

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A RELAÇÃO ADMINISTRATIVA FUNCIONAL: A CONCESSÃO DE VANTAGENS INDEVIDAS E O PODER-DEVER DE INVALIDAÇÃO DO ATO CONCESSÓRIO E OU DE SEUS EFEITOS.

Elder Boschi da Cruz¹

RESUMO

O presente trabalho visa abordar alguns aspectos relacionados a incidência do princípio da boa-fé nas relações jurídicas entre a Administração Pública e Administrados de forma geral e, particularmente, entre a Administração Pública e seus servidores, envolvendo a concessão de vantagens indevidas e a possibilidade de invalidação do ato administrativo concessório e seus efeitos.

ABSTRACT

THE CURRENT PAPER ATTEMPTS TO EXAMINE SOME ASPECTS RELATED TO INCIDENTS OF GOOD FAITH IN LEGAL RELATIONS BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THOSE BEING ADMINISTRATED, MAINLY, BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS CIVIL SERVANTS, INVOLVING THE GRANT OF UNDUE BENEFITS AND THE POSSIBILITY OF NULLIFYING THE ADMINISTRATIVE DECISION GRANT AND ITS EFFECTS.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé, seja visualizado em seu aspecto subjetivo, seja em seu aspecto objetivo, seja concebido como um estado ético ou como um estado psicológico, na terminologia de Vicente Ráo², tem uma aplicação quase natural na relação jurídica de natureza privada, entre pessoas físicas, eis que inerente à própria idéia de ser humano, sendo que grande parte da construção doutrinária e jurisprudencial do tema desenvolveu-se nesta área.

Assim, o princípio da boa-fé, através dos tempos, evoluiu e consolidou-se como importante instrumento do Direito para a realização da Justiça, temperando o rigor da dogmática clássica em prol de princípios como o da segurança jurídica. Ocorre que a aplicação do referido princípio da boa-fé não prescinde de harmonização com outros princípios e, mesmo, alguma prudência, notadamente quando a relação jurídica base tem a Administração Pública em um de seus pólos.

¹ Procurador do Estado do RS

² RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 94/195

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 89-112, jul./dez. 2005

Através do desenvolvimento do tema proposto, qual seja, o princípio da boa-fé no âmbito de uma relação jurídico-administrativa e, mais especificamente, numa relação jurídico-administrativa interna, envolvendo administração pública e servidor público, pretendemos explorar algumas possibilidades jurídicas de análise da questão, procurando identificar alguns parâmetros para a aplicação do referido princípio, não enquanto seus limitadores, mas enquanto norteadores desta aplicação.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

Para Cretella Júnior “administração é atividade que o Estado desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos.”³

Por sua vez, Di Pietro⁴, sem excluir outras classificações, apresenta os dois sentidos em que a expressão Administração Pública é comumente utilizada, quais sejam, o sentido subjetivo, formal ou orgânico e o sentido objetivo, material ou funcional. No primeiro sentido, a expressão Administração Pública refere-se aos “entes que exercem a atividade administrativa”, enquanto no segundo, designa “a natureza da atividade exercida pelos referidos entes.” Neste sentido, segundo a Autora, a administração pública confunde-se com a própria função administrativa, função esta que incumbe predominantemente ao Poder Executivo, sem exclusão dos demais Poderes, por óbvio. Na verdade esta classificação proposta por Di Pietro vamos encontrar também em Hely Lopes Meirelles⁵, sendo que o consagrado Administrativista ainda faz didática comparação entre Governo e Administração, tecendo um rol de características e diferenças entre um e outro, afirmando que “Governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica.”⁶

Qualquer dos conceitos ou definições transcritos é suficiente para o fim de demonstrar que a expressão Administração Pública, seja sujeito, seja objeto, é indissociável da figura do Estado, sendo que sua utilização num ou noutro sentido dependerá do contexto em que se der esta utilização.

A Administração Pública é norteada por uma série de princípios que encontram sede não só no texto constitucional como também em sede doutrinária, princípios estes que com o passar do tempo ajudam na construção de um conceito de Administração Pública ou dos conceitos pertinentes às relações jurídicas em que está presente a Administração Pública, sejam relação jurídicas internas ou externas a ela.

Partindo de matriz constitucional, temos que os princípios norteadores da Administração Pública estão alinhados no artigo 37, caput, da Constituição Federal, que prescreve que “a administração pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

O elenco de princípios arrolados não é exaustivo, eis que são muitos os princípios inculpidos na Constituição que norteiam a atividade administrativa, além daqueles

³ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1971, pág. 24.

⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, pág. 49.

⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, págs. 55-6

⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 56

presentes no *caput* do art. 37, e que estão inseridos em vários dispositivos que tratam da Administração Pública (Título III, Capítulo VII), como por exemplo, o princípio do concurso público (que explicita uma das facetas dos princípios da impessoalidade e da moralidade), ou que tratam da Organização Político-Administrativa (Título III, Capítulo I), como, por exemplo, o princípio da autonomia entre os Entes Federados.

Nesta esteira, em sede doutrinária, igualmente, não há um rol taxativo de princípios atinentes à atividade administrativa, sendo que elencamos aqueles que entendemos serem pertinentes ao tema objeto do presente trabalho, iniciando-se pelo princípio da legalidade.

Interessante exposição a respeito do princípio da legalidade é feita por Odete Medauar⁷, que apresenta a legalidade e historicamente como um anteparo “às práticas do período absolutista”, implicando, tal princípio, uma supremacia do poder legislativo em relação ao poder executivo. Explica a Autora, que desta concepção de legalidade advieram aspectos negativos como denominado *legalismo* ou *legalidade formal* pelos quais a valoração das leis quanto à justiça a elas inerentes advinha do fato de serem leis, ou seja, da sua forma, independente de conteúdo. Outros fatores negativos arrola a insigne Administrativista, como o excesso de diplomas infra-legais, o controle do executivo sobre o legislativo, num segundo momento, influenciando sobre a produção legislativa. De tal forma evoluiu-se para buscar-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento, e não somente na lei. Aduz Odete Medauar, em relação ao princípio constitucional da legalidade (*caput* do art. 37), que “a compreensão deste princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo legislativo, e também dos princípios decorrentes de um Estado Democrático de Direitos, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput* da Constituição; (...)”⁸

Segundo Odete Medauar, o princípio da legalidade pode ser sintetizado assim: “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”. Desta fórmula derivam quatro significados: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.⁹

É clássica a doutrina segundo a qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”¹⁰

Não menos importante é o princípio da supremacia do interesse público, já suscitado nas teses de Rousseau, ao elaborar a idéia da *vontade geral*.¹¹ Juntamente com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é colocado em posição de destaque por Celso

⁷ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, pp. 148/151.

⁸ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 150-1

⁹ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 150

¹⁰ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 78

¹¹ ARAÚJO CINTRA, ANTONIO CARLOS DE. Motivo e Motivação do Ato Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 8-11

Antônio Bandeira de Mello¹², entendendo que “todo o sistema de Direito Administrativo, se constrói sobre os mencionados princípios”. Para o Autor, tal princípio é uma garantia de sobrevivência e asseguramento do próprio particular e dele derivam uma série de outros princípios e institutos do Direito Administrativo e da própria atividade administrativa, como, por exemplo, *a executoriedade muitas vezes até com recurso à compulsão material sobre a pessoa ou coisa e a possibilidade de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade deles, quando viciados*, que configuram a chamada autotutela.

