosquito) e o barbeiro são vetores que carregam agentes causadores, respectivamente, da *leishmaniose* e da Doença de Chagas.

Temos pois, para a Biologia, a acepção da expressão vetor no sentido de meio de transporte.

No Brasil, no âmbito do Comando da Aeronáutica, o termo vetor é usado para designar os equipamentos, ou melhor, os diversos tipos de aeronaves militares em uso pela Força Aérea.

A título de exemplo, recentemente a Base Aérea de Salvador recebeu a aeronave P-3 AM Orion, que foi referenciada pelo Comandante da Aeronáutica como “[...] um dos vetores aéreos mais modernos da atualidade [...]”.⁴²⁴ Assim, em termos de aviação militar, temos a palavra vetor significando aeronave, que deve ser entendida como equipamento representativo do poder aéreo brasileiro, seja atacando, defendendo ou transportando. Mais uma vez a noção de veículo, de transporte.

Podemos dizer que, a despeito das acepções do termo vetor citadas acima, seu uso neste trabalho tem íntima relação com um de nossos objetivos, qual seja o de contribuir para com a quebra do paradigma tradicional da vinculação do administrador público à letra da lei, ou seja, ao viés mais restritivo do termo legalidade.

Pensamos que o Direito não é uma “grandeza escalar”, mas sim que varia principalmente com a “direção” e os rumos que toma uma determinada sociedade. Assim, podemos propor uma alusão metafórica do Direito como uma “grandeza vetorial”.

Ainda com foco na nossa proposta de “transformação” da legalidade estrita, por meio de sua mitigação, em uma “legalidade dinâmica”, mais ampla,

⁴²² MARQUES, Gil da Costa. **Mecânica (universitário)**. Disponível em: <<http://efisica.if.usp.br/mecanica/universitario/vetores/intro/>>. Acesso em : 31 mar. 2012.

⁴²³ NEVES, David Pereira et al. **Parasitologia humana**. 10. ed. São Paulo: Atheneu, 2002. p. 3.

⁴²⁴ As palavras transcritas foram proferidas pelo Ten Brig do Ar Juniti Saito, Comandante da Aeronáutica, durante cerimônia realizada em 30 de setembro de 2011 na Base Aérea de Salvador. Disponível em:<<http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php?mostra=8675>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

ficamos com a imagem da boa-fé objetiva como um dos vetores (existem outros, mas nosso trabalho se limita à boa-fé objetiva) de transporte desse “agente” de mitigação ao conceito fechado de legalidade.

Enfim, seja significando a grandeza não linear do Direito, seja funcionando como veículo de transporte de um “agente transformador” para dentro do conceito estrito de legalidade formal, o vetor boa-fé objetiva nos conduz a novos dias, novos tempos, ao alcance de uma Administração Pública que respeite o atual Estado Constitucional Democrático de Direito e que não incorra no erro de confundir os conceitos de eficiência e eficácia.

5.3 EFICIÊNCIA E EFICÁCIA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A Constituição da República de 1988⁴²⁵, em seu art. 37, caput, conforme já visto no corpo desta pesquisa, trata da eficiência como um dos princípios em que deve se apoiar a atividade da Administração Pública. Ocorre que não é muito incomum tal princípio ser confundido com o conceito de eficácia.

No exemplo que lançamos no início deste capítulo, ao autuar o veículo estacionado em local irregular, com a consequente aplicação de uma multa, o agente estatal estaria sendo eficiente ou eficaz? A resposta passa pelo entendimento da distinção entre os dois conceitos, o que será de extrema valia nesta pesquisa.

Uma ótima distinção entre eficiência e eficácia quem nos dá é a Ciência da Administração. Idalberto Chiavenato nos ensina que eficácia é um conceito relacionado com o alcance de resultados e que eficiência está relacionada com os métodos utilizados no processo de busca por tais resultados.⁴²⁶

A eficiência se relaciona com o a “melhor maneira (the best way)” de execução de uma tarefa, com o adequado planejamento e organização dos métodos e procedimentos de forma a racionalizar o uso dos recursos disponíveis. Já a eficácia não se relaciona aos meios, mas simplesmente ao alcance dos objetivos visados.⁴²⁷

Assim, em uma sociedade empresária que se propõe a fabricar e vender seus produtos, a eficácia seria medida pela quantidade de produtos vendidos, ou seja,

⁴²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁴²⁶ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 155-156.

⁴²⁷ CHIAVENATO, loc. cit.

pelo grau de satisfação das necessidades do mercado consumidor. Nessa mesma instituição, o grau de eficiência seria medido com o estabelecimento de uma proporção entre os custos de produção e o benefício obtido com as vendas dos produtos, ou seja, a clássica relação administrativa de custo x benefício.

Chiavenato ainda ilustra: eficiência seria “jogar futebol com arte”, já eficácia equivaleria a “ganhar a partida”.⁴²⁸ Nesta linha de pensamento, podemos dizer que a seleção brasileira de futebol que disputou a Copa do Mundo de 1982 na Espanha, a “Seleção Canarinho”, foi bastante eficiente, a despeito de não ter sido eficaz.

A ineficácia é uma conclusão lógica em face de sua desclassificação por perder a partida contra a seleção italiana. Outrossim, a beleza e a qualidade, enfim, o futebol arte daquela seleção encantou o mundo inteiro. Apesar de não ter vencido aquele torneio, a Seleção de 82 aplicou no processo (na competição) o melhor e mais bonito futebol. Foi eficiente pelo melhor uso dos meios, apesar de não ter atingido o fim.

Assim como a Seleção de 82, uma sociedade empresária pode ser eficiente e não ser eficaz, ou vice-versa. Pode ainda ser ineficiente pelo uso dos meios, mas obter um resultado final que ateste um alto grau de eficácia. Por fim, pode ainda ser ineficiente e também ineficaz.⁴²⁹

Em termos de Administração Pública, é necessário que façamos pequenas adaptações conceituais, haja vista que o Estado não é uma sociedade empresarial que tenha por objetivo o lucro com a venda de seus produtos ou serviços. O que deve importar ao Estado é o desenvolvimento social e o bem estar das pessoas.

Ao nosso entender, o Estado deve proporcionar condições sociais para que o ser humano se desenvolva plenamente como pessoas, cidadãos, que vivam em harmonia, sem preconceitos, discriminações, enfim, que cheguem cada vez mais perto da felicidade possível a cada um.

Portanto, um Estado apegado a uma lei formalmente vigente, mas em descompasso com a Constituição e com a evolução do mundo globalizado, pode até ser considerado eficaz no que toca ao tradicional brocardo de que o agente público só

⁴²⁸ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 155-156.

⁴²⁹ CHIAVENATO, loc. cit.

pode fazer o que a lei expressamente autorize, mas estaria sendo eficiente no que toca ao respeito ao nosso atual Estado Constitucional Democrático de Direito?

Tendo em mente a finalidade precípua do Estado, assim entendemos, de promover o bem estar dos cidadãos, respeitando sua dignidade e, principalmente todos os preceitos vigentes em um Estado Constitucional Democrático de Direito, nos apoiamos nas palavras de Humberto Ávila⁴³⁰:

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. **Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa.** O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim. (grifo nosso)

Entendemos que o desrespeito a valores como o da confiança e da boa-fé objetiva por parte da Administração, quando no desempenho de suas atividades, é um dos muitos efeitos negativos paralelos a que se referiu Ávila no trecho transcrito acima.

Voltando ao exemplo casuístico do turista, conforme exposto no início deste capítulo, a flagrante quebra da confiança legítima depositada pelo cidadão na conduta do Estado permissivo com relação ao estacionamento em local dito proibido (considerando a inércia do agente público ali postado e toda a aparência de regularidade criada pelo uso dos cones oficiais) faz com que a conduta coercitiva estatal, por meio da multa, macule o dever de eficiência que deve nortear a atuação estatal.

Ainda considerando o referido exemplo, haveria legalidade na multa aplicada ou tal atuação se configuraria antijurídica, em face do já conhecido conceito de juridicidade administrativa?

⁴³⁰ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out/nov/dez, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

A resposta a esse questionamento demanda um maior aprofundamento acerca da juridicidade administrativa e seus efeitos sobre a legalidade estrita ou formal, mormente em face da boa-fé objetiva.

5.4 JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E BOA-FÉ OBJETIVA

Como já registramos no corpo desta pesquisa, o Direito é extremamente dinâmico, assim como a vida, em constante evolução.

Os diplomas legislativos não são capazes de acompanhar a mudança dos fatos sociais, dos valores, daí porque não restringir o Direito à legislação, à legalidade estrita.

Assim, o Direito é oxigenado por princípios e pela interpretação das normas jurídicas.

Neste ponto vale destacar as lições de Eros Grau:

O direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.

Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.⁴³¹

Nesse processo hermenêutico, que se faz tão presente e importante nos nossos dias, a juridicidade, como uma leitura da legalidade em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo, ganha cada vez mais força. E não poderia ser diferente na seara do Direito Administrativo.

O abandono da legalidade estrita e um projetar da atenção do administrador público ao Direito de forma global são necessários para que se alcance não somente a eficácia na atuação administrativa, mas também a eficiência no que toca ao atual Estado Constitucional Democrático de Direito.

A importância da juridicidade no que toca à mitigação da legalidade estrita pode ser exemplificada em um caso simples, decidido administrativamente no

⁴³¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

âmbito do Comando da Aeronáutica (COMAER), ambiente marcado pelos valores de hierarquia e disciplina que acabam por reforçar o apego exacerbado à legalidade formal.

A princípio, o militar só pode e só deve fazer aquilo que está previsto, notadamente nos regulamentos internos da Instituição, legitimados em face do poder regulamentar da Administração Pública.

Em razão das peculiaridades da profissão militar e das frequentes transferências e movimentações de pessoal pelo território brasileiro, existe, dentro do possível, apoio aos militares movimentados e seus familiares por meio de Vilas Residenciais Militares, onde os mesmos passam a residir temporariamente, a título de permissão de uso de bens imóveis da União – os chamados Próprios Nacionais Residenciais.

No âmbito regulamentar do Comando da Aeronáutica existe a previsão de que um militar, ao ser transferido para outra localidade do território nacional, deve desocupar o imóvel no local de origem em um determinado prazo. Não há a previsão legal para a ocupação em situação extraordinária, ou seja, não prevista em regulamento específico.

Ocorre que, em determinada Organização do COMAER, um militar foi transferido para outra Organização (em outro estado da Federação) para realização de um curso de um ano de duração, ao fim do qual seria movimentado para outra localidade, não necessariamente a originária.

Por questões familiares (emprego da esposa na localidade original e uma filha em processo de graduação em uma instituição de ensino superior), o referido militar solicitou à autoridade administrativa competente uma autorização para ocupação precária (do mesmo imóvel que já vinha ocupando regularmente), pelo período de um ano, haja vista a permanência da família na localidade originária.

A autoridade administrativa, com amparo na legalidade estrita, ou melhor, na ausência de amparo legal para o caso concreto em pauta, teve o ímpeto inicial de indeferir o pedido. Entretanto, sendo assessorado com base no princípio da economicidade e razoabilidade, acabou por decidir favoravelmente ao solicitante.

Alguns aspectos foram sopesados, em especial a ausência de interessados em ocupar o imóvel, ao menos durante aquele período de um ano, e a despesa do COMAER com a manutenção de um imóvel fechado (incluindo a taxa mensal de condomínio, que seria paga pelo permissionário e que caberia à Instituição

no caso de imóvel vago, e a deterioração natural de um imóvel sem uso, mesmo que temporário).

À vista de tais fatores, restaria antieconômica e desarrazoada uma postura legalista (diante da ausência de previsão regulamentar específica) da Administração que indeferisse o pleito do militar.

A juridicidade foi a viga mestra da decisão administrativa que, suplantando o tradicionalismo da legalidade cerrada ou estrita, acabou por contribuir para uma decisão legítima e consentânea com o ordenamento jurídico como um todo.

Não é incomum encontrarmos decisões judiciais subsidiadas pelo princípio da juridicidade e que, por vezes, vão de encontro a decisões administrativas tomadas com foco estrito na legalidade estrita. Entendemos que o crescimento da aplicação da juridicidade administrativa na esfera do processo administrativo significa economia de energia e de tempo, tanto ao Estado, quanto ao administrado atingido por uma decisão formalmente legal, mas que não atenda aos princípios basilares do nosso Estado Constitucional Democrático de Direito.

No que diz respeito à boa-fé objetiva, já estudada no bojo deste trabalho, por se tratar de valor principiológico⁴³² e pertencer ao mundo do Direito, conforme a contemporânea visão de Robert Alexy, sua estreita relação com a juridicidade é inequívoca.

A atuação da Administração em conformidade com a lealdade e em respeito à confiança legítima do administrado é uma das formas de concretização da juridicidade. Outras formas estariam relacionadas com outros importantes e cruciais princípios, tais como o da razoabilidade, da moralidade, da proporcionalidade, dentre outros.

Diante de tamanha importância, cabe, a partir de agora, demonstrarmos as principais formas de atuação do vetor boa-fé objetiva no processo de mitigação ou transformação da legalidade estrita e como tal processo pode conduzir ao aumento da eficiência administrativa.

⁴³² Entendemos que a boa-fé objetiva se traduz em um verdadeiro postulado normativo aplicativo, o que será visto mais adiante neste capítulo.

5.5 A BOA-FÉ OBJETIVA E SUA ATUAÇÃO FRENTE ÀS LACUNAS DA LEI ESTRITA: SEU PAPEL COMO DIRETRIZ METÓDICA

5.5.1 Agente Público e Sociedade: algumas considerações acerca do dever de lealdade. Índícios da boa-fé objetiva como postulado normativo.

A Administração Pública atua por intermédio de agentes estatais, pessoas físicas que funcionam como verdadeiros prepostos do Estado, analogicamente aos funcionários de uma sociedade empresária, se considerarmos o Direito Empresarial.

O agente público fala e age em nome do Estado, o qual se responsabiliza pelos atos do agente em face da responsabilidade objetiva da Administração Pública. Mas esse não é o tema de nossa pesquisa, motivo pelo qual não nos aprofundaremos nessa discussão.

