

DIEGO VIVIAN LEITE

**MORALIDADE E DIREITO: O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

PORTO ALEGRE
2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L533m Leite, Diego Vivian

Moralidade e direito: o princípio da boa-fé no direito administrativo
/ Diego Vivian Leite. — Porto Alegre, 2006.
181 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de
Pós-Graduação em Direito. PUCRS, 2006.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas.

1. Direito Administrativo. 2. Boa-Fé (Direito). 3. Moralidade.
4. Ética I. Título.

CDD : 341.3

Bibliotecário Responsável
Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1. A NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL	
1.1 O POSITIVISMO JURÍDICO	
1.1.1 Considerações Iniciais	
1.1.2 A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.....	
1.2 SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA DE PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES.....	
1.2.1 Considerações Iniciais	
1.2.2 A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin	
1.2.3 Robert Alexy e a Teoria dos Princípios	
1.2.4 Juarez Freitas e a Interpretação Sistemática do Direito.....	
1.3 JÜRGEN HABERMAS E A ÉTICA DO DISCURSO	
1.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	
2 MORALIDADE E BOA-FÉ	
2.1 A MORALIDADE COMO PRINCÍPIO E A VINCULAÇÃO COM A BOA-FÉ	
2.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	
2.2.1 Origens históricas do princípio da boa-fé.	
2.2.2 Positivação do princípio da boa-fé no Direito brasileiro.....	
2.2.3 Construção doutrinária do princípio da boa-fé no Direito Privado.	
2.2.3.1 Boa-fé Subjetiva	
2.2.3.2 Boa-fé Objetiva	
2.2.3.3 Funções da Boa-fé Objetiva	
2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS	
3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO	
3.1 TRANSPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PARA O DIREITO PÚBLICO	
3.1.1 Considerações iniciais	
3.1.2 Superação da dicotomia público-privado e os fenômenos da publicização do Direito Privado e da privatização do Direito Público.....	
3.1.3 Análise de argumentos contrários à aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo	
3.2 BOA-FÉ, MORALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA	
3.3 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA OU PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS ADMINISTRADOS	
3.4 BOA-FÉ E ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	
3.5 BOA-FÉ E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
3.6 LIMITES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	
CONCLUSÃO.....	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

RESUMO

A presente pesquisa procura desenvolver um estudo destinado a verificar a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo. Para tanto, inicia-se pela análise da relação entre Direito e Moral no atual contexto jurídico. Verifica-se a insuficiência do modelo positivista, baseado na idéia de norma, para explicar o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade. Passa-se a estudar a atual conformação do sistema jurídico e a necessidade de considerar a existência, além das regras estritas, de princípios jurídicos de conteúdo moral em uma perspectiva de interpretação sistemática do Direito. Neste sentido, observa-se que a legitimidade do Direito deve advir de um procedimento racional, orientado por valores morais, uma vez que não há Direito que se pretenda legítimo que seja contrário aos princípios morais. Em um segundo momento, analisa-se a relação entre o princípio da boa-fé e o princípio da moralidade a partir da inserção da moralidade no Direito Positivo brasileiro. A boa-fé, como mecanismo de inserção de valores éticos no Direito, está em perfeita consonância com os valores constitucionais. A partir desta constatação, passa-se a analisar a construção doutrinária do princípio da boa-fé no Direito Privado, sua previsão legal e desdobramentos conceituais, bem como as funções atribuídas pela doutrina à boa-fé objetiva. Por fim, procura-se reafirmar a possibilidade de transposição do princípio do Direito Privado para o Direito Público. Demonstra-se a plena aplicabilidade do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, por meio da análise de suas características e da superação da dicotomia entre o Público e o Privado. A partir da vinculação da boa-fé com a Moralidade, busca-se demonstrar que a confiança é elemento essencial às relações jurídicas no âmbito do Direito Público. Por último, analisam-se as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais à aplicação da boa-fé na anulação dos atos administrativos e na improbidade administrativa.

Palavras-chave:

Direito Administrativo. Moralidade. Princípio da boa-fé.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo desenvolver uma investigação a respeito da aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo. O princípio da boa-fé, apesar de ter obtido profundo desenvolvimento doutrinário e larga aplicação jurisprudencial no Direito Privado, não tem merecido o mesmo tratamento no Direito Público, de forma que este panorama indica a necessidade de um maior desenvolvimento do tema.