Também reconhecendo o princípio da preponderância do interesse público, Odete Medauar doutrina que referido princípio vem sendo matizado de modo a exigir da Administração uma ponderação dos interesses em questão, a fim de evitar-se o sacrifício de qualquer dos interesses, aprioristicamente.¹³ Nesta esteira, segundo a Autora, desponta *o princípio da proporcionalidade* que também consubstancia o princípio em questão, *pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado*.

Encontramos ainda o princípio da supremacia ou da preponderância do interesse público sob a denominação de princípio da finalidade pública, dele derivando vários poderes ao Administrador que deverá usá-los sem prejudicar ou beneficiar alguém, em desvio do interesse público, *sem visar vantagens pessoais para si ou para terceiros*, sem que prevaleça o interesse particular sobre o interesse público, sob pena de nulificação do ato pela presença do *desvio de poder ou desvio de finalidade*.¹⁴

Por fim, temos o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, sendo que para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos aos setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.”¹⁵

“Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.”¹⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da legalidade seria uma conseqüência do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, de igual modo, o princípio do controle administrativo ou tutela e da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, entre outros.¹⁷

¹² MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 5.

¹³ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

¹⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 62.

¹⁵ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 11.

¹⁶ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 11.

¹⁷ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, pp. 12-13.

Nesta esteira “o *princípio do controle administrativo ou tutela*, vincula-se também ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Efetivamente, o Estado, através da chamada função administrativa, procede à persecução de interesses que consagrou como pertinentes a si próprio. A implementação deles é feita pelo próprio Estado, mediante os órgãos da Administração.¹⁸ [...]”

Em virtude do princípio da autotutela administrativa, Odete Medauar, doutrina que “a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si próprios; se concluir no sentido de inoportunidade e inconveniência, poderá revogá-los.”¹⁹

Os princípios elencados formam a tríade principiológica que norteia a atividade administrativa, deles derivando uma série de outros princípios. A compreensão do alcance dos referidos princípios em muito auxilia na análise dos atos administrativos e, particularmente, na análise da problemática em exame.

3 O ATO ADMINISTRATIVO: NOÇÕES GERAIS

O art. 81, do revogado Código Civil, reportando-se à Savigny, já prescrevia que *todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*. O mesmo Código Civil, em seu art. 82, expressava que *a validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)*.

Com o novo Código Civil a definição de ato jurídico desaparece, cedendo espaço à dogmática do negócio jurídico, sendo o artigo 104 quase uma réplica do art. 82 do revogado Código.

Para Vicente Ráo, “consiste, pois, o ato jurídico na declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à consecução dos resultados práticos, individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que o ordenamento lhe confere”.²⁰

O ato jurídico, segundo dominante doutrina, é uma das espécies de fato jurídico, distinguindo-se das demais pela relevância e influência decisiva do elemento vontade, isto é, *da vontade que visa a alcançar, direta e imediatamente, os efeitos práticos protegidos pela norma e recebe desta o poder de auto-regulamentar os interesses próprios do agente*.²¹

Numa sistematização do tema, expõe Marcos Bernardes de Mello, que “denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fáctico tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”²². Desta conceituação destacam-se os principiais elementos do ato jurídico, quais sejam, o ato humano de exteriorização da vontade, a

¹⁸ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 19.

¹⁹ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 159-160.

²⁰ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pg. 37.

²¹ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pg. 36.

²² MELLO, MARCOS BERNARDES DE. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, pg. 113.

conscientização quanto ao conteúdo finalístico desta exteriorização e o direcionamento deste ato para a obtenção de resultado juridicamente lícito e possível.

Esta é a noção do ato jurídico *lato sensu*, que englobaria também a categoria dos negócios jurídicos ou atos jurídicos *stricto sensu*, segundo doutrina mais tradicional.²³ Nestes, a declaração de vontade é dirigida no sentido da obtenção de um **resultado específico**, enquanto naquele o ato é pré-determinado pela ordem constituída e o resultado pode ser querido ou pode ser simples conseqüência jurídica *ex lege*.²⁴

A partir da presença dos 3 (três) elementos referidos anteriormente, *um ato humano de exteriorização da vontade, a conscientização quanto ao conteúdo finalístico desta exteriorização e o direcionamento deste ato para a obtenção de resultado juridicamente lícito e possível*, somado a incidência da norma jurídica juridicizante²⁵, visualizamos o ato jurídico no plano da existência, donde podem ser incluídos os atos (e fatos) jurídicos os mais diversos, lícitos e ilícitos. A existência do ato jurídico é premissa para a análise de sua validade e eficácia.

O entendimento de que o ato administrativo é espécie do ato jurídico é o ponto de partida para a sua definição. Tal não é pacífico em Doutrina, conforme já ensinava Vicente Ráo²⁶, mas, polêmicas doutrinárias à parte, Cretella Júnior encampando tal entendimento doutrina que *o ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa*.²⁷

De fato, a definição de Cretella se utiliza de parte da própria literalidade contida no texto legal, Código Civil de 1916, para definir o ato jurídico (art. 81) e contém o núcleo do ato jurídico, reconhecido doutrinariamente, qual seja, a manifestação de vontade, voltada a uma finalidade jurídica.

Após esclarecedoras preliminares, no sentido de informar que *não há definição legal de ato administrativo*²⁸, não sendo razoável supor que nenhum jurista possa *reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja a "a verdadeira", excludentes de quaisquer outras*, bem como de ressaltar que *não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos*, Celso Antônio Bandeira de Mello, propõe conceituar, num sentido amplo, ato administrativo como "declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".²⁹

²³ PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pg. 327

²⁴ PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pg. 327

²⁵ MELLO, MARCOS BERNARDES DE. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, pg. 75.

²⁶ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 77/80.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19.

²⁸ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 35.

²⁹ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 38.

Di Pietro, analisando as definições de Cretella Júnior e Bandeira de Mello, para ato administrativo, afirma que o primeiro acrescentou, aos elementos do art. 81 do CC, *o agente (que é sempre o poder público ou pessoa que o represente) e a matéria administrativa*³⁰, o que considera um conceito restrito, pois excluiria atos que *encerram opinião, juízo ou conhecimento*, eis que nestes não há **manifestação de vontade**, bem como excluiria alguns *atos normativos do Poder Executivo, como os regulamentos*, que não produzem **efeitos imediatos**, ambos elementos ou requisitos presentes na conceituação de Cretella Júnior.

No tocante a Bandeira de Mello, ao contrário, entende Di Pietro que o emérito administrativista elaborou um conceito amplo, optando a Autora por um *conceito um pouco menos amplo*, definindo o ato administrativo como *a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e controle pelo Poder Judiciário*.

No que tange à formação do ato administrativo, Cretella Júnior elenca 5 (cinco) elementos ou requisitos (para Cretella elementos e requisitos são expressões equivalentes) básicos que determinariam a própria existência do ato e que são *o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim*.³¹ Odete Medauar adota o termo elementos, reconhecendo a *discórdia* que reina na Doutrina Pátria, também em número de 5 (cinco), que são coincidentes com aqueles elencados por Cretella Júnior.³²

O objeto corresponde ao *efeito prático* pretendido pelo sujeito, *através de sua ação direta ou indireta: é a própria substância do ato, seu conteúdo*.³³ O motivo, por sua vez, é o substrato fático-jurídico necessário para a prática do ato administrativo, podendo ou não estar previsto em lei. *É o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo*. Como pressuposto de direitos *é o dispositivo legal em que se baseia o ato*; como pressuposto de fato *é o conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato*.³⁴ O fim ou finalidade *é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato*³⁵, no dizer de Hely Lopes Meirelles e Odete Medauar, o fim do ato administrativo deve revestir-se de interesse público.

