
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO: POSSIBILIDADES E OBSTÁCULOS

Maíra Souza Gomes

Procuradora da Fazenda Nacional

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Uni-Rio

SUMÁRIO: Introdução; I – Princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro; I.a) Parametricidade do princípio da boa-fé objetiva na Constituição da República; I.b) Positivização do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro; II – A boa-fé objetiva; II.a) Distinção entre boa-fé subjetiva e boa fé objetiva; II.b) Funções da boa-fé objetiva; III – Aplicação da boa-fé objetiva no direito público; III.a) Bases jurídica para aplicação do princípio da boa-fé objetiva; III.b) Obstáculos à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público; III.b.1) distinção qualitativa das partes; III.b.2) o princípio da legalidade; II.b.3) Distinta natureza dos interesses em jogo; IV – A boa-fé objetiva aplicada ao direito público na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; V – Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo tem por objeto a análise da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito público em geral e, em especial, aos contratos firmados com os entes públicos.

A boa-fé objetiva é tipicamente relacionada ao direito privado, pouco se falando ou estudando a respeito da sua aplicação às relações jurídicas integradas por entes públicos.

Propõe-se, então, o debate sobre o tema, tratando da análise da relação entre o administrador e o administrado não só pela ótica do princípio da legalidade, como tradicionalmente encontra-se nos manuais de direito público, mas também sob a perspectiva da boa-fé objetiva.

Inicia-se o estudo com análise do substrato constitucional que confere suporte jurídico de validade ao princípio da boa-fé objetiva e a sua introdução no direito positivo brasileiro. Em seguida, analisa-se, especificamente, a boa-fé objetiva, distinguindo-a da versão subjetiva. Após, examina-se as principais funções desempenhadas pela boa-fé objetiva.

Adiante, passa-se ao estudo específico da aplicação desse princípio às relações jurídicas de direito público, enfrentando possíveis obstáculos à sua utilização face às suas especificidades.

Por último, dedica-se um tópico à análise de alguns casos selecionados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua competência constitucional e pela sedimentação do tema em seus julgados, exerce importante papel densificação do princípio da boa-fé objetiva.

Finalmente, o artigo conclui pela efetiva aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público, com respaldo na Lei Maior e reconhece a necessidade do tema ser mais bem debatido e delimitado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

PALAVRAS-CHAVES: Boa-Fé. Objetiva. Aplicabilidade. Direito Público. Doutrina. Jurisprudência.

ABSTRACT: The study's purpose is to analyze the applicability of the principle of objective good faith in public law in general and, particularly, in contracts with public entities.

The objective good faith is typically related to private law, and little has been talked or studied about it or its application to legal relationships built by public bodies.

It is proposed, then, the debate on the subject, dealing with the analysis of the relationship between the manager and the managed not only from the perspective of the principle of legality, as traditionally found in textbooks of public law, but also from the perspective of good objective faith.

The study begins with analysis of the constitutional substance, which gives validity legal support to the principle of objective good faith and its introduction into the Brazilian positive law. Next, we analyze, specifically, the objective good faith, distinguishing it from the subjective version. Thereafter, we examine the main functions of the objective good faith. Onward, we go from the specific study of this principle to the legal relations of public law and face possible obstacles to its use in relation to their specificities.

Lastly, we dedicate a topic to the analysis of selected cases from the jurisprudence of the Superior Court of Justice, which, by its constitutional authority and the settling of the issue in its decisions, has an important densification role of the principle of the objective good faith.

Finally, the article defends the effective implementation of the principle of objective good faith in public law, with support from the Highest Law, and recognizes the need of the topic to be further debated and bounded by the country doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Objective Good Faith. Applicability. Public Law. Doctrine. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO:

O presente ensaio tem por objeto a análise da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito público em geral e, em especial, aos contratos firmados com os entes públicos.

Comumente, a boa-fé objetiva é princípio tipicamente relacionado ao direito privado, sendo usualmente aplicado aos contratos e negócios jurídicos celebrados entre entes privados. Entretanto, pouco se fala ou estuda a respeito da aplicação de tal princípio nas relações jurídicas integradas por entes públicos.

Daí a importância do presente estudo, pois aprofundando o debate sobre o tema, é possível a análise da relação entre o administrador e o administrado não só pela ótica do princípio da legalidade, como tradicionalmente encontra-se nos manuais de direito público, mas também sob a perspectiva da boa-fé objetiva.

Assim é que, neste ensaio, pretende-se verificar a possibilidade de um ato da Administração Pública ser ilegítimo por não atender ao princípio da boa-fé objetiva.