O princípio da legalidade, conquanto tenha representado enorme avanço no sentido de limitar a atuação estatal, em nome da garantia das liberdades individuais, não se mostrou plenamente eficiente a impedir os abusos de poder e o mau uso dos recursos públicos. Por outro lado, a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a conseqüente inserção de valores éticos no panorama jurídico, notadamente o princípio da moralidade administrativa, criaram o ambiente favorável ao debate sobre a necessidade de evolução do Direito Administrativo.

Além disso, o forte clamor popular e dos meios de comunicação de massa por maior respeito no trato com a coisa pública, decorrentes de episódios de corrupção na esfera governamental, ocorridos no País no início da década de noventa, forçou o desenvolvimento de instrumentos mais efetivos de controle da Administração Pública.

No contexto político atual, mais do que uma escolha, o desenvolvimento de mecanismos jurídicos, aptos a efetivar os princípios constitucionais – tais como os previstos na Lei de Improbidade Administrativa –, tornou-se uma imposição. E o princípio da boa-fé, como decorrência lógica do princípio da moralidade, oferece-se ao intérprete-aplicador como um eficiente mecanismo de inserção de valores éticos no Direito.

Cumprir advertir que este trabalho não terá a pretensão de esgotar o tema da aplicação do princípio da boa-fé, que é extremamente vasto, nem tampouco realizar uma investigação filosófica acerca da moralidade, mas apenas demonstrar que, no atual estágio de evolução da Ciência do Direito, não mais é possível pretender-se o isolamento entre as esferas jurídica e moral, e que a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, a partir de seu desenvolvimento em searas privatistas, tem muito a oferecer na concretização do objetivo constitucional de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Com vistas a tornar mais clara a exposição das idéias, o trabalho será dividido em três capítulos, nos quais se abordarão as questões da natureza da relação entre o Direito e a Moral; da boa-fé como expressão da Moralidade, bem como seu desenvolvimento no Direito Privado; da aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo.

Desta forma, no primeiro capítulo intitulado "A natureza da relação entre Direito e Moral", buscar-se-á demonstrar em que medida o Direito se entrelaça à

Moral. Para tanto, iniciar-se-á pela análise do modelo positivista de regras a partir de sua contextualização histórica, culminando com a crítica ao modelo positivista puro proposto por Hans Kelsen.

A fim de demonstrar a insuficiência deste modelo em explicar o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, com apoio em autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, procurar-se-á demonstrar que o sistema jurídico é composto, além de regras, por princípios jurídicos, os dois aptos a fundamentar decisões judiciais. Neste passo, analisar-se-á o princípio da hierarquização axiológica proposto por Juarez Freitas, como critério fundamental de solução de possíveis antinomias no sistema jurídico.

Por fim, em Habermas, tentar-se-á demonstrar que a legitimidade do Direito, superando o radicalismo de um positivismo puro, pode ser obtida através de uma ética discursiva, na qual a Moral e o Direito positivo irão complementar-se mutuamente. Desta maneira, os valores morais presentes nos princípios servirão de fundamentação das decisões judiciais e, em última análise, do Direito como um todo.

O segundo capítulo será dedicado à análise do princípio da boa-fé e seus desdobramentos no Direito Privado. Antes, contudo, far-se-á uma aproximação entre o conceito de princípios, de acordo com o que será desenvolvido no primeiro capítulo, e o conceito de boa-fé, a fim de afirmar a estreita relação entre a boa-fé e a Moralidade.

A partir da inserção expressa, na ordem jurídica pátria, de dispositivos que prevêem a observância obrigatória da Moralidade tanto no Direito Privado, como no Direito Público, tentar-se-á demonstrar a natureza de princípio geral de direito da boa-fé. A partir da análise do conceito da moralidade administrativa, prevista no art. 37 da Constituição Federal de 1988, será indicada a relação com o princípio da boa-fé, consistente na obrigatoriedade de um agir honesto e leal.

Também será abordada a relação entre o princípio da boa-fé e os demais princípios e valores previstos na Carta Magna, com o objetivo de afirmar a perfeita consonância da boa-fé com a teleologia constitucional, como mecanismo de inserção de valores éticos no Direito.

Desta forma, passar-se-á a analisar a construção doutrinária do princípio da boa-fé no Direito Privado, seu desenvolvimento histórico e desdobramentos conceituais. A fim de melhor compreender o significado atual do princípio da boa-fé, iniciar-se-á pela análise da evolução histórica do instituto, dando ênfase as contribuições romana, germânica e canônica.

A partir disso, será desenvolvida uma análise do sentido inovador que o princípio da boa-fé representou no Direito como elemento relativizador do princípio da autonomia da vontade. Em seguida, abordar-se-á a divisão do conceito de boa-fé em subjetiva e objetiva. Por fim, será desenvolvida a análise a respeito das funções comumente atribuídas à boa-fé, isto é, como cânone interpretativo, como regra de conduta e como limitador ao exercício de direitos subjetivos.