4 O ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

O ato administrativo deve atender a todos os requisitos antes mencionados, de forma a lhe garantir a validade necessária para ingressar no mundo jurídico e gerar todos os efeitos desejados. Do contrário, o que temos é um ato viciado e que, a rigor, deve ser extirpado do mundo jurídico, mediante a declaração de sua invalidade, o que, não obstante, não implica no desaparecimento, de plano, de seus efeitos passados ou no impedimento da ocorrência dos futuros, conforme demonstraremos.

³⁰ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 161.

³¹ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 22.

³² MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, pp. 164-5.

³³ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 32.

³⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 175.

³⁵ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 173.

Não há uma convergência terminológica na doutrina, como soe acontecer, no que diz respeito aos modos de extinção do ato administrativo, ora utilizando-se a invalidação como gênero³⁶, também chamada de desfazimento, ora utilizando-se como espécie³⁷.

Preferimos a utilização do termo extinção ou desfazimento³⁸ como o gênero, do qual a anulação e a revogação, são duas espécies, dentre outras. Na revogação a Administração Pública atua mediante juízo de conveniência e oportunidade, desconstituindo um ato administrativo válido, sendo esta, aliás, a principal diferença entre o revogação e a anulação.

A anulação do ato administrativo é a sua *retirada do mundo jurídico*³⁹, sua desconstituição de direito, por razões de ilegalidade, ou seja, por *ser praticado em desconformidade com as prescrições jurídicas*.⁴⁰ A revogação ocorre quando o ato, a juízo da Administração Pública, é inoportuno ou inconveniente e, como tal, por não ser ilegal, os efeitos desta desconstituição operam *ex nunc*, ou seja, a partir do ato revogatório, ao contrário do que ocorre na anulação que produz efeitos *ex tunc*, desde a origem do ato.

A revogação do ato administrativo é de competência exclusiva do administrador, ao contrário da anulação, que pode ser declarada tanto pelo administrado como pelo Poder Judiciário. Em qualquer caso, seja anulando, seja revogando o ato administrativo, atua a Administração Pública com base em seu poder de autotutela, consagrado na Súmula 473, do STF.

Di Pietro doutrina o aproveitamento da teoria das nulidades do direito civil no direito administrativo, guardadas as peculiaridades do ato administrativo em relação ao ato jurídico envolvendo particulares, no que tange aos vícios, seja quanto aos interesses em jogo e seus titulares, seja quanto à possibilidade de convalidação do ato administrativo, seja, por fim, quanto às *modalidades peculiares que não existem no direito privado, como o excesso e o abuso de poder, a usurpação de função, o exercício de fato*.⁴¹ Para Bandeira de Mello, *a categorização dos vícios é que apresenta distinções mais acentuadas; já as conseqüências, inobstante alguma desigualdade, são muito próximas*.⁴²

Os defeitos, ou vícios, ou ilegalidades ensejadores da anulação do ato administrativo podem ser de ordem diversa, *podendo atingir os cinco elementos do ato, caracterizando-se os vícios quanto à competência e à capacidade (em relação ao sujeito), à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade*⁴³, ficando o ato jurídico regrado pelo Código Civil sujeito à nulidades absolutas ou relativas, incidentes sobre um dos seus três elementos, sujeito, objeto e forma. Oportuno esclarecer que Di Pietro

³⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 177.

³⁷ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 194.

³⁸ CRETTELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 262.

³⁹ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, p. 187.

⁴⁰ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 87.

⁴¹ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 197.

⁴² MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 92.

não aceita a distinção entre nulidades absolutas e relativas dos atos administrativos, no que se refere à possibilidade de decretação de ofício somente das primeiras, *isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa*.⁴⁴ Mas aceita a distinção no que se refere a possibilidade de convalidação de alguns atos administrativos (hipótese de nulidade relativa) e de outros não (hipótese de nulidade absoluta). Hely Lopes por sua vez, condena tal posição, pois o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio válido. Afirma o insigne administrativista que *o que pode haver é correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo, nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até a sua retificação*.⁴⁵

Odete Medauar faz interessante análise dos defeitos do ato administrativo que, por sua vez, correspondem a cada um dos cinco elementos básicos que constituem o ato administrativo, arrolando a incompetência, a ilegalidade do objeto, o defeito de forma, o defeito de motivo e o defeito do fim⁴⁶, e que constituem-se em ilegalidades e, como tal, enseja a anulação do ato administrativo.

A ilegalidade do objeto ocorre quando *o resultado pretendido pelo ato importa violação da Constituição, da lei ou de outro preceito*, sendo que a *Lei 4.717/65, no seu art. 2º, parágrafo único, alínea c, menciona a ilegalidade do objeto*.⁴⁷ Di Pietro, **elenca** outras hipóteses possíveis de vícios relativos ao objeto, o que ocorre, por exemplo, quando o objeto *for proibido pela Lei; for diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide; for impossível, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; for imoral ou for incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar*⁴⁸.

O vício quanto à forma verifica-se quando não há atendimento ao preceituado em lei no que tange às formalidades necessárias para a expedição do ato administrativo, como, por exemplo, seria o caso do ato administrativo que determinasse a abertura de concurso público, dispensando a publicação do respectivo edital.

Em relação ao motivo do ato administrativo, há vício nulificador quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, conforme preceitua a Lei nº 4.717/65. Di Pietro ainda acrescenta à hipótese de inexistência a falsidade do motivo. Os vícios quanto ao motivo do ato administrativo dão ensejo ao surgimento à teoria dos motivos determinantes que propõe a vinculação do ato ao motivo expresso pelo Administrador, mesmo os discricionários, ou seja, na medida em o Administrador decline motivo para exarar o ato administrativo, ainda que dispensado de tal, a validade do ato fica condicionada à existência do motivo declinado, em seus aspectos fácticos e legais, não sendo lícito sua alteração.

⁴³ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 197.

⁴⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 202

⁴⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 184.

⁴⁶ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 184-7.

⁴⁷ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 185.

⁴⁸ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 199.

O defeito em relação ao fim ou finalidade do ato administrativo encontra regramento igualmente na Lei nº 4.717/65, prescrevendo que “verifica-se quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”, dando ensejo ao chamado desvio de poder ou desvio de finalidade. Apontado como causa de nulidade dos atos administrativos, o desvio de poder ou de finalidade *é a violação ideológica da Lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei*⁴⁹, bem caracterizado no exemplo clássico do ato administrativo de remoção de servidor de um Órgão para outro, a fim de, em tese, suprimir deficiência de pessoal neste Órgão, mas que, na verdade, tem por fim escuso afastar servidor por motivo de incompatibilidade com o Administrador. O desvio de poder não se confunde com o excesso ou abuso de poder que ocorre quando *o agente exorbita de sua atribuições*, por exemplo, quando aplica pena ao servidor que não está no âmbito de sua atribuição ou quando *se excede no uso da força para praticar ato de sua competência*.⁵⁰ O excesso ou abuso de poder, assim, é um vício quanto ao sujeito do ato, enquanto o desvio de poder ou de finalidade é um vício que atinge a finalidade do ato administrativo.