O que importa que frisemos é que existe um vínculo jurídico entre o agente público e o Estado, mas também há um vínculo entre o mesmo agente público e a sociedade. A construção da linha interpretativa que ora nos propomos passa por algumas considerações básicas acerca dos referidos vínculos e a sua relação com o dever anexo de lealdade, a que já nos referimos no capítulo antecedente, elemento da boa-fé objetiva.

O agente público, seja ocupante de cargo efetivo, em comissão ou eleito por meio do voto popular, tem por obrigação a gestão de algo que não lhe pertence individualmente, a coisa pública. Tendo por motivação o interesse de toda a sociedade, ou seja, o interesse público, o agente estatal, no desempenho de suas atividades, pode se deparar com uma relação jurídica que se biparte em mediata e imediata.

Ao lidar com um requerimento de qualquer administrado, como no caso do militar do nosso exemplo, que pleiteou a permanência no imóvel da União, a podemos chamar de imediata, pois a Administração, apresentada pelo agente público regularmente investido de suas funções, encontra-se em um dos pólos da relação e o administrado (o militar requerente) do outro. Considerando a mesma relação, podemos chamar de mediata a que existe entre a mesma Administração (também apresentada pelo mesmo agente público) e toda a sociedade.

Considerando a situação ora exposta, cabe-nos ressaltar que a relação que chamamos de mediata é anterior a qualquer outra relação imediata e se formou no momento em que a sociedade organizada cria o Estado, por meio de uma Constituição. É como se a sociedade outorgasse poderes à Administração (presentada pelos agentes públicos) para que atuasse em nome de toda a sociedade, obedecendo a normas ditadas pela sociedade (por meio do Parlamento).⁴³³

No exercício de suas funções administrativas e de gestão da coisa pública, o agente estatal deve nortear suas ações e decisões com base na Constituição e na Lei (se considerarmos a noção tradicional do princípio da legalidade). Ocorre que, como dissemos, a Constituição e a Lei foram elaboradas por toda a sociedade, mesmo que de forma indireta, por meio de seus representantes no Parlamento.

Em outras palavras, às regras ditadas por toda a sociedade deve o agente público (ou melhor, a Administração) aderir, como o aderente a um contrato de adesão típico do direito do consumidor.

Ora, quando falamos em adesão a regras pré-estabelecidas ditadas pela sociedade, é natural que concluamos que tal grupo politicamente organizado de pessoas confia na atuação da Administração (por meio de seus agentes) dentro dos parâmetros constitucionais e legais por ela (sociedade) estabelecidos. A essa confiança por parte da sociedade, podemos e devemos destacar o dever de lealdade do Estado-Administração e seus agentes nas suas ações e decisões administrativas.

Esse tipo de raciocínio nos leva a concluir que toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública na gestão da coisa comum e no interesse da coletividade tem como valor fundamental a lealdade.

A Administração Pública, subjetivamente constituída por um conjunto de agentes do Estado, em sua atuação se pauta por um dever de obediência e lealdade às normas estabelecidas pela sociedade. Referimo-nos a normas de forma *lata*, uma vez que a Constituição e as Leis, como expressão da vontade democrática da coletividade, além de regras expressas, contém princípios, também expressos e outros implícitos.

⁴³³ A ideia de atuação dos agentes públicos em face de uma procuração outorgada pela sociedade encontra-se presente no pensamento de Ana Paula de Barcellos, para quem “[...] os agentes públicos agem por delegação da população como um todo e em seu favor [...]”. (BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012)

Toda essa ideia de sociedade (ou nação) como ente anterior e superior ao Estado e aos agentes públicos que integram a Administração Pública é confirmada pelo pensamento de Carlos Ayres Britto⁴³⁴, para quem a nação brasileira (ou sociedade brasileira) é a

[...] única instância de poder que é anterior, exterior e superior ao próprio Estado. Por isso que, pela sua filha unigênita que é a Constituição mesma, a nação governa permanentemente quem governa transitoriamente. E o faz, aqui nesta *Terra Brasilis*, pelo modo mais intrinsecamente meritório; pelo modo mais cristalina e legítimo, pois o fato é que a *menina dos olhos* da nossa Constituição é a democracia. (grifos do autor)

Como já visto, a lealdade é elemento do conceito de boa-fé objetiva e pode ser entendida como o dever de lealdade da Administração no que toca às normas emanadas da sociedade. Sob esse prisma interpretativo, o papel da boa-fé objetiva nos desafia a considerá-la, mesmo que indiciariamente, um metaprincípio, no mesmo nível dos postulados normativos propostos por Humberto Ávila.

Mas estaria a boa-fé objetiva no mesmo nível dos postulados eficiência e moralidade, conforme já exploramos nesta pesquisa? Algumas considerações são necessárias.

5.5.2 Boa-Fé Objetiva como postulado normativo: a razão-mor para a integração normativa como supridora das lacunas da lei estrita

Conforme já expusemos em capítulo próprio deste trabalho, entendemos perfeitamente possível a classificação da moralidade e eficiência administrativas como postulados normativos. Naquela oportunidade ponderamos que os referidos valores não poderiam ser conflitados com princípios e regras, bem como representavam diretrizes a serem seguidas na atuação do Estado-Administração.

Para Humberto Ávila⁴³⁵, “[...] diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.”

⁴³⁴ Discurso proferido pelo Min. Carlos Ayres Britto quando de sua posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

⁴³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

Em outras palavras, por trás da moralidade, há normas como a da obrigatoriedade do concurso público ou a da vedação ao nepotismo, assim como por trás da eficiência, há normas como a da obrigatoriedade do pregão eletrônico e do investimento na capacitação dos servidores públicos.

De forma análoga, é bastante razoável considerarmos que, na sua atuação, o agente público jamais poderá violar seu dever de lealdade (manifestação da boa-fé objetiva) para com a sociedade. O grupo social confia na lealdade da Administração em agir de acordo com as normas-regras e normas-princípios regentes da atividade administrativa e gestadas no seio da própria sociedade.

Consideremos a legalidade prevista no art. 37, caput, da Constituição Federal⁴³⁶ (que agora já podemos chamar de juridicidade). A sociedade confia na atuação da Administração em conformidade com a juridicidade. Entendemos ser inadmissível a Administração atuar de forma antijurídica (não queremos dizer de forma ilegal, uma vez que a ilegalidade pode ser convalidada, conforme veremos adiante), pois a juridicidade (legalidade ampla) faz parte do “contrato mediato de adesão” firmado tacitamente entre o agente público (presentante da Administração Pública) e a sociedade.

Em face da diretriz metódica de atuação da Administração de forma leal no que toca à juridicidade, o agente público pode e deve encontrar soluções que preencham as lacunas deixadas pela lei estrita e regulamentos. Daí a atuação vetorial que atribuímos à boa-fé objetiva no que tange ao vácuo legislativo. Ela (boa-fé objetiva) serve de diretriz a guiar a atuação do agente público, que por dever de lealdade à sociedade, deve suprir as lacunas normativas por meio do conceito de juridicidade.

No cotidiano da atividade administrativa brasileira não são raros exemplos que ilustram bem o apego exacerbado do agente público à letra da lei, ou seja, ao formalismo excessivo em termos de legalidade.

Não é incomum o quadro que retrate um administrador da coisa pública que se vê “de mãos atadas” frente a novas situações que se lhe apresentam e que não se encontram elencadas entre as possibilidades vislumbradas pelo legislador originário, quando da edição da norma escrita.

⁴³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

Como estamos a dizer no corpo deste trabalho, não há mais espaço para tal “engessamento” em pleno século XXI, a legalidade estrita pode e deve ser complementada por todos os outros elementos que compõem o Estado de Direito, sejam costumes, princípios, jurisprudência ou todos os fatos da vida que está em constante evolução.

Diante de um quadro de vazio legal quanto às mais diversas situações que fazem parte da vida e da rotina da Administração, ganha corpo esse importante papel da boa-fé objetiva como postulado a atuar como diretriz metódica nas ocasiões em que a legalidade estrita não se mostra suficiente para o deslinde de determinadas situações, extraordinárias, por assim dizer.

Neste ponto voltamos ao exemplo trazido no item 5.4 deste trabalho. Naquela seção, o caso foi analisado aos olhos da juridicidade administrativa, reforçando os princípios da razoabilidade e economicidade que acabaram por alicerçar a decisão da autoridade administrativa no que tocou ao deferimento do pedido do militar em permanecer ocupando o imóvel da União, a despeito da inexistência de previsão regulamentar específica para a referida situação.

Entretanto, podemos analisar o caso concreto descrito sob o enfoque da boa-fé objetiva, mais especificamente com espeque na função otimizadora e integradora da boa-fé objetiva, em face do dever de lealdade.

Voltemos a analisar o exemplo do Comando da Aeronáutica com foco na relação mediata entre a Administração, apresentada pela autoridade administrativa militar em questão e a sociedade. Como vimos, a sociedade confia e espera que a atuação administrativa se dê de acordo com as normas estabelecidas por ela, dentre as quais a atuação em observância ao princípio da economicidade.

Abrimos aqui um breve parêntesis para destacar que o princípio da economicidade é um dos critérios de controle e fiscalização a que está submetida a Administração Pública, conforme o art. 70 da Constituição Federal⁴³⁷.

Pois bem, entendemos que a inobservância do princípio da economicidade, no caso que ora voltamos a apreciar, poderia ser caracterizada como

⁴³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. [...] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. [...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

afronta ao dever de lealdade que permeia a relação mediata entre a Administração Pública e toda a sociedade. A quebra do dever de lealdade representaria um forte ataque à boa-fé objetiva.

Dessa forma, estamos convencidos de que o caso trazido à discussão ilustra bem a atuação da boa-fé objetiva como vetor ou diretriz a ser considerada pelo administrador público quando da tomada de decisões em situações que não estejam prévia e expressamente definidas na lei ou nos regulamentos.

Interessante notar que o caso trazido a estudo não chegou a ser levado à apreciação do Poder Judiciário, tendo sido decidido a nível administrativo com fundamentação no princípio da juridicidade (com foco na razoabilidade e na economicidade).

Entretanto, como acabamos de demonstrar, a boa-fé objetiva, sob o viés do dever anexo de lealdade, também poderia ter sido a base da construção motivacional do decisor em pauta.

Estamos tratando de um caso apenas que não necessitou ser submetido ao Judiciário. Multipliquemos tal decisão, dentro da esfera administrativa, e poderemos ter ideia do benefício que seria alcançado pela Administração em termos de eficiência. Afinal, a economia de tempo e esforço, seja do administrado, seja do Estado-Administração ou do Estado-Juiz, se traduz em ganho para toda a sociedade e disseminação da imagem de um Estado justo e leal.

Com base em nossa experiência administrativa, acreditamos que decisões que tenham por base a juridicidade, como caminho iluminado pela boa-fé objetiva, mormente quando há um vazio legal ou regulamentar sobre determinada situação, não é algo muito comum.

No cotidiano administrativo podemos verificar que ainda vivemos, em geral, sob a ideia de que a legalidade estrita é o caminho mais “seguro” a seguir. A atuação cada vez mais rigorosa dos órgãos de controle externo e interno acaba por contribuir para o clima de “terror” entre os administradores públicos, que acabam por fazer somente “o que está escrito”.

A mitigação da legalidade, notadamente a “legalidade negativa”, aquela que leva à paralisia da Administração por falta de previsão de determinada situação, pode e deve ser combatida tendo por base a aplicação da boa-fé objetiva com fulcro na sua função de vetor e diretriz de integração e otimização das relações jurídicas, notadamente em face do dever de lealdade.

Assim, de forma vetorial, como caminho a seguir, a Administração deve se pautar pela boa-fé objetiva e oxigenar a lei e os regulamentos administrativos. O administrador passa a “criar” soluções para problemas advindos da evolução do mundo da vida e que não podiam ter sido previstos pelo legislador originário, afinal, listar todas as situações seria algo impossível em face da dinamicidade de nossos tempos.

Propomos uma pequena metáfora. Em um edifício residencial os moradores se reúnem em assembleia para redigir e votar as regras da Convenção de Condomínio. Na mesma reunião elegem um síndico. Tal administrador eleito tem o dever de lealdade para com todos os moradores no que diz respeito à correta aplicação da Convenção. Assim é a relação entre a Administração Pública e a sociedade.

Num determinado país, no caso o Brasil (o edifício residencial), a sociedade (os moradores) redige e vota as normas administrativas constitucionais e legais (regras da Convenção de Condomínio) e cria o Estado-Administração (o síndico). O Estado-Administração tem o dever de lealdade (boa-fé objetiva) para com a sociedade no que toca à sua aderência às normas estipuladas por aquela sociedade.

Dessa forma, suprir lacunas normativas com amparo na juridicidade é estar sendo leal (boa-fé objetiva) para com toda a sociedade, que fez constar a juridicidade na própria Lei 9.784/99 – a Lei do Processo Administrativo Federal⁴³⁸, em seu artigo segundo, parágrafo único, inciso I.

No referido dispositivo legal, a palavra Direito, grafada com a primeira letra em maiúsculo, quis significar a ampliação do conceito de legalidade, qual seja, a juridicidade. Nesse sentido o pensamento de Egon Bockmann Moreira⁴³⁹ para quem “[...] tal escrita foi proposital - querendo significar não apenas o direito posto, o direito positivo, mas um conceito que engloba o todo do Ordenamento Jurídico.”

⁴³⁸ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. [...] 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: I - **atuação conforme** a lei e o **Direito**; [...]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm >. Acesso em: 29 abr. 2012. (grifos nossos)

⁴³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. O processo de licitação, a Lei 9.784/99 e o princípio da legalidade. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2002. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/174.htm> >. Acesso em: 22 jun. 2012.

Não pretendemos aqui apresentar uma “fórmula mágica” para a solução de todos os problemas administrativos, somente estamos apresentando um vetor, um veículo direcionador de princípios como a razoabilidade e a economicidade para dentro da “célula” da legalidade estrita (no caso, uma legalidade negativa), transformando-a em uma legalidade ampliada e que comporte e ampare a decisão do agente estatal.