O último capítulo será dedicado a demonstrar a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo. Inicialmente, será reafirmada a possibilidade de transposição do princípio do Direito Privado para o Direito Público com base, principalmente, na superação da visão dicotômica surgida no Direito a partir da Revolução Francesa.

Pretender-se-á demonstrar que, em uma visão atual, a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo torna-se imprescindível à busca por uma Administração mais eficiente e moralmente digna, capaz de promover a totalidade dos ditames constitucionais. Através da análise de algumas características internas do Direito Administrativo, tais como a diferença qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa, a submissão ao princípio da legalidade e à natureza diversa dos interesses em jogo no relacionamento entre Administração e particular, buscar-se-á reafirmar a aplicação do princípio ao Direito Administrativo.

Na análise da relação com outros princípios presentes no ordenamento, proceder-se-á uma aproximação entre princípio da boa-fé objetiva e o denominado princípio da proteção da confiança legítima. Sem prejuízo de discussões de cunho semântico, tentar-se-á demonstrar que, em realidade, os conceitos identificam-se ao referirem-se ao mesmo valor ético, isto é, a confiança, vedando, desta forma, que o Estado modifique posições jurídicas das quais se originam legítimas expectativas nos administrados.

Serão analisados, também, os pressupostos de aplicação do princípio, como, por exemplo, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como os

requisitos de aplicação apontados pela doutrina. Da mesma forma, as conseqüências da proteção da confiança dos administrados, consistente na manutenção da situação anteriormente criada ou dever de indenização.

Realizar-se-á uma análise específica da aplicação do princípio da boa-fé na anulação dos atos administrativos, indicando os seus pressupostos, tais como a consideração pelo elemento temporal, a partir de análise doutrinária e jurisprudencial. Em momento seguinte, ao abordar a improbidade administrativa, demonstrar-se-á a importância do princípio da boa-fé subjetiva como elemento essencial à caracterização da improbidade administrativa por ofensa à princípios, prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Por fim, apontar-se-ão limites genéricos à aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo.

CONCLUSÃO

A discussão em torno da vinculação entre o Direito e a Moral não é recente. Sob a perspectiva de um positivismo jurídico puro, as regras morais e jurídicas seriam inconciliáveis e, portanto, o conteúdo do Direito poderia ser determinado sem apelo a argumentos morais. Na perspectiva kelseniana, a busca pela pureza do Direito consiste em conseguir explicar o fenômeno jurídico apenas a partir de sua estrutura formal.

Conforme se demonstrou, o positivismo jurídico, sobretudo em Kelsen, falha ao pretender que o Direito retire seu fundamento de validade dentro de si mesmo. O fundamento de validade das normas em geral, para Kelsen, seria a Constituição. No entanto, ao questionar qual é o fundamento de validade de uma primeira Constituição histórica, este autor afirma que ela precisaria ser pressuposta. Desse modo, chegar-se-ia à conclusão de que qualquer conteúdo pode ser Direito, segundo esta perspectiva.

A experiência histórica demonstrou, contudo, o perigo da possibilidade de qualquer conteúdo poder ser considerado Direito legítimo, pois isso pode justificar regimes totalitários, como o Estado nazista alemão. Uma estrutura unicamente formal pode conduzir a abusos que afastam o Direito do ideal de Justiça bem como é incapaz de absorver as modificações decorrentes da evolução da sociedade no ritmo desejado.

Neste sentido, a partir da contribuição de autores como Ronald Dworkin, observou-se que legislar por meio de princípios tornou-se cada vez mais freqüente. Os princípios, já que se caracterizam por uma imprecisão intencional na configuração da hipótese de concreção, conferem maior mobilidade ao sistema. Por não conterem uma previsão rígida, tornam a tarefa de aplicação do Direito mais adequada ao dinamismo que caracteriza as relações sociais, impondo que a sua aplicação ocorra da maneira mais ampla possível. Assim, os princípios permitem o ingresso, no sistema, de valores morais que auxiliarão o intérprete em busca da melhor solução ao caso.

A partir da abertura do sistema jurídico, propiciada, entre outros, pelo conteúdo moral presente nos princípios jurídicos, nos aproximaremos da demonstração da legitimidade do Direito. Sem a ligação com os valores morais identificados na sociedade, o Direito torna-se uma estrutura formal vazia, passível de arbitrariedades e sujeito a manipulações decorrentes de abusos de poder político.