5 O ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO E A DOCTRINA CLÁSSICA

Para a Doutrina clássica a nulidade do ato administrativo implicava não só desconstituição do ato em si, como desfazimento de seus efeitos pretéritos. Para Hely Lopes Meirelles “reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidade opera *ex tunc*, desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as à reposição das coisas *ao stato quo ante*, como consequência natural e lógica da decisão anulatória.”⁵¹

Para Marcelo Caetano “nenhuma relação jurídica se constitui, modifica ou extingue por virtude do ato nulo, pois, estando privado totalmente de eficácia, dele não resultam quaisquer poderes ou deveres, não devendo respeitar-se os efeitos que de fato haja produzido à data da declaração da nulidade”.⁵² Mas já advertia Caetano que “o legislador, mais do que a lógica dos princípios, tem de atender a razões de conveniência social, de segurança jurídica e até de economia, ao ferir de nulidade um ato jurídico: por vezes, razões de interesse público levá-lo-ão a cominar sanção enérgica para um ato não muito gravemente viciado, enquanto noutros casos poupará na medida do possível um ato substancialmente deficiente”⁵³

Da mesma forma, Themistocles Brandão Cavalcanti já anunciava que as consequências da nulidade do ato administrativo “serão as mesmas da nulidade dos atos administrativos em geral [...]”⁵⁴, mas já anunciando que “doutrina moderna caminha

⁴⁹ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 92.

⁵⁰ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 198.

⁵¹ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 183.

⁵² CAETANO, MARCELO. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.184.

⁵³ CAETANO, MARCELO. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.183.

⁵⁴ CAVALANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 283.

no sentido de só admitir a nulidade do ato e, por conseguinte, a sua inexistência, quando o vício que o atinge fôr de ordem que prejudique o ato em suas próprias condições de vida, em seus próprios elementos.”⁵⁵

Mas não há como deixar de reconhecer que de há muito a concepção clássica teve de ceder espaço a uma doutrina mais maleável em termos dogmáticos, dando realce a outras questões até então secundarizadas, como a questão da segurança jurídica e a questão da incidência da boa-fé na relação administrativa, questão esta que é objeto do nosso estudo.

6 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: NOÇÕES GERAIS

O princípio da boa-fé tem sido utilizado como fundamento para a manutenção de atos administrativos eivados de vícios, seja em sede doutrinária, seja em sede judicial e, igualmente, em sede administrativa. Preocupa-nos saber até que ponto a utilização do referido princípio pode ser considerada algo positivo, como forma de realização de efetiva justiça no caso concreto ou até que ponto essa utilização implica prejuízo à Administração Pública e, principalmente, desvirtuamento dos princípios que lhe norteiam e, neste caso, procurar apontar alguns parâmetros para sua prudente utilização.

Inicialmente impõe-se dizer que a idéia de boa-fé relacionada ao direito é antiga. Vicente Ráo⁵⁶ afirma que *vem de longe o debate relativo ao conceito da boa-fé nos atos jurídicos*, deduzindo de forma questionada alguns parâmetros para o estudo da boa fé: *é a boa fé um estado ético, ou um estado psicológico que roça ou se confunde com o erro? Existe, realmente, um contraste entre o conceito ético e o conceito psicológico da boa-fé?* Por certo que o questionamento de Vicente Ráo mostra-se ainda pertinente nos dias de hoje, mas a ele se somam outros, advindos da evolução doutrinária e, mesmo, legislativa apresentada pelo tema. Quanto a longevidade do debate não restam dúvidas. José Carlos Moreira Alves, ao tratar do tema propriedade no Direito Romano já elencava a boa-fé como um dos requisitos da *usucapio*, a chamada *bona fides* ou *fides*, *é ela um conceito ético acolhido, sem modificação, pelo direito; é a crença do possuidor, ao entrar na posse da coisa, de que não está ferindo direito alheio*.⁵⁷ Na mesma obra, ao tratar da *tutela dos direitos subjetivos (o processo formulário)*, Moreira Alves elenca as ações de boa-fé (iudicia bonae fidei), *aquelas que dão ao iudex poder para apreciar, mais livremente, os fatos, porquanto deverá julgar ex fide bona (de acordo com a boa-fé)*.⁵⁸

Modernamente, encontramos no próprio Direito internacional positivo a boa-fé como norteadora de relações entre as nações, conforme bem se depreende da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, feita em 23 de Maio de 1969, donde consta que “*constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra pacta sunt servanda são universalmente reconhecidos*”, (...) *todo o tratado em*

⁵⁵ CAVALANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 279.

⁵⁶ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

⁵⁷ ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. V.1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 313.

⁵⁸ ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. V.1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 232.

vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé (art. 26), devendo ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim (art. 31, item 1), sendo esta apontada expressamente como uma regra geral de interpretação do tratado. Prescreve ainda a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que *uma violação é manifesta se for objectivamente evidente para qualquer Estado que proceda, nesse domínio, de acordo com a prática habitual e de boa fé* (art. 46, item 2), bem como prescreve que *as disposições de um tratado nulo não têm força jurídica* (art. 69, item 1), mas *os actos praticados de boa fé, antes de a nulidade ter sido invocada, não se tornam ilícitos apenas por força da nulidade do tratado* (art. 69, item 2, b).

E assim está a boa-fé, no Direito Romano, no Direito Moderno, pairando sobre as relações jurídicas, seja de direito interno, seja de direito internacional, tal qual um farol a jogar luzes sobre uma nau em meio a neblina, podendo esta ser representada pela lacuna no direito positivo que impede ao jurista propor a melhor orientação no caso concreto ou também pela convicção de que a solução com base estrita na literalidade da regra positivada implica a produção de gravame desproporcional a uma das partes, ou seja, o direito produzindo a injustiça.

Quanto a ser *a boa fé um estado ético, ou um estado psicológico que roça ou se confunde com o erro*, segundo Vicente Ráo a doutrina não aponta diferenças relevantes entre uma ou outra concepção, afirmando que a diferença é apenas de grau. Neste sentido, Caio Mário afirma que “o conceito de boa fé é fluido”.⁵⁹ Para Ráo a boa fé é *estado psicológico, julgado e medido segundo critérios ético-sociais e manifestado através de atos, atitudes, ou comportamentos reveladores de uma crença positiva errônea, ou de uma situação de ignorância, ou de ausência de intenção malévola, segundo os casos e conforme as exigências legais, a boa-fé ora é protegida, ora é reclamada pela lei, sempre por um fundamento de justiça...*⁶⁰(...) E partindo para outra abordagem, Ráo expõe as funções e efeitos da boa-fé no direito nacional, como “suprimento de incapacidade, saneamento de atos nulos ou anuláveis, de aquisição de direitos, e, de modo geral, de proteção dos interesses legítimos, ou direitos, de terceiros”, arrolando várias hipóteses de incidência da boa fé.⁶¹

Registre-se que esta função de saneamento de atos nulos ou anuláveis desempenhada pela boa-fé hoje reveste-se de grande importância no campo do Direito Administrativo, numa correlação com outros princípios, como o da legalidade e da segurança jurídica.

Não obstante também tratarmos do tema no tópico seguinte, impõe-se adiantarmos que a compreensão da noção de boa-fé implica sua divisão em duas espécies ou formas que hodiernamente estão em evidência, quais sejam, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Esta divisão ou distinção é corrente não só em sede doutrinária e jurisprudencial, mas também em sede legal, como se verifica no novo Código Civil e no Código do Consumidor.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.4, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 24

⁶⁰ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 196.

⁶¹ RÁO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 198.

A boa-fé subjetiva pode ser caracterizada como um estado psicológico em que se vislumbra a ausência de intenção de causar prejuízo a outrem, a ausência de intenção de agir contrariamente a lei. É a chamada boa-fé-crença. *O sujeito delibera, contrata e põe-se em relação com outras pessoas, acreditando que o fato tenha uma certa expressão, quando realmente é diverso o seu sentido. O erro, então gera a boa-fé, ou o pensamento de não se ofender o direito alheio.*⁶²

Registre-se que a noção acima não esgota a controvérsia doutrinária antiga que gira em torno do conceito e dos elementos necessários para a configuração da boa-fé subjetiva, mas, por certo, é suficiente para contrapor-se à idéia da boa-fé objetiva, atendendo ao objetivo presente de correlação das duas espécies.