Demonstramos que tal vetor pode ser representado pela boa-fé objetiva em face do dever de lealdade, quando consideramos a relação jurídica mediata entre a Administração Pública e toda a sociedade. Daí considerarmos a boa-fé objetiva a razão-mor que justificaria a integração normativa proposta, a ser analisada em cada caso concreto, “[...] uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.”⁴⁴⁰ Em suma, um verdadeiro postulado normativo.

No entanto, há casos em que o dever de lealdade se faz presente não só em relação a toda a sociedade, de forma mediata, mas também em relação a cidadãos individualizados, na condição de administrados, de forma imediata. Um exemplo bastante recente, agora já em termos jurisprudenciais, foi o julgamento envolvendo um caso de nomeação de aprovado em concurso público.

Tratou-se de um recurso extraordinário interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul contra Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que dera provimento a recurso ordinário em mandado de segurança para nomear candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas prevista no edital mas que não havia sido nomeado pela Administração dentro do prazo de validade do certame.

O concurso, destinado ao preenchimento de vagas para o cargo de Agente Auxiliar de Perícia do Estado do Mato Grosso do Sul, homologado em dezembro de 2006, tinha validade de 01 (um) ano, prorrogável por igual período.

Inconformado com a sua não nomeação dentro do prazo de validade do concurso, o candidato recorreu ao Judiciário e obteve do STJ o deferimento de seu pleito, uma vez que aquele Tribunal reconheceu seu direito subjetivo à nomeação ao cargo. Tratou-se do RMS 25.750/MS.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

⁴⁴¹ Administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Candidato aprovado entre as vagas previstas no edital. Direito líquido e certo. Recurso provido. 1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. 2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os cargos com os candidatos aprovados no limite das vagas previstas. A

Interessante perceber a importância dos aspectos confiança, legítimas expectativas e por conseguinte, lealdade, já no Acórdão recorrido do STJ, citado no parágrafo antecedente. Inegável a presença da boa-fé objetiva, em face do dever anexo de lealdade, *in casu*, no tocante à relação que ora se estabelecia entre o Estado-Administração e todos os candidatos inscritos no referido concurso.

A decisão do STJ favorável ao candidato gerou a interposição de um Recurso Extraordinário por parte do Estado do Mato Grosso do Sul no sentido de revisão do entendimento daquela Corte. Em síntese, o Estado-Administração alegava a inexistência de direito líquido e certo do candidato à nomeação, por se tratar de poder discricionário do poder público.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico com repercussão geral e prestigiando expressamente o princípio da boa-fé objetiva, negou provimento ao recurso extraordinário e manteve a decisão do STJ.⁴⁴² A partir de então, a

discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes. 3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em **respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público**. 4. Precedentes desta Corte Superior: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG. 5. Recurso Ordinário provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 25.750 / MS. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Julgamento em 29 Maio 2008. DJ em 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781402/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-25957-ms-2007-0299014-0-stj>>. Acesso em 23 out. 2012). (grifo nosso)

⁴⁴² Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados. I. Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. Administração Pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. **O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público**. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. **Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança**. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve **atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento**. Isso quer dizer, em outros termos, que **o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos**. [...] Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. Negado provimento ao recurso extraordinário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 598099/MS. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 10 Ago. 2011. DJe em 03 Dez. 2011.

Administração Pública, ao expedir edital para concurso público com a especificação do número de vagas para determinado cargo, está obrigada a nomear os aprovados dentro do prazo de validade do certame, salvo algumas situações excepcionais.

O julgamento em questão se reveste de especial importância para corroborar com nosso entendimento de que o dever de lealdade pode e deve ser usado de forma integrativa e otimizadora onde exista lacuna no ordenamento em razão da inexistência de disposição expressa em determinado sentido.

A obrigatoriedade de nomeação de candidato aprovado dentro das vagas disponibilizadas em concursos públicos jamais havia sido positivada. A jurisprudência do STF, até então, reconhecia o direito à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital apenas nas hipóteses de preterição na ordem de classificação e nomeação de outras pessoas que não aquelas que constassem na relação dos aprovados no certame.⁴⁴³

Inovação na ordem jurídica. Foi esse o efeito da decisão do STF, uma vez que, a partir daquela data, o Poder Público passou a se vincular ao número de vagas publicadas nos editais de concursos, devendo obrigatoriamente nomear os aprovados dentro do prazo de validade do certame.

Na ausência de legalidade estrita a respeito, a boa-fé, como vetor de mitigação em face do dever de lealdade, como vimos, pôs fim a qualquer discussão existente sobre o tema, ao menos a nível prático do dia a dia da Administração Pública. Academicamente o espaço para discussão é muito vasto.

A decisão pode também ser lida com foco em outra “figura parcelar” do vetor boa-fé objetiva – a vedação ao *venire contra factum proprium*. Ao publicar um determinado número de vagas para um cargo público, a Administração deixa bastante transparente sua necessidade de pessoal qualificado para desempenho das tarefas administrativas e prestação de um serviço público de qualidade ao cidadão. Afinal, prestar um serviço de qualidade é uma das formas de manifestação da eficiência administrativa.

Imaginemos um setor de atendimento ao público com três servidores que atendessem uma pessoa a cada quinze minutos. Em tal situação, o tempo de

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623606/recurso-extraordinario-re-598099-ms-stf>.

Acesso em: 23 out. 2012). (grifos nossos)

⁴⁴³ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 598099/MS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+598099%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 09 Abr. 2012.

espera para atendimento seria “X”. Entretanto, se o número de servidores dobrasse, matematicamente, o tempo de espera seria reduzido à metade.

Serviço público prestado de forma correta, com tempo de espera reduzido e com cordialidade (o que também é favorecido pelo maior número de atendentes e trabalho melhor distribuído, evitando-se sobrecargas): isso sim é serviço de qualidade, isso sim é eficiência. Ênfase nos meios e não somente nos resultados. Não entraremos aqui na discussão em matéria orçamentária, pois imaginamos que o número de vagas disponibilizados pelo Estado se encontrava dentro dos limites legais e orçamentários previstos.

Pois bem, não existe coerência em um Estado que “diz precisar de um número X de pessoas” para prestação de um serviço público eficiente (de qualidade), mas que contrata somente um terço ou dois terços dos candidatos selecionados. A Administração não pode, portanto, voltar sobre os seus próprios passos (*venire contra factum proprium*), afrontando seu dever legal de agir conforme a boa-fé objetiva, consoante o art. 4º, inciso II, da Lei 9.784/99⁴⁴⁴.

Saindo da esfera jurisdicional, também encontramos exemplos de aplicação da boa-fé objetiva no âmbito administrativo de forma direta. No Brasil, como sabemos, não existe o sistema jurisdicional dual, a exemplo da França e Portugal, onde há a jurisdição administrativa. Entretanto, em face do controle externo desempenhado pelo Poder Legislativo, importante papel de auxílio técnico cabe ao Tribunal de Contas da União (TCU).

O referido órgão, no seu mister de auxílio ao Legislativo na fiscalização da Administração Pública, analisa processos administrativos, aplica sanções a agentes públicos e emite Acórdãos que vinculam a Administração Pública. Um Acórdão em particular, o de número 1487/2007⁴⁴⁵, merece ser analisado academicamente com base no postulado da boa-fé objetiva.

⁴⁴⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. [...] Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com **lealdade**, urbanidade e **boa-fé**; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 23 out. 2012. (grifos nossos)

⁴⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/07 Plenário. Relator Min. Valmir Campelo. Julgamento em 01 Ago. 2007. DOU em 03 Ago. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 10 Abr. 2012

5.5.3 O Acórdão 1487/2007 do Tribunal de Contas da União: uma leitura à luz do postulado da boa-fé objetiva

A prestação do serviço público aos cidadãos depende do correto funcionamento do aparato estatal. Para tal, além de pessoal qualificado para execução das mais diversas tarefas, são necessárias aquisições de materiais e equipamentos, bem como a contratação de serviços e obras.

No ordenamento jurídico pátrio, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993⁴⁴⁶, estabelece normas gerais para licitações e contratos em todos os níveis federativos. No seu art. 15, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos previu o Sistema de Registro de Preços.⁴⁴⁷

Haja vista o referido Sistema, a Administração promove uma licitação, na modalidade concorrência ou pregão, com qualidade e quantidades definidas. O vencedor da licitação firma com a Administração um documento normativo (a ata de registro de preços) no qual ficam registrados os preços por um período definido com vistas à contratação eventual e futura por parte do poder público.⁴⁴⁸ A regulamentação do Sistema de Registro de Preços se deu com a edição do Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001.

No Brasil, a busca por preços vantajosos nas aquisições e contratações de bens e serviços comuns levou à edição da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002⁴⁴⁹. Por meio do referido diploma legal, ficou instituída no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade licitatória denominada pregão.

⁴⁴⁶ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁴⁷ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. [...] Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas; II - ser processadas através de sistema de registro de preços; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 517.

⁴⁴⁹ BRASIL. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

Posteriormente, por meio do Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005⁴⁵⁰, foi regulamentado, no âmbito da Administração Pública Federal, a forma eletrônica do pregão, com a utilização dos recursos da tecnologia da informação (internet).

Regulamentados o Sistema de Registro de Preços e o pregão na forma eletrônica, tais instrumentos passaram a ser utilizados de forma maciça, haja vista a economia em face dos preços mais baixos comparativamente às demais modalidades de licitação. Vale salientar que o pregão na forma eletrônica passou, com a edição do Decreto 5.450/05, a vincular o administrador público federal, que só podia se valer das demais modalidades licitatórias em situações excepcionais elencadas no Decreto.

Ocorre que o art. 8º, do Decreto 3.931/01⁴⁵¹, trouxe a previsão de uso da ata de registro de preços de um Órgão por outro Órgão, isso na esfera da Administração Pública Federal. Em outras palavras, passou a ser permitido o uso, até o limite de cem por cento, de uma ata por outros Órgãos da Administração Pública Federal. Nascia a chamada “carona” em registro de preços.

Vale destacar que o referido Decreto não estipulou um número máximo de aderentes a determinada Ata. Essa ausência de um número limite poderia gerar um número exagerado de aderentes e contribuir para a perpetuação de um fornecedor em contratos de valores e quantidades muito superiores ao inicialmente licitado. E foi o que aconteceu e foi detectado pelo TCU no Processo 008.840/2007-3, que deu origem ao Acórdão TCU Plenário 1487/2007.

O caso em questão foi o de uma auditoria em Unidade do Ministério da Saúde, quando se discutiu a possibilidade de aproveitamento de Ata de Registro de Preços administrada por aquela Unidade.

Na situação analisada, cerca de sessenta e dois outros Órgãos da Administração Federal se interessaram formalmente em aderir à Ata, o que, em tese, considerando-se a possibilidade de aproveitamento (“carona”) de 100% de cada item da Ata, poderia multiplicar o contrato original daquela Unidade do Ministério da Saúde,

⁴⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

⁴⁵¹ BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. BRASIL. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

de cerca de 32 milhões de reais, para um montante final aproximado de 2 bilhões de reais.

Diante de tal possibilidade, verificou-se a existência de sério risco de que uma única empresa se perenizasse como fornecedora de bens ou serviços (o que não seria maléfico somente se ficasse constatada a vantajosidade da contratação) bem como uma afronta aos princípios de competitividade e isonomia próprios da adoção do mecanismo da licitação.

Referindo-se ao caso em julgamento, o Relator do processo, Min. Valmir Campelo, declarou ser a situação “[...] incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.”⁴⁵²

Diante dos riscos apresentados pela situação, que poderia se repetir em outros Órgãos da Administração Pública, o TCU, por meio do Acórdão, recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que adotasse medidas destinadas a limitar a adesão às atas de registro de preços com o fito de preservação dos “[...] princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública [...]”⁴⁵³

Eis nossa análise com foco na boa-fé objetiva. Imaginemos uma empresa que registra o preço de 1.000 pacotes de arroz de 1 KG a R\$ 2,00 cada. Se outras vinte Unidades Administrativas resolvessem aderir totalmente ao item arroz da referida ata de registro de preço, teríamos uma mesma empresa fornecendo não mil, mas vinte e um mil pacotes de arroz a R\$ 2,00 cada.

Certamente, se a quantidade inicial a ser licitada fosse de vinte e um mil pacotes de arroz, o preço seria inferior a R\$ 2,00, considerando o que se chama “economia de escala” (quanto maior a quantidade a ser fornecida, menor o preço).

Com base na hipótese acima, podemos vislumbrar a quebra da boa-fé objetiva, haja vista o comportamento desleal da Administração para com toda a sociedade, uma vez que estaria havendo desprezo a princípios nucleares da licitação previstos em lei – competitividade, isonomia e economicidade.

Vale destacar que os termos boa-fé objetiva e lealdade não foram

⁴⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/07 Plenário. Relator Min. Valmir Campelo. Julgamento em 01 Ago. 2007. DOU em 03 Ago. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 10 Abr. 2012.

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1487/07 Plenário. Relator Min. Valmir Campelo. Julgamento em 01 Ago. 2007. DOU em 03 Ago. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 10 Abr. 2012

mencionados no Acórdão do TCU, mas entendemos que nossa contribuição para com o Moderno Direito Administrativo reside justamente nessa leitura à luz do postulado da boa-fé objetiva, notadamente em face do dever de lealdade.

Cumpra ainda ressaltar que o dever de lealdade estaria sendo violado não só na relação mediata com a sociedade, mas também em relação a pretensos participantes do certame licitatório, desmotivados em razão da incerteza quanto à contratação. A lealdade por parte do Estado-Administração, no caso em pauta, só traria benefícios, tanto em sede de relação imediata com o contratante, quanto em sede de relação mediata com a sociedade.

Até este ponto, observamos a importância do vetor boa-fé objetiva atuando de forma integrativa do ordenamento jurídico-administrativo, seja dando suporte ao administrador para a tomada de decisão em situações não previstas expressamente no ordenamento jurídico-administrativo, seja como vetor interpretativo, ainda em uma atuação subsidiária, para a fixação de novos rumos de conduta da Administração em respeito à confiança legítima e ao dever anexo de lealdade por parte da Administração, quando consideramos a relação mediata entre o Estado-Administração e a sociedade.

Mas o que fazer quando uma disposição expressa de lei ou regulamento segue na contramão do princípio da eficiência? Poderia o administrador público vencer ou mitigar a legalidade estrita com a aplicação do vetor (postulado) boa-fé objetiva?