Em Alexy, verificou-se que princípios e regras devem ser considerados normas e, portanto, a distinção entre eles é qualitativa, isto é, de grau de cumprimento. Desta forma, abriu-se a possibilidade de reconceituação do sistema jurídico, no sentido de incorporar ao conceito de Direito, além das regras, os princípios jurídicos.

Neste sentido, Juarez Freitas afirma a necessidade de universalizar-se um agir ético que, ao mesmo tempo em que fuja de um relativismo pernicioso, seja válido para o sistema jurídico como um todo, transcendendo a dicotomia entre o

público e o privado, de forma a superar a incompatibilidade entre o Direito e a Moralidade, defendida pelos positivistas. A partir da consideração de que entre os princípios e as regras jurídicas ocorrem incompatibilidades, se deverá atribuir hierarquicamente a melhor significação às normas a fim de se obter a melhor solução.

Importante, ainda, é que, conforme se verificou, a interpretação deverá ser sistemática, pois as respostas serão encontradas sempre dentro do próprio sistema, isto é, nas previsões abstratas dos princípios e regras. Será também tópica, porque a solução somente será concretizada de maneira definitiva no caso concreto, através da escolha, pelo intérprete, de sentidos possíveis presentes nas regras, princípios e valores abstratamente previstos.

Segundo Habermas, os princípios morais do Direito Natural foram incorporados pelas constituições, possuindo, desta forma, dupla natureza (moral e jurídica). A legitimidade do Direito, portanto, estará presente no conteúdo moral implícito nos princípios jurídicos positivados. Afirma, além disso, que será através de uma racionalidade procedimental com teor moral que se conferirá legitimidade ao Direito.

A ética discursiva proposta por Habermas, apresenta-se, desta forma, adequada à busca da necessária fundamentação do Direito, pois permite a democrática interação comunicativa dos agentes envolvidos no processo e, sobretudo, a consideração de todos os valores, jurídicos e morais. A sua teoria procedimentalista, baseada nos princípios do discurso "D" e "U", surge, neste

sentido, como apta a fundamentar o discurso jurídico sem escorregar por formalismos excessivos, evitando o relativismo moral e sem esbarrar na impossibilidade de demonstração racional de um valor moral absoluto.

A constatação do entrelaçamento entre o Direito e a Moral a partir da permeabilidade do discurso jurídico a valores morais, passou-se a analisar a relação entre o princípio da boa-fé e a moralidade. Verificou-se a estreita vinculação entre o princípio da boa-fé e o da moralidade, pois o conteúdo de ambos remete a valores essencialmente morais, tais como a honestidade.

Além disso, através da análise de alguns dispositivos constitucionais e legais do Direito brasileiro, como, por exemplo, o princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988 e o art. 422 do Código Civil, demonstrou-se, com mais evidência, o entrelaçamento entre Direito e Moral. Pretendeu-se demonstrar ainda, com base nestes dispositivos, o respeito à moralidade como de observância obrigatória nas relações jurídicas como um todo, independentemente de serem públicas ou privadas.

Observou-se, além disso, que o princípio da boa-fé descende do princípio da Moralidade, ambos remetendo a conteúdos éticos, constituindo-se, desta forma, em um mecanismo de adequação do Direito à Moral, pois obriga os sujeitos das relações jurídicas a uma conduta reta e honesta, no sentido de contribuir à criação de um ambiente favorável à concretização dos princípios constitucionais. Distingue-se da moralidade no sentido de que não é um fim em si mesmo, mas um mecanismo auxiliar na promoção dos valores constitucionais, que, além de jurídicos, são morais.

A fim de compreender a dimensão exata do princípio da boa-fé no atual contexto jurídico, demonstrou-se, através da análise histórica do instituto, que a boa-fé, desde Roma, é remetida ao valor moral da confiança, indispensável para se alcançar um ambiente estável e propício ao pleno desenvolvimento das relações jurídicas. Foi tratado também que, da contribuição germânica, resulta a introdução dos elementos lealdade e crença no instituto da boa-fé.

Com base na contribuição doutrinária à construção da dogmática do princípio da boa-fé no Direito Privado, verificou-se o papel de relativizador da autonomia da vontade, com o qual deverá harmonizar-se, complementando-se mutuamente, a fim de adequar-se à teleologia constitucional.