Neste sentido, a boa-fé objetiva é mais do que um fenômeno psicológico, ela verifica-se externamente, através de uma conduta exigível de uma pessoa, tendo em vista parâmetros sociais aceitáveis e cuja verificação possa ser feita de plano. *A boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade é um dever-poder de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção lisura e honestidade, para não frustrar a confiança de outra parte. [...] é aquela referente ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento plasmado na noção velha e revelha do 'homo medius'.*⁶³

Da mesma forma, como já alertáramos antes, a noção de boa-fé objetiva aqui apresentada é bastante restrita, inclusive tendo em vista que o seu desenvolvimento doutrinário mais rico, salvo melhor juízo, centra-se na área do direito negocial, por influência, notadamente, do novo Código Civil, sendo que sua aplicação no campo do direito administrativo ainda oferece um vasto campo para a pesquisa jurídica e a construção de uma doutrina peculiar a esse campo do direito.

Resumindo, poderíamos afirmar que a boa-fé subjetiva caracteriza-se pela ausência de intenção de prejudicar alguém; a boa-fé objetiva caracteriza-se pela ação diligente objetivando não prejudicar ninguém.

7 A BOA-FÉ E O ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

Doutrina Juarez Freitas que, considerando-se a natureza axiológica do sistema administrativista, *o princípio da boa-fé ou da confiança avulta entre os demais, eis que descendente direto do princípio constitucional da moralidade, o qual guarda autonomia em face do princípio da legalidade, nada obstante o fenômeno da mútua relativização que se opera no Estado Democrático de Direito...cumprindo, porém, manejá-lo com moderação, prudência e seriedade, para não desarmonizar o todo orgânico dos princípios regentes das relações juspublicistas.*⁶⁴

Assim um parâmetro ou critério primeiro para a boa aplicação da boa-fé é não vê-la como uma regra posta, cuja aplicação independa de um juízo construtivo ou integrador.

⁶² SILVEIRA, ALÍPIO. A Boa-Fé no Código Civil. 1º Volume, 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1972, p. 30.

⁶³ GOUVÊA, EDUARDO DE OLIVEIRA. Revista Forense. Volume 369. pp. 73/88, p. 80.

⁶⁴ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 95.

Para o Professor Clóvis do Couto e Silva “a boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia.” Pregando o resgate do conteúdo vital do Direito e um sistema jurídico concebido não como “*Geschlossenheit*”, como um mundo fechado, mas sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, ensinava que com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.⁶⁵

A partir desta compreensão podemos concluir que é a análise do caso concreto que vai determinar qual ou quais princípios devem sobressair-se no caso, de modo a nortear a decisão final, seja em âmbito judicial, seja em âmbito administrativo. Disto, extraímos outra conclusão, a de que a utilização do princípio da boa-fé não prescinde de uma adequada fundamentação, oriunda deste juízo construtivo ou integrador, onde se identifiquem os elementos de convicção que determinaram sua incidência, aqui, não valendo dos ensinamentos do Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo.⁶⁶

Nesta esteira, ressalta-se o papel da jurisprudência e da orientação jurídica emanada pela Administração Pública como autênticas fontes de paradigmas para a solução das diversas questões postas no dia-a-dia e que envolvam o princípio da boa-fé no âmbito da Administração Pública.

Há que se ter presente que a Administração Pública jamais se descuidou do tema e tem-no pautado na mesma proporção que o Judiciário e, não raro, com manifestações convergentes. Se observarmos a orientação jurídica emanada da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, por exemplo, poderemos constatar que o princípio da boa-fé, em conjunto com outros princípios, já se fez presente em demandas administrativas envolvendo pretensões pecuniárias de servidores em relações jurídicas específicas, fora do âmbito da normalidade como àquelas que tratam do “funcionário de facto”, já tendo sido dito que “parece inegável, pois, que a tendência, manifestada de maneira geral, é no sentido de se reconhecer ao funcionário de facto, cuja assunção do exercício de funções públicas se haja processado de boa-fé, a retribuição pelo desempenho da tarefa que lhe tocou executar”⁶⁷ e que “[...] imprescindível assinalar que fundado no princípio que proíbe o enriquecimento sem causa e sequer cogitada a má-fé do requerente, é devido o pagamento pelo exercício de fato, no período objeto do requerimento, afastada, porém, a contagem de tempo de serviço correspondente.”⁶⁸ Além do princípio que veda o enriquecimento sem causa, agrega-se a título exemplificativo, o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos⁶⁹ e segurança e estabilidade da atuação da Administração Pública⁷⁰, todos atuando em conjunto com o princípio da boa-fé.

⁶⁵ COUTO E SILVA, CLOVIS V. DO. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976, p. 42.

⁶⁶ CAMARGO, RICARDO ANTÔNIO LUCAS. A aplicação do verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e as questões concernentes à responsabilidade do titular do poder econômico em sede de direito econômico. www.fbde.org.br/verbeta.html, acessado em 02/12/04.

⁶⁷ Parecer nº 3505 do Conselho do Serviço Público, publicado no D.O. de 06.05.1957, sendo Relator o Conselheiro Prof. João LEITÃO DE ABREU, citado no Parecer DAJ/Consultoria-Geral nº 687/DAJ, de 16/08/1968, de autoria da Procuradora do Estado Maria Amália de MORAES RODRIGUES.

⁶⁸ Parecer PGE nº 13384, de 17/04/2002, de autoria da Procuradora do Estado Adriana Maria NEUMANN.

⁶⁹ Parecer PGE nº 13198, 27/09/2001, de autoria da Procuradora do Estado Helena Maria SILVA COELHO.

⁷⁰ Parecer PGE nº 13165, de 03/08/2001, de autoria do Procurador do Estado Leandro Augusto NICOLA DE SAMPAIO.

Ainda, no que tange à boa-fé como limite ao exercício de direitos, desponta a máxima *venire contra factum proprium, que atua em todos os 'ramos' do Direito, tratando-se de uma regra de fundo (sic) conteúdo ético*⁷¹, incorrendo em sua afronta quem postula ou repele pretensão atual com base em manifestação ou posição jurídica que é contraditória com manifestação ou posição jurídica deduzida anteriormente. Tal regra, não raro, é utilizada para dirimir questões em que boa-fé é esteja presente como tema de fundo.

Se é verdade que a doutrina não julga relevante saber se a boa-fé é um estado ético ou um estado psicológico, é verdade também que nos dias de hoje a doutrina tem dado muito relevo a questão envolvendo a boa-fé numa visão dicotômica em que despontam a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, esta também denominada boa-fé contratual, conforme ensina a Professora Judith Martins Costa.⁷²

Importa que seja analisada qual ou de qual boa-fé estamos tratando ou qual a boa-fé que entendemos possa incidir nas relações jurídico-administrativas.