5.6 LEGALIDADE ESTRITA X BOA-FÉ OBJETIVA: A EXCEPCIONALIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA *CONTRA LEGEM*

Se existe algo que causa verdadeiro espanto aos administradores públicos mais tradicionais, certamente o assunto atuação administrativa *contra legem* está na lista dos mais cotados.

Também chamada de juridicidade *contra legem* por Gustavo Binenbojm, é reconhecida pelo autor como sendo o

[...] reconhecimento da validade jurídica dos efeitos de atos da Administração praticados em desconformidade com a lei, mas ancorados diretamente na Constituição. Essa é uma das consequências da perda de posição de centralidade que a lei outrora ostentava nos sistemas jurídico-administrativos,

e sua transformação em apenas mais um dentre outros princípios constitucionais reitores da atuação da Administração Pública.⁴⁵⁴

Binenbojm nos traz alguns exemplos de atividade administrativa *contra legem*, basicamente “[...] por motivos ligados normalmente à **segurança jurídica e à boa-fé objetiva**” (grifos do autor).⁴⁵⁵

É interessante observarmos que a aplicação do postulado boa-fé objetiva pode e deve ser realizada pelo agente público ainda no âmbito administrativo, sem necessidade de intervenção do Judiciário, sob pena de prolongamento do tempo de tramitação de vários processos e consequente perda da eficiência administrativa.

Um dos temas do Direito Administrativo bastante rico em exemplos de mitigação (ou pelo menos necessidade de mitigação) da legalidade estrita em face do vetor e postulado da boa-fé objetiva é o relacionado a licitações e contratos administrativos. Nossa experiência na Administração Pública, especialmente na área em foco, nos permite propor alguns exemplos práticos e soluções com base no postulado que ora estudamos.

Em uma determinada Unidade Administrativa, após regular procedimento licitatório, uma determinada sociedade empresária foi contratada para a execução de uma obra. O edital do certame condicionava a assinatura do contrato ao depósito junto à Administração de uma garantia, dentro das opções existentes no art. 56 da Lei 8.666/93⁴⁵⁶.

A contratada optou pelo seguro-garantia e depositou, junto à Administração, uma apólice no valor cinco por cento do valor da obra e com validade até o vencimento do contrato, conforme previsão contratual e com amparo no parágrafo segundo, do art. 56, da Lei 8.666/93⁴⁵⁷.

Ocorre que, durante a execução do contrato, foi necessária, por motivos técnicos justificados nos autos, a assinatura de vários aditivos de prazo (pelo menos

⁴⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 174.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 177.

⁴⁵⁶ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁵⁷ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

cinco). Segundo previsão contratual e legal (parágrafo segundo, do art. 56, da Lei 8.666/93, já citado) a cada alteração contratual, de prazo ou de valor, o seguro-garantia deveria ser atualizado. A contratada não fez a atualização em todas as ocasiões, o que não foi detectado pela Administração.

Mesmo não havendo a atualização, a obra continuou a ser realizada e paga por parte da Contratante. Em determinado momento, a Fiscalização Administrativa detectou a falta de atualização da garantia contratual e resolveu reter os pagamentos devidos à contratante até a regularização do seguro-garantia.

Em tal situação, em face da supremacia do interesse público, existência de cláusulas exorbitantes no Contrato Administrativo e da quebra de cláusula contratual, poderia a Administração Contratante reter os pagamentos da contratada? Seria eficiente tal atitude por parte da Administração. Ao nosso sentir, o que socorre o agente público em tal situação é o postulado da boa-fé objetiva.

Como já visto no corpo desta pesquisa, a *supressio* e a *surrectio* são figuras parcelares da boa-fé objetiva e que se destinam *prima facie* a afastar o abuso do direito.

Aos nossos olhos, o Estado-Administração, ao se manter inerte quanto à cobrança da atualização do seguro-garantia, acabou por gerar na contratante a confiança de que não faria uso de tal exigência nas etapas seguintes da obra contratada. Um caso típico de *supressio*.

De outro lado, como consequência da inércia estatal, um verdadeiro direito à não cobrança da atualização acabou por se agregar ao patrimônio jurídico da contratada – a *surrectio*.

Dessa forma, entendemos que a melhor solução para o caso posto em discussão seria a desconsideração da cláusula contratual de necessidade de atualização da garantia contratual, ou seja, a suplantação de uma ilegalidade (haja vista a previsão da atualização na Lei 8.666/93) pelo vetor e postulado da boa-fé objetiva. Por oportuno, alertamos que tal solução se mostraria, sob o prisma da juridicidade, a mais razoável para o caso concreto em questão.

A análise feita em cada caso concreto é de suma importância para que possamos pensar em uma atuação administrativa *contra legem*. A norma escrita, notadamente em Direito Administrativo, é a primeira fonte de obrigação do agente público.

Como advogamos neste trabalho, a lei, elaborada pela sociedade por meio de seus representantes legitimamente eleitos, reflete um verdadeiro rol de cláusulas de uma espécie de “contrato de adesão”, ao qual deve estrita obediência o agente estatal. Essa, ao nosso sentir, é a regra.

Ocorre que, na análise de determinados casos concretos, a vontade objetiva e expressa do legislador/sociedade pode provocar um desequilíbrio nas relações jurídicas e afastar o Estado-Administração de seu objetivo principal de prestar um serviço público de qualidade e eficiente.

Um outro ponto de bastante interesse para nossa pesquisa diz respeito à legislação que, se seguida de forma estrita na fórmula *dura lex, sed lex*, pode levar o administrador público a tomar decisões que colocam sua gestão na contramão constitucional do princípio da eficiência.

Os exemplos mais corriqueiros os podemos encontrar ainda na seara das licitações e contratos administrativos. Em algumas situações do cotidiano administrativo, em face da legislação que orienta o procedimento licitatório, o postulado da boa-fé objetiva, mormente em face da vedação ao comportamento contraditório, pode ser ferido de morte.

Analisemos uma situação envolvendo um procedimento licitatório na modalidade Tomada de Preços, prevista no art. 22, inciso II e parágrafo segundo, da Lei 8.666/93⁴⁵⁸. Suponhamos que tal certame se destinasse à contratação de um determinado serviço técnico não comum (o que retira o objeto do campo de abrangência da modalidade licitatória pregão) e que no edital houvesse a previsão na cláusula “Da Apresentação das Propostas” de que os preços deveriam ser ofertados em moeda nacional e com prazo de validade da proposta de 60 (sessenta) dias, sob pena de desclassificação.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório⁴⁵⁹, previsto no art. 3º, da Lei 8.666/93, em sede de licitação pública, ratifica a necessidade de cumprimento irrestrito do edital por parte da respectiva Comissão de Licitação.

⁴⁵⁸ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁵⁹ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

Imaginemos que de quinze licitantes participantes do certame, um apresentasse a proposta sem o prazo de validade da mesma.

A Comissão, vinculada ao edital e sem poder autorizar a inclusão posterior de informação que deveria constar inicialmente na proposta, conforme disposto no art. 43, parágrafo terceiro, da lei 8.666/93⁴⁶⁰, se veria obrigada a desclassificar a proposta em questão. A previsão de desclassificação em tal situação encontraria amparo no art. 48, inciso I, da Lei 8.666/93⁴⁶¹.

Sob o enfoque da legalidade estrita, a posição da Comissão de Licitações não mereceria qualquer reprimenda. Entretanto, analisemos o caso à luz do postulado da boa-fé objetiva.

Em se tratando de uma licitação, procedimento destinado à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, da Lei 8.666/93), fica bastante claro que quanto maior o universo de participantes no certame, maior a probabilidade de que a melhor proposta seja apresentada. Visto dessa forma, a ampliação da disputa é um princípio positivado (art. 5º, parágrafo único, do Decreto 5.450/05)⁴⁶² e que deve ser seguido pela Administração quando do julgamento dos procedimentos licitatórios.

Assim, a eficiência administrativa deve ser alcançada na medida em que a melhor proposta possa ser selecionada pela Administração. É um objetivo administrativo e o Poder Público deve nortear suas ações na busca pela eficiência. Mas o que dizer de uma Administração, que busca a eficiência por meio da melhor proposta e reduz seu universo de competidores por uma questão meramente formal, prevista em lei, mas, em nosso sentir, uma simples formalidade?

No caso em análise, não estaria o Estado-Administração voltando sobre seus próprios passos? Entendemos que sim. A Administração, decidindo em estrita obediência ao edital e ao dispositivo expresso de lei, estaria a incidir no *venire contra*

⁴⁶⁰ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁶¹ 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴⁶² BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º jun. 2005. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

factum proprium, afrontando, dessa forma a boa-fé objetiva. Como buscar a melhor proposta e ao mesmo tempo diminuir seu universo de escolha em razão de simples formalidade legal?

A busca pela eficiência, na forma da seleção da proposta mais vantajosa, bem como a obediência ao postulado da boa-fé objetiva apontam para uma direção diferente da usualmente seguida pelo agente público. Uma direção na qual a proposta não seria desclassificada por uma simples formalidade, saneável a qualquer tempo.

Em casos como o que acabamos de analisar, o que ocorre na prática é a desclassificação da proposta em desconformidade formal com o edital. O licitante descontente busca socorro no Poder Judiciário, normalmente via mandado de segurança, e normalmente tem seu pleito atendido, com a anulação de sua desclassificação. Quanta economia de tempo quando se chega a tal solução já na via administrativa! Mas para tal, o agente público deve ter em mente a busca pela eficiência e a importância do postulado da boa-fé objetiva.

Nessa linha de entendimento, no que toca à interpretação literal da vinculação ao instrumento convocatório e o formalismo em excesso, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do MS 5.869-DF.⁴⁶³

No caso decidido pelo STJ, uma licitante foi desclassificada por falta de assinatura na Proposta Técnica em campo destinado para tal. A assinatura foi aposta em local diferente do originalmente estipulado em edital. No Acórdão em questão não foi mencionado o postulado da boa-fé, mas sim afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Entendemos e defendemos ser plenamente cabível a leitura com foco no postulado da boa-fé objetiva, uma vez que, desarrazoada e desproporcionalmente, a Administração não atinge o objetivo de eficiência, ademais desconsiderando uma

⁴⁶³ Administrativo. Licitação. Proposta técnica. Inabilitação. Arguição de falta de assinatura no local predeterminado. Ato ilegal. Excesso de formalismo. Princípio da razoabilidade. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve *falta* de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 5.869 - DF. Rel. Ministra Laurita Vaz. Primeira Seção. Julgamento em 11 Set. 2002. DJ em 07 out. 2002. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/283077/mandado-de-seguranca-ms-5869-df-1998-0049327-1-stj>>. Acesso em: 23 out.2012).

proposta que poderia ser a mais interessante e vantajosa para a Administração e para a sociedade.

A lealdade (boa-fé objetiva) da Administração para com a sociedade, verdadeira titular do interesse público significa cumprimento das normas, especialmente o disposto no art. 2º, caput, da Lei 9.784/99⁴⁶⁴. Afinal, conforme já expusemos, a sociedade **confia** no cumprimento de tal dispositivo legal por parte da Administração. Quebrar a confiança é ir contra a essência da boa-fé objetiva.

Ainda no terreno do comportamento *contra legem* da Administração, um tópico bastante importante é o da convalidação de situações inicialmente ilegais, mas que por questão de decurso de prazo dilatado e respeito à teoria da confiança merecem receber a proteção do Direito.

Afinal, o Estado não pode ferir as legítimas expectativas criadas nos administrados. Sobre tal possibilidade já nos referimos no capítulo desta pesquisa dedicado ao estudo da legalidade e eficiência administrativas.

Um exemplo de convalidação *contra legem* podemos facilmente imaginar. Uma sociedade empresária é contratada pela Administração para construção de um hospital. A obra é iniciada e quando sessenta por cento está concluída, uma auditoria externa verifica que uma falha grave (falta de publicação de aviso de licitação em jornal de grande circulação) torna o procedimento licitatório nulo, vício insanável que acaba por atingir o contrato assinado.

A anulação do contrato, em face da ilegalidade constatada, opera efeitos retroativos (*ex tunc*). Ora, se o contrato é nulo, o que fazer com o prédio parcialmente construído? Seria razoável implodir a construção e cobrar a devolução dos valores pagos à contratada? A resposta só pode ser uma: evidente que não! E a razão é bastante lógica, assim como o Direito, que gostamos de pensar ser uma questão de lógica e razoabilidade.

Destruir o que já fora construído, além de ferir de morte a razoabilidade, também afrontaria o interesse da coletividade em dispor do hospital com a maior brevidade possível. Dentro de nosso entendimento, a destruição do prédio parcialmente construído afrontaria o dever de lealdade da Administração para com a

⁴⁶⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

sociedade, a qual estipulou por meio de regras o dever de razoabilidade, proporcionalidade e economicidade na gestão dos recursos públicos.

No exemplo acima, não estamos a advogar que as falhas administrativas devam ser esquecidas ou perdoadas. Uma investigação (auditoria) deve ser realizada e a apuração de responsabilidades e eventual reposição de dano ao erário, por parte dos agentes públicos ou contratada, deve ser levada a efeito, se for o caso.

Pelo que dissemos até o momento pode surgir um questionamento bastante simples: a obrigação de agir com lealdade estaria adstrita somente no que toca ao comportamento do Estado para com o cidadão?

5.7 A PRECLUSÃO LÓGICA E O *TU QUOQUE*: A BOA-FÉ OBJETIVA COMO UMA VIA DE MÃO DUPLA

Neste ponto chamamos a atenção para uma outra situação, agora envolvendo o instituto processual da **preclusão**. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁶⁵ a conceituam como sendo “[...] a perda da faculdade de praticar ato processual. Pode ser temporal [...], mas também lógica ou consumativa”.

Nos interessa particularmente a preclusão lógica que, segundo os mesmos autores, “[...] é a que extingue a possibilidade de praticar-se ato processual, pela prática de outro ato com ele incompatível”.⁴⁶⁶ Aqui nos lembramos mais uma vez da boa-fé objetiva e sua figura parcelar da vedação ao *venire contra factum proprium*.