Tal como o tratamento dispensado à boa-fé na legislação brasileira, procedeu-se à análise do princípio em suas acepções subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva, desde há muito presente em institutos clássicos do Direito Civil, consiste na ignorância escusável sobre alguns fatos que faz o sujeito presumir que o seu agir está em conformidade com o Direito. A ignorância torna-se escusável em razão da imposição de uma determinada conduta ao sujeito que indicará a boa ou má-fé. Com base nesta idéia, Menezes Cordeiro opera uma aproximação entre as boas-fés subjetiva e objetiva.

Com relação à boa-fé objetiva, demonstrou-se que ela consiste em um padrão de conduta que deve ser observado pelas partes da relação jurídica, visando à concretização de valores éticos como a honestidade, a confiança, e a lealdade. Neste sentido, o modelo de comportamento a ser observado não é o comum, o

corriqueiro, mas o comportamento normal que se deve esperar de um homem reto em determinadas circunstâncias. Verificou-se, também, que ao princípio da boa-fé objetiva são relacionadas três funções distintas, isto é: como cânone interpretativo, como regra de conduta e como limitador ao exercício de direitos subjetivos.

Por fim, foi demonstrada no terceiro capítulo, a plena aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo. Indicou-se que a transposição, historicamente, deu-se através da jurisprudência.

Reafirmou-se a possibilidade de transposição do princípio a partir do argumento da superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado. Não havendo, em uma acepção moderna, oposição entre as duas esferas, demonstrou-se que se influenciaram mutuamente ao longo da História, por vezes, preponderando o Direito Público sobre o privado, por vezes o Direito Privado sobre o público. Analisou-se a visão moderna do Direito Administrativo, na qual se verifica uma tendência mais de interação do que de exclusão em relação ao Direito Privado. A concepção de Estado regulador e o conseqüente ingresso de parceiros privados na prestação dos serviços públicos indicam uma tendência de privatização do Direito Público.

Neste contexto, demonstrou-se que o princípio da boa-fé deve ocupar lugar de destaque no atual Direito Administrativo, sobretudo no que respeita aos contratos administrativos, como indutor do valor confiança, tão necessário à criação de um ambiente em que deva imperar a estabilidade, para que os investimentos em infra-

estrutura e a conseqüente melhoria na prestação do serviço público tornem-se realidade.

Em momento seguinte, demonstrou-se que características peculiares ao Direito Administrativo, como ramo autônomo do Direito – tais como a diferença qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa, a submissão ao princípio da legalidade e à natureza diversa dos interesses em jogo no relacionamento entre Administração e o administrado –, não configuram óbices à aplicação do princípio da boa-fé.

Em seguida, analisou-se a vinculação doutrinária, legal e jurisprudencial do princípio da boa-fé com os princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas.

Demonstrou-se, ainda, que a falta de desenvolvimento do princípio da boa-fé no Direito Administrativo conduziu a doutrina juspublicista ao desenvolvimento do princípio da confiança. Procurou-se demonstrar que, em realidade, trata-se de sinônimos, pois podem ser remetidos ao valor ético da confiança, vedando, desta forma, que o Estado modifique posições jurídicas das quais se originam legítimas expectativas nos administrados.

Analisou-se que, a partir da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a quebra da confiança gera no administrado o direito de ver a manutenção da situação jurídica, ou quando não for mais possível, o direito à indenização pelos prejuízos causados pela atuação estatal.

Com base em Jesús González Pérez, procurou-se sistematizar os requisitos de aplicação do princípio da boa-fé e, a partir da análise de casos concretos, demonstrou-se a aptidão do princípio da boa-fé para fundamentar decisões judiciais relativas às situações que se enquadram nas hipóteses de aplicação do princípio.

Foram abordadas, ainda, hipóteses concretas de aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo. Através de análise doutrinária e de decisões judiciais de tribunais superiores, demonstrou-se que na anulação dos atos administrativos deve-se considerar o princípio da boa-fé. Haverá o dever de convalidação sempre que inexistente uma ofensa ao interesse público e prejuízo ao legítimo interesse. O prazo decadencial para a revisão dos atos administrativos, havendo má-fé, deverá correr a partir da ciência do ato lesivo. Em face do princípio da boa-fé, mesmo atos nulos podem produzir alguns efeitos.

Verificou-se, também, que a Lei de Improbidade Administrativa dispõe de efetivos mecanismos de defesa da moralidade administrativa. O princípio da boa-fé tem especial importância na improbidade administrativa por ofensa a princípios, pois, na ausência de elementos objetivos de verificação da improbidade da conduta, viabiliza a aplicação das severas penas previstas no art. 12. Se houver ofensa grave aos princípios e má-fé na conduta do agente, configura-se a improbidade do art. 11 da Lei de Improbidade.