A boa-fé subjetiva está traduzida no agir do sujeito que atua em estado de ignorância, de desconhecimento, a respeito de circunstâncias que gravitam em torno de ato ou de contrato realizado, baseado na convicção de não praticar ilícito ou cometer dano a outro. A boa-fé objetiva, por sua vez, traduz-se num dever de conduta do agente, de modo a gerar no outro agente a confiança, sem a qual este não contrataria, conduta esta baseada numa diligência própria do meio social em que estão inseridos. O novo Código Civil inovou ao prescrever no art. 113 a figura da boa-fé objetiva, assim reconhecida pela doutrina, aplicada aos negócios jurídicos dispondo que os mesmos *devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*. O art. 112, por sua vez, do Código Civil vigente, traz uma regra geral de aplicação da boa-fé segundo a qual *nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*. Note-se que nem o art. 112, nem o art. 113, definem o que seja a boa-fé donde há de se reconhecer o relevo do papel doutrinário e jurisprudencial com vistas a tal fim, qual seja, a construção de um conceito ou modelo, na linguagem de Reale, realçando sua *función de integración*, destacada por Jesús González Pérez.⁷³

Judith Martins-Costa doutrina que a “*boa-fé objetiva apresentou-se, inicialmente, como um modelo hermenêutico, ou doutrinário, na acepção que lhe dá Miguel Reale...*”⁷⁴

Para Reale, “quando uma estrutura social adquire valor de paradigma, pondo-se como padrão ou razão de comportamentos futuros, ela assume as características de uma *estrutura normativa*, ou seja, *de um modelo social* (político, jurídico, etc.).”⁷⁵

Dando relevo à estrutura dinâmica em que se constitui o modelo social, nele compreendido o modelo jurídico, ensina Reale que “há duas espécies de modelos do

⁷¹ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 369.

⁷² CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 348.

⁷³ PÉREZ, JESÚS GONZÁLES. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 87.

⁷⁴ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 353.

⁷⁵ REALE MIGUEL, Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 108.

Direito: uns são de caráter puramente teórico (*modelos do dogmáticos ou hermenêuticos*), outros são “prescritivos” e representam os *modelos jurídicos (stricto sensu)*”, sendo que os primeiros *não são obrigatórios*, enquanto nestes “existe a previsão ou a prefiguração de uma ‘ordem da conduta’, estando sempre determinadas as consequências que advêm de seu adimplemento ou de sua violação.”⁷⁶

Como modelo que é, a boa-fé não prescinde para sua correta aplicação “da articulação, coordenada, de outras normas integrantes do ordenamento, compondo-as numa atividade lógica de sentido” em sua aplicação correta⁷⁷, o que deve ser obrigatoriamente observado pelo Julgador.

Judith Martins-Costa revela o papel fundamental da jurisprudência pátria como produtora de uma *modelagem brasileira da boa-fé*⁷⁸, princípio este que *vem sendo aplicado pela jurisprudência nacional como fonte de específicos deveres de conduta e como limite ao exercício de direitos, conquanto nem sempre seja usada idêntica gramática, havendo mesmo expressivas diferenças quanto ao modo e às hipóteses de sua incidência.*⁷⁹ No contexto de uma função otimizadora do comportamento contratual, ressalta-se a *utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.*⁸⁰

O princípio da boa-fé objetiva tem sido utilizado pela jurisprudência como “como fonte de específicos deveres de condutas e como limite ao exercício de direitos, sendo que o STF em um acórdão aplica o referido princípio como “limite à defesa, em juízo, da Administração Pública.”⁸¹

Pois bem, no nosso entender, inclusive para manter coerência com a afirmação da necessidade de uma interpretação integrada dos diversos princípios jurídicos e, mais, da necessária e explícita motivação jurídica e judicial onde se identifique os elementos de convicção que determinaram a incidência do princípio, temos que é o princípio da boa-fé, em sua espécie objetiva, o mais adequado para incidir nas relações administrativas eis que a evolução doutrinária sobre o tema oferece a possibilidade de exploração de aspectos relevantíssimos do instituto.

O dever de lealdade é um dos componentes da boa-fé, notadamente no que se refere à manifestação objetiva da boa-fé, salientando-se sua incidência também nas relações de direito administrativo, de forma recíproca, da Administração para com o administrado ou servidor e vice-versa.⁸² Na relação administrativa, onde avulta o papel do sinalagma, o parâmetro da lealdade é fundamental na utilização do princípio da boa-fé. Evidente que o potencial de compreensão por parte do administrado, sobre a ilicitude de sua situação, deve servir como norte para a aferição da boa-fé.

⁷⁶ REALE MIGUEL, Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 111/112.

⁷⁷ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 356.

⁷⁸ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 349.

⁷⁹ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 348.

⁸⁰ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, p. 357.

⁸¹ Texto da Profª. Drª. Judith Martins Costa, in CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, pp. 348/349.

⁸² CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFGRS (IV): pp. 347/379, 2004, pp. 358/359.

Conforme pondera Jesús González Pérez, “administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal em todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida y em las relaciones frente a los posibles defectos del ato. Han de adoptar un comportamiento leal em el desenvolvimiento de las relaciones em las dos direcciones em que se manifiestan: derechos e deberes. Y han de comportarse lealmente em el momento de extinción: al ejercer las potestades de revisión y anulación y al suportar los efectos de lá extinción, así como el ejercicio de las acciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.”⁸³

Não sem razão o legislador federal, na esteira da doutrina e da jurisprudência, fez constar expressamente do texto da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que *nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé* (art. 2º, § único, IV) e, de outro lado, prescreve em seu art. 4º, II, que *são deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo [...] proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé*.

Aduz o Professor Almiro do Couto e Silva, referindo-se ao art. 54, da Lei nº 9.784/99, que *a boa-fé, a que alude o preceito, quer significar que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal. [...] Seria incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo por haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influenciou na edição de ato administrativo em seu próprio benefício*.⁸⁴

A observação é pertinente, eis que, no que tange especificamente a vantagens concedidas indevidamente a servidores, é comum que os atos administrativos concessivos destas vantagens tenham seu nascedouro em requerimentos apresentados pelos próprios servidores. Algum tempo depois, não raro, verifica-se que tais atos apresentam nulidades de origem e, como tal, devem ser invalidados, inclusive de forma retroativa no que tange aos seus efeitos, dando ensejo a anteposição do princípio da boa-fé como um freio à ação invalidatória da Administração Pública.

Ocorre que algumas questões devem ser avaliadas com mais percuciência, antes de concluirmos pela aplicação do princípio da boa-fé para manutenção do ato inquinado de nulidade. Ora, a Administração Pública norteia suas atividades pelo princípio da legalidade, não havendo como ignorar que o servidor é integrante da administração e, como tal, integrante de uma relação jurídico-administrativa, baseada, em regra, num estatuto peculiar em que se estabelecem seus deveres e direitos, cuja ignorância a ninguém é devida. Assim sendo o ato de postular algo indevido afronta a boa-fé, ainda que tal postulação, num primeiro momento, seja acolhida pela Administração Pública. É óbvio que nem toda a postulação de direito indevido é baseada na má-fé, caracterizada pelo dolo, mas, por certo, tal procedimento pode e deve ser analisado sob a ótica da boa-fé, em sua forma objetiva, ou, mais precisamente, da ausência desta. Neste caso

⁸³ PÉREZ, JESÚS GONZÁLES. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, pp. 117-118.

⁸⁴ COUTO E SILVA, ALMIRO DO. Revista da PGE 27 (57). pp. 33/74, 2004, p. 65.

deverão ser analisados aspectos subjetivos e objetivos presentes no caso concreto e ponderados com outros princípios do sistema jurídico, como o da legalidade, antes referido, e o da indisponibilidade dos interesses públicos.