Até este ponto da pesquisa, o foco do dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva se deu no Estado, em sua obrigação de atuação leal nas relações com os administrados. Mas trata-se de uma via de mão dupla: também o administrado deve agir em conformidade com a boa-fé objetiva no seu relacionamento com o Estado e, de forma mediata, com a coletividade.

Mesmo que observado de forma implícita, encontramos o postulado da boa-fé objetiva em uma decisão bastante recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Tratou-se do caso de um candidato inscrito no concurso para admissão de Soldado PM de 2ª Classe, que havia sido excluído do certame por possuir uma

⁴⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 643.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 644.

tatuagem em dimensões não admitidas pelo edital respectivo. Vale salientar que o edital do concurso previa a possibilidade de tatuagem em candidatos, desde que dentro de determinados limites de tamanho, o qual foi ultrapassado pelo candidato em questão.

Insatisfeito com a exclusão, o candidato recorreu ao Judiciário (1ª instância) alegando discriminação e preconceito, bem como o fato de a tatuagem não ficar à vista, quando fardado. Perdeu em primeiro grau de jurisdição e recorreu ao TJSP.

No Tribunal, mantendo a alegação de preconceito e que a tatuagem não estaria visível quando do uso da farda, o candidato teve seu recurso indeferido.⁴⁶⁷

Em seu voto, o Relator do Processo, Desembargador Reinaldo Minuzzi, asseverou que no ato de sua inscrição o candidato sabia das condições e restrições editalícias e “[...] se efetuou sua inscrição sem se rebelar, a presunção é a de que fez sua livre adesão àquele regramento do certame [...]”. Dito de outra forma, o candidato, ao se inscrever, adotou uma postura diante das condições do edital. Tal postura, por questão de coerência, deveria ser a postura do candidato até o final do certame.

Sob nossa ótica, o candidato, ao não concordar com as condições do edital (por achá-las ofensivas a valores constitucionalmente protegidos) tinha o direito de impugná-las perante a própria Administração ou perante o Judiciário. Pensamos que, sob o enfoque do postulado da boa-fé objetiva, tal direito sofre preclusão lógica quando não exercido, uma vez que a atitude de se inscrever se mostra incompatível com outra postura impugnatória da mesma condição já aceita anteriormente.

Ao nosso sentir, a postura do candidato subsumiu-se a uma das figuras parcelares da boa-fé objetiva - o *tu quoque* -, uma vez que houve a aceitação de uma

⁴⁶⁷ Concurso Público. Candidato inscrito em concurso de admissão de Soldado PM 2ª Classe, excluído do certame em decorrência do resultado do exame médico, que o considerou inapto - Portador de tatuagem - Pretensão à declaração de nulidade do ato e consequente participação das fases seguintes e do curso de formação - **Aceitação pelo autor das condições impostas pelo edital** - Caráter eliminatório - Alegação de ilegalidade do ato - **Não atendimento das exigências do edital** - Sentença de improcedência - Recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0015752-67.2011.8.26.0053. Rel. Des. Reinaldo Miluzzi. 6ª Câmara de Direito Público. Julgamento em 02 Abr. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0015752-67.2011.8.26.0053&cdProcesso=R10015KJ90000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190102&ticket=bQhmOXBOAcGT3BEzzjAcwyd0mj29zqPVVNOIbd8Z1Q6e5Ojj%2BqzkkcFl6joCUrQObs%2BOsCVnvgOjSmgE2ntBLmeajKUpAor3L0cCehwjB2Gf%2F8h%2FioMKNft856tM5kL9IYy%2BssZN42iU15HmgMXYPy%2F%2FSWAa%2FASy%2FAefAgKtubl8p3CdVlqa75iE1YP%2BRiVd0IUU36s1BO4iwsQtNKe1Kg%3D%3D>>. Acesso em: 26 out. 2012). (grifos nossos)

pretensa ilegalidade ou inconstitucionalidade para que em momento posterior ela fosse alegada.

Ao ferir o postulado da boa-fé objetiva, em face da figura do *tu quoque*, conforme demonstrado, o candidato acabou por abrir espaço acadêmico para discussão do caso sob um outro ponto de vista, qual seja considerando a relação mediata entre o agente público e a sociedade.

Como já procuramos demonstrar, todo e qualquer agente investido de cargo ou função pública e que tem sob sua responsabilidade a gestão da coisa comum, tem um dever de lealdade para com a sociedade, notadamente no que tange ao comportamento conforme a boa-fé objetiva. Neste ponto voltamos a refletir sobre o aspecto eficiência. Seria eficiente um agente público que fere a boa-fé objetiva já no seu processo de admissão no quadro de servidores do Estado?

Sob o ponto de vista da eficiência, vista com ênfase nos meios e no respeito ao Estado Constitucional Democrático de Direito, entendemos que, no caso em pauta, a admissão do candidato portador de tatuagem com característica flagrantemente contrária ao edital (o tamanho ultrapassava o limite máximo estipulado no instrumento convocatório) se configuraria em clara deslealdade do Estado-Administração para com todos os demais potenciais candidatos.

Estamos a nos referir àqueles potenciais candidatos que, por não se enquadrarem nas regras editalícias, acabaram por não se inscrever no processo seletivo. Afinal, se o poder público abrisse mão de suas exigências, provavelmente o universo de candidatos seria maior, considerando o aporte de inscrições de pessoas com tatuagens com tamanho superior ao limite do edital.

Situação bastante similar ocorre nas licitações promovidas pelas diversas Unidades Administrativas, quando um dos licitantes não impugna o edital que contenha cláusulas ilegais ou contrárias ao Direito. Tal licitante aceita a condição ilegal e participa do certame com um número menor de concorrentes (uma vez que se impugnado e caso alterado o edital, várias concorrentes que se viam impedidas de participar poderiam engrossar o número de licitantes). Quando inabilitado ou tendo sua proposta desclassificada em face da exigência não impugnada, o licitante recorre ao questionamento acerca da ilegalidade da exigência, a mesma aceita em momento anterior. Para nós, quebra da boa-fé objetiva em razão do *tu quoque*, conforme já visto.

No que toca à decisão do TJSP, a despeito de não ter sido citada expressamente a boa-fé objetiva ou qualquer de suas figuras parcelares como elementos de motivação, temos a confiança de ter demonstrado tal relação na análise anterior.

Por tudo que dissemos até agora, podemos constatar que existem vários aspectos que podem servir de elementos indiciários de melhoria da eficiência administrativa como fruto da mitigação da legalidade via postulado da boa-fé objetiva.

5.8 EFICIÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM A MITIGAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA VIA BOA-FÉ OBJETIVA

Como já mencionado no decorrer desta pesquisa, a ênfase nos meios é o ideal para uma análise acerca da eficiência administrativa, sob pena de haver confusão com o conceito de eficácia, em que a ênfase se dá nos resultados. No que toca a tal enfoque, a mitigação da legalidade estrita por meio do vetor/postulado boa-fé objetiva pode influenciar o grau de eficiência administrativa de várias maneiras.

Entendemos ser possível elencar algumas dessas maneiras de influência da mitigação da legalidade estrita no grau de eficiência administrativa: aproximação da atuação administrativa da filosofia constitucional; economia de recursos públicos; economia de tempo (da Administração e do administrado); melhor satisfação do cidadão (dignidade da pessoa humana) e aumento do grau de confiança do cidadão no Estado-Administração.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou no País uma nova fase em que a dimensão do Direito se alargou em face da gama de valores trazidos explícita e implicitamente no seu bojo. Valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo passaram a servir de tela sobre a qual passariam a ser pintados os mais variados quadros do cotidiano de toda uma sociedade.

O Direito Administrativo, como ramo extremamente importante da ciência jurídica e responsável por “cuidar” da relação entre o Estado e o cidadão de forma imediata e entre o Estado e a sociedade (vista como um todo criador do próprio Estado, uma verdadeira relação criador-criatura) de forma mediata, não poderia ficar à margem de tamanha evolução.

Mas, até pela origem oitocentista do Direito Administrativo, sempre haveria o risco de que tal ramo do Direito ficasse ao largo da incidência dos valores

fundamentais, numa confusão do que seria supremacia do interesse público (muitas das vezes empregada equivocadamente pelo Estado-Administração como supremacia do poder público).⁴⁶⁸

Atento a tal risco, o constitucionalista de 1988, autêntico procurador da sociedade, fez questão de registrar no corpo da Constituição, em seu art. 37, caput, os cinco valores principais a nortear a atividade do Estado-Administração, os princípios constitucionais expressos da Administração Pública: moralidade, eficiência, legalidade, publicidade e impessoalidade.⁴⁶⁹

A esta altura o leitor pode ter estranhado a inversão da ordem dos princípios estampados no art. 37, caput, da Constituição. É que fizemos questão de posicionar a moralidade e a eficiência em um primeiro plano para destacar sua posição, ao nosso sentir, de postulados normativos aplicativos.

Afinal, qualquer pintura que reflita a atividade administrativa do Estado deve ser feita sobre a tela da moralidade e da eficiência, sob pena de “ilegitimidade constitucional” (que aqui entendemos ser a atuação administrativa em desconformidade com os valores constitucionais).

Iremos nos prender, entretanto, ao princípio da legalidade, não aquela que refletia os valores do século XIX, mas a que em pleno século XXI não deixa escapar os princípios de seu conceito, alargando-o sob a forma conceitual de juridicidade.

Entendemos que uma Administração eficiente é aquela que busca bons resultados mas, antes de qualquer coisa, respeita o Estado Constitucional Democrático de Direito, representado pelos valores e princípios constitucionais. Neste particular, a mitigação da legalidade formal pelo postulado da boa-fé objetiva cumpre tal mister, ou seja, pode tornar mais eficiente a atividade administrativa.

Como já tivemos a oportunidade de demonstrar no transcurso deste trabalho, o apego exacerbado à legalidade estrita pode conduzir a decisões, senão injustas, pelo menos não razoáveis e desproporcionais. Não que o legislador originário não tenha sido razoável ou proporcional ao redigir a lei, mas simplesmente

⁴⁶⁸ Sobre o tema supremacia do interesse público e sua adequabilidade em um panorama de Estado Democrático de Direito, cf. PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**, Brasília, nº 40, 2008. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/957/1130>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁴⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

porque a dinâmica da vida e dos valores acabam por “desconfigurar” aquilo que seria o ideal para uma determinada época ou momento da história.

Permitimos-nos mais uma pequena metáfora. Um software de computador, idealizado sob determinadas condições e em determinada época, com o passar do tempo se torna obsoleto e tem sua eficiência diminuída, afinal os sistemas operacionais dos computadores estão em constante evolução (assim como a dinâmica da vida e da sociedade). A atualização do referido software se mostra essencial para o seu perfeito funcionamento e melhoria da eficiência.

Assim é com a legalidade administrativa, ideal para um determinado contexto histórico, mas que perdeu em eficiência em face da evolução proporcionada pelos valores constitucionais. Dessa forma, a mitigação da legalidade estrita (atualização do software) pode ser feita por meio de uma leitura ampliada e dinamizada pelas funções e figuras parcelares da boa-fé objetiva, o que contribuirá sobremaneira para uma melhoria na eficiência administrativa.

Outro ponto que se apresenta nuclear quando tratamos do assunto Administração Pública é o que diz respeito aos recursos, que são escassos. O Estado, responsável por proporcionar um ambiente adequado para o desenvolvimento dos cidadãos como pessoas humanas, atua reconhecendo os direitos de cada um. E “direitos não nascem em árvores”⁴⁷⁰.

Para o atendimento das necessidades de toda uma coletividade, seu direito à saúde, à educação, à cultura, ao transporte público de qualidade, só para ficarmos com algumas, o Estado não pode prescindir de recursos, notadamente os materiais (sem nos descuidarmos da importância dos recursos humanos adequados e capacitados).

Não estamos aqui a nos referir à obtenção dos recursos financeiros junto à sociedade, matéria ligada ao Direito Tributário. Tratamos aqui dos gastos, ou melhor, da melhor forma de aplicar os recursos. Nesse ponto, em tempos de recursos financeiros limitados, destaque temos de conferir ao princípio da economicidade que, conforme já visto, é um dos critérios a serem observados quando da fiscalização da atividade administrativa por órgãos de controle externos e internos.

Em face de tal atividade de controle e fiscalização, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende que a análise da economicidade

⁴⁷⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 216.

é a verificação da capacidade da contratação em resolver problemas e necessidades reais do contratante, da capacidade dos benefícios futuros decorrentes da contratação compensarem os seus custos e a demonstração de **ser a alternativa escolhida a que traz o melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.** Essa análise é bastante conhecida como análise custo/benefício.⁴⁷¹ (grifo nosso)

Conforme grifamos, o administrador que atua com economicidade deve ter condições de demonstrar aos órgãos de controle que escolheu a melhor alternativa para que os recursos financeiros disponíveis fossem aproveitados ao máximo. Em outras palavras, obter resultados ótimos com o menor custo.

Por vezes, a legalidade estrita, ao “amarrar” a atuação do agente público à letra da lei, acaba por fazer prevalecer uma decisão que não a mais adequada na relação custo x benefício. Afinal, o legislador ou o Estado-Administração (quando da emissão dos regulamentos) pode não ter previsto determinadas situações ou se previstas, foram arquitetadas em função do momento histórico-social vigente à época, alterados em razão da dinâmica da vida.

No decorrer desta pesquisa, expusemos a situação administrativa envolvendo a decisão de um administrador público que deferiu o pedido de permanência de um militar em um imóvel residencial da União, a despeito de falta de previsão regulamentar expressa para tal. Naquele ponto, verificamos que a decisão privilegiou os princípios da razoabilidade e economicidade (em razão do que a União deixaria de dispende recursos financeiros com o pagamento de taxa condominial do imóvel), em última análise a correta, ao nosso sentir, aplicação do conceito de juridicidade.

Metaforicamente, em relação a uma pintura a óleo, aquela decisão teve como tela (base de construção) o postulado da boa-fé objetiva, uma vez que, considerando a relação mediata entre o Estado-Administração e a sociedade, uma decisão baseada apenas na legalidade estrita (ou melhor, na falta de previsão expressa para o caso) afrontaria a vontade da coletividade, qual fosse a de atuação da Administração não somente conforme a lei, mas também conforme o Direito⁴⁷², como

⁴⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/ticontrôle/legislacao/repositorio_contratacao_ti/001.002.050.108.197.html>. Acesso em: 21 Abr. 2012.

⁴⁷² BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. [...] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade,

um sistema bem mais amplo. Ao ir de encontro à vontade do corpo social (verdadeiro criador do Estado e das “regras do jogo administrativo”) o ente estatal estaria afrontado o dever anexo de lealdade inerente ao postulado da boa-fé objetiva.

Uma outra situação explorada disse respeito ao excesso de formalismo previsto na Lei Máxima de um procedimento licitatório – o edital. Vimos que a quebra de uma regra escrita e vinculativa em um edital, com base em princípios como o da razoabilidade, da ampliação da disputa e da seleção da proposta mais vantajosa pode levar a Administração a aumentar o universo de competidores e alcançar a melhor opção com um menor dispêndio de recursos. Mais uma vez a boa-fé objetiva, em face do dever de lealdade, se fez presente na relação mediata Estado-Sociedade.

A relação da economicidade com a eficiência administrativa podemos buscar na possibilidade de aumento ou melhoria dos serviços públicos oferecidos pelo Estado. Como já mencionamos, os recursos são escassos e com a economia, a “sobra” orçamentária em um determinado serviço, aquisição ou obra pública, pode ser redirecionada para outros investimentos estatais em prol da coletividade. Uma sensível melhoria no grau de eficiência do serviço público.

Outro aspecto ligado à eficiência diz respeito ao tempo gasto para a execução das diversas tarefas afetas à Administração. É certo que quanto maior o número de servidores públicos designados para desenvolver as mais diversas atividades e atender à coletividade, menor o tempo de espera dos administrados para ver atendida demanda semelhante.

Propomos um exemplo. Em um determinado Órgão Público existem cinco servidores que analisam e emitem pareceres visando subsidiar as decisões da autoridade responsável pelo deferimento dos pedidos de aposentadoria por tempo de contribuição previdenciária. Suponhamos que tais servidores tenham de interromper suas tarefas para elaborar respostas com a finalidade de amparar a defesa judicial do Órgão por parte da procuradoria respectiva, em face de demandas judiciais propostas por administrados insatisfeitos com as decisões administrativas.

Na situação (não tão hipotética) descrita acima, resta claro que o tempo de resposta aos pedidos rotineiros de aposentadoria será alargado em razão da

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: I - **atuação conforme a lei e o Direito**; [...]. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012. (grifos nossos)

ocupação de bom tempo dos servidores com as respostas ao Judiciário. Suponhamos que boa parte das demandas judiciais fossem movidas em face de decisões totalmente focadas na legalidade estrita e expressa, desconsiderando-se princípios como o da confiança ou da vedação ao *venire contra factum proprium*.

As decisões amparadas no postulado da boa-fé objetiva certamente seriam geradoras de economia de tempo, uma vez que obedecendo ao conceito de uma legalidade constitucional (juridicidade) trariam a sensação (ou até mesmo certeza) da presença de justiça na decisão administrativa. Sem ter que se dedicar a questões judiciais que poderiam ter sido decididas na esfera administrativa de forma legítima, segura e legal (aplicando-se a boa-fé objetiva como pano de fundo da juridicidade administrativa), cada servidor daquele Órgão realizaria sua análise de forma mais rápida, aumentando a eficiência no atendimento à coletividade.

No que toca à economia de tempo do administrado, gostamos de pensar que o tempo, na vida de qualquer pessoa, é elemento precioso e que pode significar sucesso ou insucesso, fartura ou penúria, afinal “time is money”. Pensamos que, ao tomar um tempo menor do cidadão em idas e vindas a repartições públicas ou em longas filas de espera, o Estado-Administração alcança um maior grau de eficiência ao atingindo o objetivo (eficácia) com um menor sacrifício do administrado. Lembremo-nos: ênfase nos meios e no menor custo humano para realização dos fins.

No que concerne ao tema satisfação do cidadão e sua relação com a eficiência administrativa não podemos nos furtar de referenciar um direito que vem sendo bastante discutido nos tribunais e no meio acadêmico – o direito à busca pela felicidade. Ainda não consagrada expressamente no nosso texto constitucional como direito fundamental, o direito à busca pela felicidade implicitamente integra o valor dignidade da pessoa humana. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal.⁴⁷³

⁴⁷³ União civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - **O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana [...]** Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo

Ao nosso sentir, uma decisão administrativa eficiente deve respeito à dignidade da pessoa humana, pois não se mostra legítima, em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a atuação em desconformidade com tal postulado constitucional. Sobre isso já falamos no transcurso desta pesquisa.

Quando nos referimos à felicidade como integrante da dignidade humana, temos de pensar em um estado de espírito que tem o condão de conduzir o ser humano a uma sensação de tranquilidade. Faz parte de tal estado espiritual, ou melhor, contribui para o alcance do estado de felicidade a sensação de satisfação.

Afinal, um ser humano insatisfeito, ao menos em um primeiro momento ou de forma instantânea, não pode estar se sentindo “feliz”. Mas qual seria a contribuição do poder público para tal satisfação como estado de espírito?

O raciocínio é bastante simples e lógico. Uma das maiores decepções de um cidadão que se dirige a um Órgão Público na busca da satisfação de seu direito é ouvir frases como “isto não está previsto (escrito)” ou “sinto muito, está escrito que deve ser assim”. Insatisfeito, o administrado busca socorro no Judiciário, que analisa a questão à luz da Constituição (juridicidade) e não somente da regra escrita na lei ou regulamentos.

Em grande parte das vezes, a satisfação surge com uma atuação do Estado-Juiz, mas, conforme já demonstramos, por meio de uma análise por parte do agente estatal à luz da boa-fé objetiva (seja suprimindo lacunas, seja interpretando *contra legem*) tal satisfação já poderia ser obtida na esfera administrativa. Portanto, ao contribuir para a satisfação do cidadão, o Estado-Administração marcha em direção à eficiência no que toca a uma atuação processual administrativa respeitante da dignidade da pessoa humana.

Por fim, analisemos a questão do aumento do grau de confiança do cidadão no Estado-Administração. Vivemos um tempo em que o Poder Judiciário se

sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - **O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana**, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR / MG. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em 16 Ago. 2011. DJe 26 Ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 26 out. 2012). (grifos nossos)

tornou um verdadeiro “porto seguro” no que toca ao anseio das pessoas em ver reconhecidos os seus direitos. Em relação ao Poder Legislativo, a inércia dos “procuradores da sociedade” (os parlamentares) em assuntos mais sensíveis já levou a Corte Suprema a se posicionar, conforme as mais recentes decisões acerca da união estável homoafetiva e da antecipação do parto do anencéfalo.⁴⁷⁴

No que toca ao Poder Executivo, a cultura reinante de decidir em estrita conformidade com a norma escrita, acaba por gerar soluções administrativas desconformes com o Direito, assim entendido como um sistema bem mais amplo do que as regras, abarcando princípios implícitos e expressos, bem como importantes postulados como o da boa-fé objetiva.

À vista de tal quadro, o cidadão acaba por procurar o Estado-Administração com o requerimento administrativo em uma das mãos e uma petição judicial em outra, tamanha a desconfiança no ente estatal administrativo no que toca ao reconhecimento de direitos que fogem da “receita de bolo” pré-definida pelo legislador.

Ao atuar e decidir com fundamento na juridicidade e em conformidade com o postulado da boa-fé objetiva, o Estado-Administração diminui tal abismo de desconfiança e melhora seu nível de eficiência com decisões mais justas (assim entendidas como aquelas que respeitam o Direito e não só a lei).

Após demonstrada a relação entre a eficiência administrativa e o postulado da boa-fé objetiva, entendemos oportuno sugerir uma representação pictorial do Sistema de Normas Administrativas a partir de uma leitura da boa-fé objetiva como um dos seus postulados centrais.

5.9 O SISTEMA DE NORMAS ADMINISTRATIVAS: UMA TENTATIVA DE REPRESENTAÇÃO PICTORIAL

Neste trabalho o tema boa-fé objetiva foi central no desenvolvimento das ideias. No entanto, não podemos perder de vista o universo em que insere tal tema: o Direito Administrativo.

⁴⁷⁴ Sobre a união estável homoafetiva cf. o julgamento das ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, bem como da ADPF 54/DF, no caso da anencefalia, todos disponíveis em <http://www.stf.jus.br>.

Marçal Justen Filho⁴⁷⁵ conceitua o Direito Administrativo como sendo o conjunto (e porque não dizer o sistema) “[...] das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e funcionamento das estruturas estatais [...]”.

Não tratamos aqui da organização e funcionamento das estruturas estatais, mas sim de uma forma mais atual de ler o Direito Administrativo, uma forma que privilegie o ser humano, a realização de seus direitos fundamentais em um Estado Constitucional Democrático de Direito e, especialmente, a confiança que o cidadão deposita no Estado.

Estado gerido por integrantes da sociedade (eleitos, concursados, contratados ou nomeados), um Estado sem vontade própria, senão a vontade da própria sociedade. Afinal, o ente estatal atua com amparo em um arcabouço jurídico-legal advindo de uma vontade social coletiva (a sociedade organizada), manifestada por meio dos seus procuradores legítimos, os parlamentares.

No início deste capítulo nos valem de variadas áreas do conhecimento humano (biologia, física e aviação militar) para apresentar as diversas acepções do termo vetor, integrante do título de nossa pesquisa. Gostaríamos agora de nos valer de um conceito muito utilizado no campo do conhecimento das ciências militares⁴⁷⁶ – o de estratégia militar - para estabelecer uma pequena analogia no que concerne ao Direito Administrativo como um verdadeiro Sistema de Normas.

Em termos de estratégia militar, o foco sempre esteve centrado em se descobrir o ponto de equilíbrio do adversário, um ponto que, se atingido, poderia representar a vitória da parte contrária. Tal ponto seria o “centro de gravidade”, conceito migrado da física e que representa o ponto de equilíbrio dos corpos sólidos.

John Warden, estrategista americano do poder aéreo, na busca de estabelecer uma teoria para definição do centro de gravidade do poder inimigo, introduziu o conceito de inimigo como um Sistema. Tal Sistema seria representado por um Círculo de Cinco Anéis (Teoria dos Anéis de Warden). Sendo círculos concêntricos, cada anel representaria um aspecto do inimigo. De fora para dentro os cinco aspectos seriam: forças em campo, população, infraestrutura, processos e

⁴⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63.

⁴⁷⁶ As ciências militares foram incluídas no rol das ciências estudadas no Brasil por meio do Parecer **CNE/CES** 1.295/2001, aprovado em 06 Nov. 2001, pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (Ministério da Educação). Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2001/pces1295_01.pdf>. Acesso em: 24 Abr. 2012.

líderes. O aspecto liderança, por ser o círculo menor, representaria um centro de gravidade por excelência: sem liderança, o Sistema se desequilibraria e a vitória seria alcançada.⁴⁷⁷

Tomando por empréstimo a ideia de Warden no que toca ao modelo de círculos concêntricos, podemos fazer uma adaptação para o Sistema de Normas do Direito Administrativo. No nosso caso trabalharemos apenas com três círculos concêntricos (Figura 1). De fora para dentro: Regras, Princípios e Postulados. Assim seria a representação gráfica:

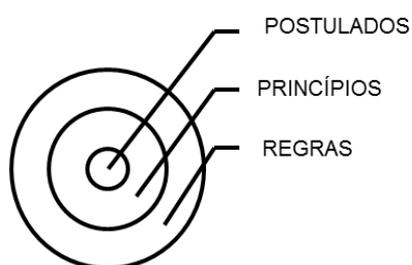


Figura 1 - Proposta de representação pictorial do Sistema de Normas Administrativas

O círculo central seria o centro de gravidade do Sistema de Normas Administrativas, ou seja, aquele ponto que, se atacado, traria como consequência o desequilíbrio do Sistema. Tal centro de gravidade incluiria os postulados normativos aos quais já nos referimos no capítulo específico deste trabalho, oportunidade em que nos filiamos às ideias propostas por Humberto Ávila.

Já defendemos a classificação da moralidade e da eficiência administrativas como postulados normativos, pelas razões que já expusemos. Neste capítulo procuramos demonstrar que a boa-fé objetiva pode ser classificada também como verdadeiro postulado normativo, uma vez que não há que se falar em uma atuação estatal em desconformidade com tal preceito.

Estaria então, na representação pictorial que ora propomos, a boa-fé no centro do Sistema juntamente com a moralidade e a eficiência, na condição de normas centrais ou valores superiores no que toca à atividade administrativa. Poderíamos então dizer ser a boa-fé objetiva um dos centros de gravidade do Sistema de Normas Administrativas.

⁴⁷⁷ WARDEN, John A. A Estratégia e o Poder Aéreo. *Air & Space Power Journal*. Disponível em: <http://www.airpower.au.af.mil/apjinternational/apj-p/2012/2012-1/2012_1_01_warden_p.pdf>. Acesso em: 23 Abr. 2012.

No círculo mediano estariam os princípios de Direito Administrativo, tanto os constitucionais, quanto os infraconstitucionais. Assim como no esquema proposto por Warden em sede de estratégia militar, o ataque a elementos do círculo mediano ainda não causaria um desequilíbrio capaz de destruir o Sistema.

Transportando tal raciocínio para o Sistema de Direito Administrativo, poderíamos dizer que uma afronta a princípios não teria o condão de causar um desequilíbrio fatal. Afinal, como vimos, um conflito entre princípios ou entre princípios e regras seria solucionado por um sopesamento cuja direção seria estabelecida pelos postulados, o centro de gravidade do Sistema.

Um exemplo seria a mitigação da legalidade estrita com fulcro na economicidade (como no caso do imóvel residencial distribuído ao militar sem amparo expresso na lei ou regulamento). Uma verdadeira pintura em uma tela representada pela boa-fé objetiva, considerando o dever de lealdade do ente estatal para com a sociedade, que teria ditado as normas (Constituição e leis) norteadoras de suas atividades.