Para Di Pietro, “precisamente por não poder de dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para manter o exercício dos direitos individuais em consonância com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público que está sendo prejudicado.”⁸⁵

Reitera a Prof^ª. Judith Martins-Costa o fato de que o princípio da boa-fé objetiva “opera articuladamente com outros princípios e com outras regras”, na condição de modelo, alertando que “*a atividade doutrinária não pode prescindir da reflexão, do tempo da maturação das idéias e das novas concepções, equilibrando-se na tensão entre o apontar de novos caminhos, constitutivo da sua missão antecipante de novas soluções, e a necessidade de ponderação, a cada dia mais dificultosa e necessária*”. De outro lado, quanto à missão da jurisprudência, “*devemos considerar que o princípio da boa-fé objetiva, justamente por configurar norma vaga, semanticamente aberta, carrega para o juiz, um extraordinário acréscimo de sua responsabilidade. Não pode nem recair no crasso decisionismo, nem no voluntarismo, tanto primário quanto perigoso aos valores da Democracia.*”⁸⁶

Nesta esteira, conforme já dito anteriormente, ressalta-se a *necessidade de uma interpretação integrada dos diversos princípios jurídicos e, mais, da necessária e explícita motivação jurídica e judicial onde se identifique os elementos de convicção* que determinaram a incidência do princípio da boa-fé como preponderante no deslinde de questão administrativa.

8 DA LEI Nº 9.784/99

Não obstante sua incidência restrita às relações jurídicas envolvendo entes que compõem a Administração Pública Federal, a Lei Federal nº 9.784 estabeleceu um importante marco no que tange à relação entre Administração e administrados, unificando e trazendo para o plano legal o regramento do processo administrativo, além de estabelecer um equilíbrio maior entre direitos, deveres e obrigações de ambas as partes. Acima de tudo, a referida Lei estabelece um paradigma a ser seguido pelos demais entes da Federação.

O art. 54 da Lei Federal nº 9.784, já referida, prescreve que “*o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*”

⁸⁵ DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 63.

⁸⁶ CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004, pp. 373/374.

O dispositivo em questão introduz um fator novo no debate envolvendo o tema da boa-fé, qual seja, o fator tempo, o lapso temporal para a atuação da Administração, cuja indeterminação já fora lastimada anteriormente por Juarez Freitas.⁸⁷

Juarez Freitas enfocava o princípio da boa-fé, sob a ótica da solução do problema da “imprescritibilidade ou não da decretação de nulidade dos atos administrativos, assim como – numa evidente correlação temática – para fixar os limites à anulação dos atos evitados de vícios originários”.⁸⁸

Opinava Juarez Freitas que *nulo é apenas o ato administrativo que afronta irremediavelmente a íntegra dos princípios juspublicistas, enquanto anulável aquele que não os afeta necessária e gravemente, merecendo, em circunstância específicas, ser convalidados, em respeito a este ou àquele princípio que seria afrontado pelo ato de anulação*.⁸⁹ Em outras palavras, a imprescritibilidade da decretação de nulidade do ato administrativo somente ocorrerá quando verificada a presença de vícios e má-fé ou quando, mesmo não ocorrendo a má-fé, tenha transcorrido um largo lapso de tempo, ou seja, *dito sinteticamente, em não havendo boa-fé cumulada com longo tempo, a declaração de nulidade do ato administrativo, com eficácia ex tunc, é imperativa e a qualquer tempo*.⁹⁰

Com a nova Lei Federal, ao menos na esfera Federal, parte do problema se resolve com a determinação de um prazo decadencial de 5 anos para a *Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*.

Nos termos da Lei, o transcorrer de um lapso de 5 (cinco) anos somado à boa-fé do Administrado impede que a Administração intente qualquer ação no sentido da desconstituição de um ato jurídico que tenha repercutido favoravelmente na esfera patrimonial dos seus destinatários. Mas, salvo melhor juízo, mesmo que um ato administrativo tenha sido praticado a menos de 5 anos e mesmo que seja passível de anulação, sua desconstituição não impõe-se como um imperativo à Administração, notadamente em função da presença de boa-fé por parte do Administrado. Não há como desconhecer que mesmo antes da Lei Federal estipular um prazo decadencial, o sistema jurídico já apresentava soluções neste sentido, exatamente sopesando circunstâncias presentes no caso concreto e princípios como o da segurança jurídica, da proteção da confiança, e outros. Na verdade, muitas situações concretas exigem soluções administrativas que situam-se no limiar entre o impositivo e o discricionário, havendo-se de presumir que a solução adotada pelo administrador é aquela que melhor atende ao interesse público.

De outro lado, o transcorrer de um lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos não impede a ação da Administração, no sentido da anulação do ato, desde que comprovada a má-fé dos destinatários do ato. Tendo em vista esta dupla possibilidade, ou seja, de convalidação do ato inválido mesmo antes de 5 anos ou da anulação do ato

⁸⁷ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 96.

⁸⁸ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95.

⁸⁹ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 97.

⁹⁰ FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95, p. 97.

inválido mesmo após o lapso temporal de 5 (cinco anos) poder-se-ia apontar, contraditoriamente, a ausência da segurança jurídica, num ou noutro caso. Mas a contradição é apenas aparente a partir do momento em que constatamos que o elemento comum nas duas hipóteses ventiladas é exatamente a presença e a proteção da boa-fé ou, sob outro ângulo, a punição à má-fé.

Com muita propriedade o Professor Almiro do Couto e Silva, um dos integrantes da Comissão elaboradora do anteprojeto da Lei nº 9.784/99, ensina que *a regra do art. 54 da Lei nº 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa-fé dos destinatários. A decadência do direito da administração à anulação não se consuma se houver má-fé dos destinatários.*⁹¹

Note-se que o legislador não se utilizou da figura da boa-fé na redação do art. 54 da Lei 9.784/99, mas sim da figura da má-fé, ao prescrever sua comprovação como uma condição para o exercício do “*direito da Administração de anular os atos administrativos[...]*”. É certo que má-fé e boa-fé são dois lados de uma mesma moeda, sendo que a idéia da presença de um deles já afasta o outro, por serem realidades incompatíveis. Assim, quando falamos em existência de má-fé, já afastamos a idéia da presença da boa-fé, e vice-versa. Mas, entendemos que a utilização de uma expressão por outra é uma opção técnica do legislador e não aleatória. Na prática a constatação e comprovação da boa-fé apresenta peculiaridades e, por certo, dificuldades diversas daquelas encontradas para a comprovação da má-fé. A idéia de boa-fé, e aqui nos referimos a sua espécie subjetiva, em regra, está ligada a uma idéia de comportamento sem dolo, *pela consciência de não prejudicar, pela boa intenção*⁹², que se verifica no plano psicológico, subjetivo. Isto, por si só, demonstra a dificuldade para a obtenção de uma prova material para afastar a alegação de boa-fé feita por uma pessoa e, principalmente, para afastar a presunção de boa-fé de que se reveste o agir humano. A má-fé, por sua vez, é visualizada no plano concreto, material, positivo, no sentido fático, sendo passível de comprovação, ao contrário da boa-fé, que ocorre no plano psicológico, da abstração, da presunção, negativo, equivalendo a ignorância ou erro a respeito de uma dada realidade. Mas, como dissemos, má-fé e boa-fé são dois lados de uma mesma moeda, de uma mesma realidade, apenas que vistos de ângulos diversos. Assim, a má-fé de que trata o artigo 54 da Lei 9.784/99 deve ser entendida em sua concepção mais ampla possível, no compasso da evolução doutrinária apresentada pelo tema, ou seja, não só entendida como a má intenção, a consciência de prejudicar alguém, como também o agir culposos, o agir sem diligência. Este último entendimento equivaleria a ausência da boa-fé objetiva, já tratada anteriormente. Em breve síntese e a contrário senso, poder-se-ia afirmar que o art. 54 da Lei 9.784/99 exige como requisito, como condição, para manutenção do ato administrativo a presença da boa-fé, seja subjetiva, seja objetiva, por parte do destinatário do ato.