O círculo mais externo seria a representação das regras, ou seja, as normas escritas. Conforme já demonstrado, as regras, considerando o conceito de juridicidade que deve preponderar em um Estado Constitucional Democrático de Direito, teriam um efeito muito menor sobre o Sistema do que os princípios e postulados. Afinal, na ausência de regras, o Sistema funcionaria suprido pelos princípios e norteado pelos postulados.

No círculo externo estaria, assim, situada a legalidade estrita ou “estática”, tema central de nossa pesquisa no que toca à possibilidade de mitigação por princípios ou pelo postulado da boa-fé objetiva. A mitigação da legalidade estrita equivaleria ao desaparecimento ou alteração do círculo externo, o que não ocasionaria dano ao centro de gravidade do Sistema.

Por fim, no que toca ao tema mitigação da legalidade estrita, cabe um alerta: não é um assunto que deva ser considerado de forma abstrata. Ao contrário, a primeira e mais importante condição para a aplicação pelo administrador público das ideias aqui tratadas é a sua análise em cada caso concreto, quando sopesados todos os fatores envolvidos na situação concreta.

6 SÍNTESE CONCLUSIVA

6.1 PRINCIPAIS EXCERTOS E IDEIAS

Ao final da presente pesquisa, alguns aspectos de maior relevância merecem ser destacados. Assim, passamos doravante a destacar os principais pontos do trabalho, na forma de excertos, bem como expor de forma sintética as ideias basilares do estudo.

1. O agir humano encontra-se guiado por valores que influenciam o comportamento das pessoas: os princípios. Em sede de Direito, os princípios funcionam como ponto de partida e ponto de chegada. Ponto de partida no que toca ao legislador ao criar a lei, ponto de chegada no que concerne à atividade de interpretação das normas jurídicas. Os princípios conferem dinamicidade ao Direito, oxigenando-o. Os princípios são formas de manifestação de valores no seio de determinada sociedade, servindo como normas de adaptação do Direito à vida social, em face de sua evolução no tempo e no espaço.

2. O pós-positivismo trouxe a ideia de norma como gênero e de princípios e regras como espécies normativas. Para Ronald Dworkin as regras são aplicadas na modalidade do tudo ou nada, o mesmo não acontecendo com os princípios, os quais se caracterizam por uma dimensão de importância, a ser analisada em cada caso concreto. Segundo Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização que, no caso concreto, podem prevalecer em termos de grau de importância de uns sobre os outros, enquanto as regras estabelecem o que deve e não deve ser e têm prevalência absoluta uma sob as outras, no caso de conflito.

3. Humberto Ávila estabelece uma classificação das espécies normativas a nível de graus e introduz o conceito de postulados normativos aplicativos. Para Ávila, as normas se dividem em de primeiro e de segundo graus. As de primeiro grau são as regras e os princípios; já as de segundo, os postulados normativos. Para Ávila, os chamados postulados podem ser entendidos como condições essenciais para a interpretação de um objeto cultural.

4. Considerando o Direito como um objeto cultural, existem postulados destinados unicamente à compreensão em geral de tal objeto, os chamados postulados hermenêuticos, além de outros com finalidade precípua de estruturar a

aplicação concreta do Direito, no caso, os denominados postulados aplicativos. Os postulados normativos aplicativos foram definidos por Humberto Ávila como metanormas, por se situarem acima das normas, daí sua classificação como normas de segundo grau, que se destinam a estruturar a aplicação de outras normas

5. Na aplicação do direito, importante papel cabe à interpretação e à hermenêutica, termos que não se confundem, mas que se complementam. A hermenêutica deve ser entendida como a ciência que fornece os princípios e as ferramentas ao intérprete em sua atividade de compreensão das normas jurídicas. Podemos considerar a existência de duas principais espécies de hermenêutica: a tradicional e a filosófica.

6. Nascida da interpretação literal de textos escritos, mormente os sagrados, a hermenêutica tradicional esteve inicialmente ligada à religião e à exegese para se chegar ao entendimento da palavra de Deus. Contudo, aquele que interpreta precisa estar inserido no contexto, ou seja, não pode ser apenas um espectador, dar as costas aos fatos. Assim, a hermenêutica filosófica veio para romper com a visão matemática e cartesiana da hermenêutica tradicional, tendo como grande expoente Hans George Gadamer.

7. A linguagem e o diálogo constituem o cerne da hermenêutica filosófica gadameriana. Para interpretar é imprescindível ouvir o outro. A partir daí, ouvindo o outro, as pré-compreensões do intérprete poderão ser mantidas, ou não. A hermenêutica filosófica, assim, fornece ao intérprete todo o aparato necessário para uma leitura jurídica menos formal e mais consentânea com o Direito, entendido como um Sistema não só de regras, mas também de princípios, costumes e jurisprudência.

8. Principiologia e hermenêutica foram aspectos abordados para fins de aplicação em um ramo específico: o Direito Administrativo. O surgimento do Direito Administrativo se liga ao movimento revolucionário do final do século XVIII na Europa, e à atuação do Conselho de Estado Francês, órgão que, exercendo a jurisdição administrativa, acabava por ditar as normas e os princípios regentes da atividade administrativa estatal, sem subordinação ao Poder Legislativo.

9. Um sentido mais clássico da legalidade, como a vinculação à vontade geral de um povo, expressa por meio da lei editada por um órgão legislativo, titular de uma procuração popular em face da representatividade democrática, tem uma estreita relação o constitucionalismo, com raízes bem anteriores às do movimento revolucionário francês do final do século XVIII. Com origens na Magna Carta Inglesa

de 1215, passando pelas Constituições Norte-Americana de 1787 e Francesa de 1789, o constitucionalismo moderno conferiu às constituições o papel de limitadoras da atividade estatal, dentre outros. Na fase atual do neoconstitucionalismo, a lei cede lugar ao princípio da constitucionalidade, haja vista os princípios presentes e norteadores do ordenamento jurídico. Inaugurava-se a fase de enorme influência dos princípios no sistema jurídico, como vetores de forte carga axiológica.

10. Em termos de Direito Administrativo, a Constituição Brasileira elenca, de forma expressa, os princípios basilares da Administração Pública em seu art. 37, caput: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Acerca de tais princípios, importante questão se levanta no que concerne à possibilidade ou não de mitigação dos mesmos.

11. Quanto à impessoalidade e à publicidade, tal mitigação se faz possível por autorização legal, conforme, respectivamente, o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93 e art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição. Quanto à legalidade, a mitigação é possível em face do conceito de juridicidade, que envolve a ideia de uma leitura dos dispositivos legais à luz dos princípios e valores constitucionais. No que toca à moralidade e eficiência em sede de Administração Pública, não existe, segundo nosso entendimento, a possibilidade de uma atuação imoral ou ineficiente por parte do agente público. Assim, eficiência e moralidade, como valores não mitigáveis, poderiam ser classificados em uma outra categoria normativa: a de postulados normativos aplicativos.

12. Os postulados normativos aplicativos, como normas de segundo grau, são colocados em um patamar superior ao das regras e princípios, passando a nortear sua aplicação e sem possibilidade de conflito com as normas de primeiro grau. Dessa forma, no caso dos valores eficiência e moralidade, além de não vislumbrarmos ser possível a sua conflituosidade com princípios e regras na seara administrativa, representam verdadeiras diretrizes na atuação e aplicação das normas administrativas pelos agentes públicos. Daí, ao nosso sentir e com base na doutrina de Humberto Ávila, ser possível sua classificação como verdadeiros postulados normativos aplicativos.

13. Particular atenção concedemos ao princípio da legalidade e à queda do mito liberal da lei como a principal fonte do Direito em face da grande evolução do valor e significado da Constituição e a mudança radical no modelo de Estado, de um Estado mínimo para um Estado preocupado com o bem estar de todos. Ganha corpo a

ideia de juridicidade.

14. Em sede de Direito Administrativo, o princípio da juridicidade administrativa pode ser entendido como a vinculação da Administração não somente à lei estrita, mas a um bloco de legalidade, ou seja, o ordenamento jurídico como um todo sistêmico. Considerando o conceito de juridicidade, a legalidade administrativa estrita pode e convém ser aplicada pelo administrador público de forma alargada, com a incidência direta de princípios constitucionais expressos ou implícitos, tudo com o objetivo de se alcançar uma atuação administrativa que busca a eficiência como uma das principais metas do Estado.

15. Para o alcance da eficiência, sob o enfoque constitucional e democrático, em algumas situações do cotidiano da administração pública a legalidade estrita pode e deve ser mitigada em face do conceito de juridicidade. Princípios e valores constitucionais e infraconstitucionais devem ser sopesados e contrapostos à letra fria da lei ou dos regulamentos. O respeito à dignidade da pessoa humana pela Administração Pública é uma das formas de se alcançar uma gestão eficiente. Neste ponto, um dos vetores de mitigação da legalidade estrita em prol da eficiência administrativa é o princípio da boa-fé objetiva.

16. Destacamos a distinção entre os aspectos subjetivo e objetivo da boa-fé. A boa-fé objetiva, como padrão de conduta leal e honesta, de âmbito externo, e a boa-fé subjetiva, como um estado psicológico, uma crença na titularidade de um direito, na verdade, aparente.

17. Em termos de fundamentos no ordenamento pátrio, os da boa-fé objetiva podem ser encontrados tanto em âmbito constitucional, quanto legal. Constitucionalmente, a dignidade da pessoa humana tem estreita relação com a boa-fé objetiva, notadamente em face da função humanizadora desta última no que toca às relações negociais. Ainda em sede constitucional, o princípio do solidarismo também reflete a boa-fé objetiva. A legislação infraconstitucional tem no Código Civil de 2002 o grande diploma que, espelhado nos ditames da Constituição, trouxe em seu bojo o princípio da boa-fé, inicialmente, em seu art. 113, mais adiante, no art. 422. Em termos de funções, a boa-fé objetiva acaba por desempenhar basicamente três: a interpretativa, a integrativa e a limitativa.

18. A função interpretativa diz respeito ao próprio mandamento legal, conforme o art. 422, do Código Civil de 2002, de que as pessoas, ao firmarem acordos de vontade, deverão se pautar conforme o princípio da boa-fé. Tal função deriva,

ainda, de forma mais direta, do art. 113 do mesmo Código, ao prever que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

19. No que diz respeito à função integrativa da boa-fé objetiva, há que se considerar que, antes, durante e depois da execução de um contrato, devem ser observados alguns deveres de conduta entre os contraentes. Tais deveres anexos ou instrumentais passam a integrar o acordo de vontades, ainda que não previstos expressamente no instrumento de avença. São deveres de lealdade, informação, cooperação e proteção.

20. A função limitativa se refere ao estabelecimento de limites no que tange ao comportamento das pessoas com o objetivo de afastar o abuso do direito, tratado pelo Código Civil Brasileiro, em seu art. 187, como ato ilícito. O abuso do direito pode ser entendido como o uso indevido da autonomia da vontade, sem qualquer limite, praticando ou deixando de praticar atos, de certa forma acobertados por uma cortina de legalidade formal, mas ofendendo o patrimônio jurídico de outrem. Para limitar o abuso do direito o princípio da boa-fé objetiva, como standard de conduta, possui alguns institutos ou figuras parcelares: a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

21. A proibição do *venire contra factum proprium* é a vedação do comportamento contraditório. A *supressio* pode ser entendida como um instituto que tem por objetivo vedar o exercício de um direito que não foi implementado pela parte a quem cabia exercê-lo, gerando na parte contrária a expectativa (em face da confiança legítima) de que não seria mais exercido. No que diz respeito à *surrectio*, podemos dizer que se trata de um outro efeito da *supressio* em determinada relação jurídica, significando a perda de uma vantagem (*supressio*) por alguém que deixa de exercer seu direito e a aquisição de um direito (*surrectio*) pela outra parte beneficiada pela omissão do primeiro. A expressão *tu quoque* significa “até tu”, “também tu” e se verifica na hipótese de alguém adotar um comportamento violador de uma norma jurídica e posteriormente tentar tirar vantagem ou proveito da situação com o objetivo de se beneficiar.

22. Ao agir em desacordo com a boa-fé objetiva, ou seja, sem obediência a um padrão de comportamento leal, coerente e honesto, uma das partes em uma relação jurídica fere as legítimas expectativas do outro pólo da relação, dito de outra forma, há uma quebra da confiança. O princípio da proteção à confiança está

intimamente relacionado com um dos princípios basilares em um Estado Constitucional Democrático de Direito: o princípio da segurança jurídica. Podemos dizer que boa-fé e confiança praticamente se confundem, uma vez que a atuação conforme a boa-fé objetiva implica na vedação a comportamentos contraditórios e incoerentes, ou seja, se ampara na confiança recíproca entre aqueles que se relacionam, num atuar com lealdade e honestidade, sem ferir as legítimas expectativas da outra parte.

23. A manifestação da Teoria da Confiança e da boa-fé objetiva na seara do Direito Administrativo Brasileiro pode ser demonstrada à luz da Lei 9.784/99, conhecida como Lei do Processo Administrativo, no âmbito federal, que traz em seu art. 2º, parágrafo único, inciso IV que, nos processos administrativos, serão observados critérios de atuação conforme padrões de ética, decoro e boa-fé.

24. A incidência da boa-fé objetiva nas relações jurídico-administrativas acaba por desencadear uma reação no fechado conceito de legalidade “oitocentista”, alargando-o, para que passe a abrigar situações que, sob um enfoque estritamente cerrado (letra da lei), não teriam amparo jurídico. Quando falamos em incidência, o termo vetor nos veio à mente em razão da ideia de direção que a palavra nos transmite, uma direção para a mitigação da legalidade estrita, um rumo para o alcance da eficiência administrativa.

25. O vetor boa-fé objetiva nos conduz a novos dias, novos tempos, ao alcance de uma Administração Pública que respeite o atual Estado Constitucional Democrático de Direito e que não incorra no erro de confundir os conceitos de eficiência e eficácia.

26. Eficácia é um conceito relacionado com o alcance de resultados e a eficiência está relacionada com os métodos utilizados no processo de busca por tais resultados. Em termos de Administração Pública, o que deve importar ao Estado é o desenvolvimento social e o bem estar das pessoas. O Estado deve proporcionar condições sociais para que o ser humano se desenvolva plenamente como pessoas, cidadãos, que vivam em harmonia, sem preconceitos, discriminações, enfim, que cheguem cada vez mais perto da felicidade possível a cada um.

27. Um Estado apegado estritamente a um texto legal vigente, mas em descompasso com a Constituição e com a evolução do mundo globalizado, poderia ser considerado eficaz, mas talvez ineficiente no que concerne ao respeito ao nosso atual Estado Constitucional Democrático de Direito.

28. Nesse sentido de melhor alcance da eficiência pelo Estado-Administração, o conceito de juridicidade administrativa pode ser relacionado com a boa-fé objetiva enquanto vetor mitigador da legalidade estrita. A atuação da Administração em conformidade com a lealdade e em respeito à confiança legítima do administrado é uma das formas de concretização da juridicidade. A boa-fé objetiva, em face de suas funções e figuras parcelares, atua basicamente de duas formas ao mitigar a legalidade estrita: suprimindo lacunas e subsidiando a atividade excepcional *contra legem* do Estado-Administração.

29. A Administração Pública atua por intermédio de agentes estatais, pessoas físicas que funcionam como verdadeiros prepostos do Estado. O agente público fala e age em nome do Estado, o qual se responsabiliza pelos atos do agente em face da responsabilidade objetiva da Administração Pública. O agente público tem por obrigação a gestão de algo que não lhe pertence individualmente: a coisa pública. Tendo por motivação o interesse de toda uma sociedade, ou seja, o interesse público, o agente estatal, no desempenho de suas atividades, pode se deparar com uma relação jurídica que se biparte em mediata e imediata.

30. Podemos chamar de imediata tal relação quando se trata, por exemplo, de um requerimento de qualquer administrado, pois a Administração, apresentada pelo agente regularmente investido de suas funções, encontra-se em um dos polos da relação e o administrado do outro. Considerando a mesma relação, podemos chamar de mediata a que existe entre a mesma Administração (também apresentada pelo mesmo agente público) e toda a sociedade.

31. A relação mediata é anterior a qualquer outra relação imediata e se forma no momento em que a sociedade organizada cria o Estado, por meio de uma constituição. É como se a sociedade outorgasse poderes à Administração (presentada pelos agentes públicos) para que atuasse em dela (sociedade), obedecendo a normas ditadas por ela, em face do parlamento. No exercício de suas funções administrativas e de gestão da coisa pública, o agente estatal deve nortear suas ações e decisões com base na Constituição e na lei.

32. Toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública na gestão da coisa comum e no interesse da coletividade tem como valor fundamental a lealdade. A Administração Pública, subjetivamente constituída por um conjunto de agentes do Estado, em sua atuação se pauta por um dever de obediência e lealdade às normas estabelecidas pela sociedade. Referimo-nos a normas de forma *lata*, uma

vez que a Constituição e as leis, como expressão da vontade democrática da coletividade, além de regras expressas, contém princípios, também expressos e outros implícitos.

33. A mitigação da legalidade, notadamente a “legalidade negativa”, aquela que leva à paralisia da Administração por falta de previsão de determinada situação, pode e deve ser combatida tendo por base a aplicação da boa-fé objetiva com fulcro na sua função de vetor e diretriz de integração e otimização das relações jurídicas, notadamente em face do dever de lealdade. Assim, de forma vetorial, como caminho a seguir, a Administração deve se pautar pela boa-fé objetiva e oxigenar a lei e os regulamentos administrativos.

34. Diante de um quadro de vazio legal quanto às mais diversas situações que fazem parte da vida e da rotina da Administração, ganha corpo o importante papel da boa-fé objetiva como postulado a atuar como diretriz metódica nas ocasiões em que a legalidade estrita não se mostra suficiente para o deslinde de determinadas situações, extraordinárias, por assim dizer.

35. A ofensa ao postulado da boa-fé objetiva também pode se dar por parte do administrado em relação à Administração. Tratamos do instituto da preclusão lógica, como forma de manifestação da boa-fé objetiva em sede da figura parcelar do *venire contra factum proprium*. Outra figura parcelar também se subsumiria à situação: o *tu quoque*. Exemplo típico seria do candidato de concurso público ou do licitante que aceita as cláusulas editalícias, mesmo considerando-as ilegais, deixando de impugnar o edital no momento oportuno. Em etapa posterior, questiona a mesma cláusula, sob o argumento de sua ilegalidade.

36. Atividade *contra legem* da Administração, ou juridicidade *contra legem*, é um tema controvertido. Na seara das licitações e contratos administrativos, tal espécie de mitigação excepcional da legalidade estrita por vezes se faz necessária para que seja obedecido o postulado da eficiência administrativa. A inércia da Administração, por tempo razoável, pode conduzir a uma situação de *surrectio* que, se não reconhecida, poderia acarretar uma rescisão contratual desarrazoada e desproporcional e que ofenderia o valor eficiência administrativa.

37. Em algumas situações, a vinculação absoluta ao instrumento convocatório de um certame licitatório poderia gerar a exclusão de licitantes do processo por mero descumprimento de formalidades, o que diminuiria o universo de participantes, acarretando a afronta ao princípio da seleção da melhor proposta para a

Administração. Assim, restaria configurada a deslealdade da Administração para com a sociedade ocorrendo, de forma mediata, um ataque ao postulado da boa-fé objetiva.

38. A mitigação da legalidade estrita por meio do vetor/postulado boa-fé objetiva pode influenciar no grau de eficiência administrativa de várias maneiras: na aproximação da atuação administrativa da filosofia constitucional; na economia de recursos públicos; na economia de tempo (da Administração e do administrado); na melhor satisfação do cidadão (dignidade da pessoa humana) e no aumento do grau de confiança do cidadão no Estado-Administração.

39. Por fim, uma representação pictorial do Sistema de Normas do Direito Administrativo foi proposto com o empréstimo da Teoria dos Anéis, de criação do estrategista militar americano John Warden. O estrategista, com o objetivo de alcançar o “centro de gravidade” do poder inimigo, propôs um modelo de cinco anéis concêntricos. Sendo círculos concêntricos, cada anel representaria um aspecto do inimigo. De fora para dentro os cinco aspectos seriam: forças em campo, população, infraestrutura, processos e líderes. O aspecto liderança, por ser o círculo menor, representaria um centro de gravidade por excelência: sem liderança, o Sistema se desequilibraria e a vitória seria alcançada.

40. No caso do Sistema de Normas do Direito Administrativo, trabalhamos apenas com três círculos concêntricos. De fora para dentro: regras, princípios e postulados. O círculo central seria o centro de gravidade do Sistema de Normas Administrativas, ou seja, aquele ponto que, se atacado, traria como consequência o desequilíbrio do Sistema. Tal centro de gravidade incluiria os postulados normativos. No círculo mediano estariam os princípios preponderantes em sede de direito administrativo. O círculo mais externo seria a representação das regras, ou seja, as normas escritas. Assim, como centro de gravidade do Sistema, teríamos os postulados normativos: boa-fé objetiva, juntamente com a moralidade e a eficiência.

6.2 ÚLTIMAS REFLEXÕES

Um Direito Administrativo apto a subsidiar as atividades do Estado-Administração na necessária busca pela melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Assim se traduz nossa grande motivação ao iniciar a pesquisa que ora concluimos.

Na busca por melhores condições sociais, num Estado Constitucional Democrático de Direito, não há como tratar de forma marginal a dignidade da pessoa humana. Em termos de Direito Administrativo, a legalidade estrita, assim entendida como uma atuação do agente público rigorosamente dentro do que prevê uma regra escrita, pode conduzir a decisões desarrazoadas e desproporcionais.

À vista dessa “ameaça” representada por uma Administração Pública monofocal (foco exclusivo na legalidade estrita) é nosso dever, como protagonistas do Direito, promover a busca por uma Administração com visão atual, moderna e multifocal (foco na juridicidade).

Nessa empreitada, à boa-fé objetiva, como standard de conduta leal, coerente e, acima de tudo, como um verdadeiro postulado e “centro de gravidade” das relações jurídico-administrativas, cumpre papel capital na mitigação, ampliação e flexibilização da legalidade estrita.

Um Estado-Administração que, amparado pelo postulado da boa-fé objetiva, atua mesmo nas lacunas da lei e, em alguns casos excepcionais, contrariando a regra escrita, é um verdadeiro procurador com poderes outorgados por toda a sociedade. Uma sociedade que merece ser tratada de forma digna e destinatária primeira de um serviço público eficiente.

Alcançar a eficiência não é algo simples. Exige trabalho, planejamento, esforço, bom uso dos recursos públicos e, *prima facie*, envolve uma atuação administrativa que não se direcione somente ao alcance de resultados formais, advindos do simples cumprimento de regras escritas ou da inércia diante da ausência delas.

A eficiência administrativa só se alcança, em um Estado Constitucional Democrático de Direito, com uma interpretação adequada das normas em um mundo globalizado.

Eficiente é uma Administração Pública capaz de rever e quebrar paradigmas centenários, como o da legalidade estrita, por meio de uma atuação conforme a boa-fé objetiva.

Eficiente é uma Administração Pública que não deixa de atuar, mesmo no silêncio da lei, que se ampara na boa-fé objetiva como postulado, tal qual o da dignidade da pessoa humana, o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

Enfim, eficiência é o que todos esperamos na prestação dos serviços públicos. Nessa busca, um dos caminhos procuramos demonstrar: a mitigação da

legalidade estrita pelos vetores boa-fé objetiva e confiança. Que o presente trabalho possa ser um pequeno “tijolo” nesse edifício do “Novo Direito Administrativo Brasileiro”.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-Fé na Relação de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun. 1995, p. 20-27.

_____. Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n.28, p.5-14, jan./mar. 2005.

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

ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, 30 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11783>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.

_____. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALBINO, Juliana Lamego. **O princípio do não-confisco no direito tributário brasileiro**. 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2007. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/Mestrado/dissertacoes/2012/julianalamegobalbinooprincipiodonaconfisconodireitotributariobrasileiro.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/89/as-modernas-formas-de-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BÍBLIA. Português. **Novo testamento**: salmos e provérbios. Tradução de João Ferreira de Almeida. Campinas: Os Gideões Internacionais no Brasil, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar/abr/maio de 2008. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 18 set. 2012.

_____. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7 ed. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 Mar. 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. BRASIL. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º jun. 2005.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>.

Acesso em: 11 out. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

Acesso em: 03 out. 2012.

BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 8 out. 2012.

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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jun. 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

BRASIL. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

CANEIRO NETO, Durval. Um novo direito para uma sociedade complexa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, set/out/nov de 2009. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-DURVAL%20CARNEIRO.pdf>>. Acesso em: 25 Dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**: o que são, para que servem, como se aplicam. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

COSSIO, Carlos. **La plenitud del ordenamiento jurídico**. Buenos Aires: Editorial Los Andes, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set, 2004, p. 7-58.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009a.

_____. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2011.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil – teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FILGUEIRAS, Fernando. **Transparência, publicidade e accountability**. Belo Horizonte: Centro de Referência do Interesse Público, 2011. Disponível em:

<http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia_publicidade_e_accountability.pdf>. Acesso em: 11 out. 2012.

FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. **Legalidade, eficiência e controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FONSECA, Branquinho da. **Porta de Minerva**. 3. ed. Lisboa: Portugalia, 1968.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

FORTINI, Cristiana. O Princípio da Legalidade e o Emprego da Franquia pela Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CRISTIANA%20FORTINI.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** : direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

GÓMEZ, Juan Ricardo Jiménez. El principio de la buena fe em la teoria general del contrato. In: MEMORIA DEL II COLOQUIO NACIONAL DEL DERECHO CIVIL, 20, 1985, México. **Um siglo de derecho civil mexicano**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Juridicas de La Universidad Nacional Autónoma de México, 1985. p. 194. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/371/17.pdf>>. Acesso em: 01 Jan. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4194>>. Acesso em: 1 jan. 2012.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias e Letras, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LACERDA, Bruno Amaro. **Raciocínio jurídico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos Valores Jurídicos**: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARQUES, Gil da Costa. **Mecânica (universitário)**. Disponível em <http://efisica.if.usp.br/mecanica/universitario/vetores/intro/>. Acesso em : 31 mar. 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002. n. 21.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa, publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MATEO JÚNIOR, Ramon. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2786>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. O processo de licitação, a Lei 9.784/99 e o princípio da legalidade. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/174.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, David Pereira et al. **Parasitologia humana**. 10. ed. São Paulo: Atheneu, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. Tradução de Joaquim José de Faria. 5 ed. São Paulo: Centauro, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NUNES, Silvério Carvalho. **Legalidade justa e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Decálogo, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Porto: Almedina, 2003.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PEDRON, Flávio Quinaud. A ponderação de princípios pelo STF: balanço crítico. **Revista CEJ**, Brasília, nº 40, 2008. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/957/1130>>. Acesso em: 26 out. 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O direito administrativo brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da common law. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez- 2006/jan-2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/o-direito-administrativo-brasileiro-sob-influencia-dos-sistemas-de-base-romanistica-e-da-common-law>>. Acesso em: 05 out. 2012.

REALE, Miguel. **A Boa-Fé no Código Civil**. Disponível: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 30 Dez. 2011.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, mar/abr/mai de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 12 Jan. 2012

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. Tradução de Celso Reni Braida. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A contribuição epistemológica do pós-positivismo jurídico**. Disponível em: <<http://www.revistametodologiaufba.xpg.com.br/arquivos/artigo017.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2012

_____. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios** – da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, jul/ago/set de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-ITA%20TOURINHO.PDF>>. Acesso em: 10 Jan. 2012.

TRISTÃO, Gilberto. Transparência na administração pública. In: **VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, 2002, Lisboa, Portugal. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0043714.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

VILLARREAL, Martha Lucia Neme. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. **Revista de Derecho Privado Externado**, Bogotá, nº17, 2009. Disponível em: <<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/viewFile/410/390>>. Acesso em: 31 Dez. 2011.

WARDEN, John A. A Estratégia e o Poder Aéreo. **Air & Space Power Journal**. Disponível em: <http://www.airpower.au.af.mil/apjinternational/apj-p/2012/2012-1/2012_1_01_warde n_p.pdf>. Acesso em: 23 Abr. 2012.