A questão envolvendo a comprovação da má-fé como condição ou requisito para o exercício do direito da administração de anular seus atos administrativos traz

⁹¹ COUTO E SILVA, ALMIRO DO. Revista da PGE 27 (57). pp. 33/74, 2004, p. 64.

⁹² SILVEIRA, ALÍPIO. A Boa-Fé no Código Civil. 1º Volume, 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1972, p. 12.

ínsita outras questões tão relevantes quanto saber de que má-fé ou boa-fé trata o artigo referido e que, de certa forma, se relacionam com essa última questão. De plano, apontaríamos duas questões, a saber, a que trata do direito de anular por parte da Administração e a que trata do ônus probatório, sobre as quais faremos breve comentário.

No que tange especificamente ao direito de anular de que trata a Lei nº 9.784/99, entendemos que este não é propriamente um direito, mas um poder-dever da Administração, na esteira da Doutrina de Di Pietro, repita-se, *precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever*, ou seja, é impróprio falarmos em faculdade ou direito de anular, eis que a nulidade de um ato administrativo implica, em tese, sua necessária e imperiosa desconstituição, sendo que tal é da competência indelegável da Administração e, como tal, seu exercício é obrigatório.

Quanto ao ônus da prova da má-fé, no âmbito das relações regidas pela Lei Federal nº 9.784/99, esse é da Administração, quando se trata de anular um ato que já perdure por mais de 5 anos. Isto é o que se depreende da Lei. Ora, não é lógico e nem jurídico entender-se que o destinatário e beneficiário do ato inquinado de inválido tenha que comprovar sua má-fé, exatamente porque tal é do interesse da Administração, além de uma determinação legal. Aparentemente, tal posicionamento choca-se com o princípio da presunção de legalidade e veracidade de que dispõe os atos administrativos. Conforme Doutrina Odete Medauar “*as decisões administrativas são editadas com o pressuposto de que estão conformes à normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro*.”⁹³ Mas, tal não ocorre. Inicialmente, nenhuma presunção é absoluta, a ponto de não poder ser desconstituída por força de lei, como parece ser o caso presente. De outro lado, referida presunção não fica prejudicada eis que a desconstituição do ato inválido mediante a comprovação da má-fé deverá ser concretizada através de procedimento administrativo, atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao destinatário do ato, durante o procedimento realizado, provar o contrário. Não provando o destinatário do ato administrativo sua boa-fé (a contrário senso) o procedimento administrativo culminará com a edição de ato administrativo anulatório, devidamente motivado e com presunção de legalidade e veracidade. Ou seja, o ato originário, este sim, teve afastada sua presunção de legalidade e veracidade, mas, registre-se, por obra da própria administração, que postulou sua anulação, e não do administrado, destinatário do ato.

Se a anulação do ato administrativo ocorrer antes de decorrido o quinquênio decadencial por certo que a Administração ficará dispensada da comprovação da má-fé do destinatário do ato, bastando demonstrar que o ato a ser anulado está inquinado de vício nulificador.

Assim sendo, a incidência do princípio da boa-fé na relação jurídico-administrativa é uma realidade inabalável, confortada no plano legal por dispositivos do novo Código Civil e da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, mas tal incidência, repita-se, não prescinde de harmonização com outros princípios e, mesmo,

⁹³ MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

alguma prudência, afinal a mesma Lei que protege a boa-fé estabelece, em seu artigo 53, que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

9 CONCLUSÃO

O Direito Administrativo como outro qualquer ramo do direito está condicionado pelas transformações do sistema jurídico como um todo. Assim sendo, a incidência do princípio da boa-fé como um freio à atividade invalidatória da Administração Pública no que concerne a atos eivados de vício é uma realidade inabalável, mormente quando albergada por disposições do novo Código Civil e da Lei Federal nº 9.784/1999. Ocorre que a incidência do referido princípio deve ocorrer em harmonia ou reforçada pela observância de outros princípios que norteiam a atividade administrativa, presentes seja em sede constitucional, seja em sede doutrinária. Nesta esteira, entendemos que o princípio da boa-fé é uma obra em permanente construção e é o caso concreto e suas peculiares circunstâncias que vão determinar qual a decisão administrativa ou judicial mais indicada para o caso. Em ambas as hipóteses é imprescindível uma motivação da decisão em que haja declinação e se identifiquem os elementos de convicção que a determinaram. Baseado na evolução que tem experimentado o instituto da boa-fé entendemos devam as questões a serem dirimidas analisadas sob a ótica objetiva da boa-fé, notadamente, que é aquela que possibilita uma maior riqueza de elementos probatórios, bem como tem respaldo nas disposições do Código Civil. Por fim, resta acrescentar que a Lei Federal nº 9.784 estabeleceu um importante marco no que tange à relação entre Administração e administrados, unificando e trazendo para o plano legal o regramento do processo administrativo, além de estabelecer um equilíbrio maior entre direitos, deveres e obrigações de ambas as partes. De outro lado, a referida Lei reafirma consolidada jurisprudência do STF, no sentido de possibilitar à Administração Pública a anulação e a revogação dos seus atos, atendidos determinado requisitos. Acima de tudo, a referida Lei estabelece um paradigma a ser seguido pelos demais entes da Federação.

REFERÊNCIAS

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Direito Romano. V.1, 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir/UFRGS (IV): pp. 347/379, 2004.

CAETANO, MARCELO. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 89-112, jul./dez. 2005

CAMARGO, RICARDO ANTÔNIO LUCAS. A aplicação do verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e as questões concernentes à responsabilidade do titular do poder econômico em sede de direito econômico. www.fbde.org.br/verbeta.html, acessado em 02/12/04.

CAVALANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. Tratado de Direito Administrativo. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

COSTA, JUDITH MARTINS. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS (IV), 2004.

COUTO E SILVA, ALMIRO DO. Revista da PGE 27 (57). pp. 33/74, 2004.

COUTO E SILVA, CLOVIS V. DO. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. Do ato Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

FREITAS, JUAREZ. BDA (11) – Boletim de Direito Administrativo. pp. 95/99, Fevereiro/95.

GOUVÊA, EDUARDO DE OLIVEIRA. Revista Forense. Volume 369. pp. 73/88, p. 80.

MEDAUAR, ODETE. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. Elementos de Direito Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. Teoria do fato jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 89-112, jul./dez. 2005

112

PARECER nº 3505 do Conselho do Serviço Público, publicado no D.O. de 06.05.1957, sendo Relator o Conselheiro Prof. João LEITÃO DE ABREU, citado no Parecer DAJ/ Consultoria-Geral nº 687/DAJ, de 16/08/1968, de autoria da Procuradora do Estado Maria Amália de MORAES RODRIGUES.

PARECER PGE nº 13165, de 03/08/2001, de autoria do Procurador do Estado Leandro Augusto NICOLA DE SAMPAIO.

PARECER PGE nº 13198, 27/09/2001, de autoria da Procuradora do Estado Helena Maria SILVA COELHO.

PARECER PGE nº 13384, de 17/04/2002, de autoria da Procuradora do Estado Adriana Maria NEUMANN.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V.4, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PÉREZ, JESÚS GONZÁLES. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Tercera Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

RÃO, VICENTE. Ato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE MIGUEL, Teoria tridimensional do direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVEIRA, ALIPIO. A Boa-Fé no Código Civil. 1º Volume, 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1972, p. 30.**(Footnotes)**