Inicia-se o estudo com análise do substrato constitucional que confere suporte jurídico de validade ao princípio da boa-fé objetiva e a sua introdução no direito positivo brasileiro. Em seguida, será

analisada, especificamente, a boa-fé objetiva, distinguindo-a da versão subjetiva, mais conhecida pela doutrina e jurisprudência. Após, será analisada as principais funções, apontadas pela doutrina especializada, desempenhadas pela boa-fé objetiva.

Entendido, então, o papel que exerce a boa-fé objetiva, será possível o estudo da aplicação desse princípio às relações jurídicas de direito público, enfrentando possíveis obstáculos à utilização do princípio pelo direito público, face às suas especificidades.

A principal fonte de estudo desta pesquisa é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seus princípios e normas aplicáveis à espécie, e também a inovadora legislação civilista a respeito do tema, da qual é exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e, mais recentemente, o novo Código Civil (Lei n.º 10.406/02), que serão utilizados para analisar a evolução do princípio da boa-fé objetiva na legislação brasileira.

Utilizar-se-á também os valiosos ensinamentos da doutrina brasileira e estrangeira sobre a matéria, eis que a boa-fé objetiva, na qualidade de cláusula geral em um sistema aberto, tem o seu conteúdo gradativamente preenchido pela construção doutrinária e jurisprudencial.

Por sua especial importância, será dedicado um tópico para análise de alguns casos selecionados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua competência constitucional e pela sedimentação do tema em seus julgados, exerce importante papel densificação do princípio da boa-fé objetiva.

Com isso, pretende-se demonstrar a efetiva aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público ou, ao menos, instigar o leitor ao desenvolvimento de novos questionamentos que possam contribuir para a evolução da relação entre o administrador público e o administrado com fundamento na boa-fé objetiva.

I – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

I.A) PARAMETRICIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA:

O princípio da boa-fé objetiva é descrito pela doutrina como sendo aquele que traz às relações jurídicas obrigacionais o valor da ética – a lealdade, a transparência, a confiança e a veracidade¹.

1 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.116.

O valor da ética, do qual decorre o princípio da boa-fé objetiva e seus sub-princípios², permeia toda a Constituição e serve de fundamento jurídico de validade para diversos princípios constitucionais, expressos ou implícitos (ex: princípio da moralidade, impessoalidade e eficiência, transparência, probidade etc.)

Com efeito, o formalismo exacerbado do positivismo jurídico legalista, hodiernamente, cedeu espaço à tutela jurídica de situações fáticas em detrimento daquelas de cunho meramente formais.

A Constituição da República de 1988, que irradia o pós-positivismo³, determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária⁴ e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana⁵.

É nesse quadro que encontra suporte jurídico de validade o princípio da boa-fé objetiva, como ensina Teresa Negreiros no texto abaixo:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé objetiva assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade e não um ser isolado [...]. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé objetiva ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de sociedade solidária, na qual o respeito ao próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.⁶

Desta feita, o princípio da boa-fé objetiva, ainda que não codificado ou enumerado em determinada espécie normativa infraconstitucional, tem ampla aplicabilidade nos diversos ramos do direito em decorrência da força normativa de que gozam os princípios numa perspectiva pós-positivista.

Entretanto, como se verificará no próximo tópico, a noção de boa-fé objetiva corresponde à recente tendência legislativa, sendo a sua aplicação ainda fruto de inúmeras divergências, dentre as quais a possibilidade de aplicação às relações jurídicas protagonizadas por entes públicos ora em exame.

2 Para Jesús Gonzáles Pérez, o princípio da boa-fé objetiva é aquele que protege o valor ético da confiança. (Cf. Pérez, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madri: Civitas 1999, p. 242.).

3 Em linhas gerais, o pós-positivismo é um movimento, iniciado em meados do século passado, de tentativa de superação do positivismo formalista, buscando conectar o valor da ética ao Direito.

4 Art. 3º, inciso I, da CRFB/1988.

5 Art. 1º, inciso III, da CRFB/1988.

6 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.117.

I.B) POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO:

Como já adiantado no item anterior, o princípio da boa-fé objetiva foi positivado no ordenamento jurídico nacional através do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 4º, inciso III, preconiza que as relações de consumo devem pautar-se na boa-fé entre consumidores e fornecedores. Mais a frente o art. 51 estabelece serem nulas pleno direito as cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

A adoção deste princípio como norteador das relações de consumo revela uma tendência presente nas tentativas de reforma do Código Civil⁷, que foi concretizada com a expressa adoção do princípio no art. 422 do atual Código Civil.⁸

A cláusula geral da boa-fé objetiva está estampada na parte geral dos contratos, o que demonstra, nada obstante as inúmeras críticas que pairaram sob o aspecto ainda muito patrimonialista do Código Civil⁹, a mudança de paradigma introduzida no direito positivo brasileiro.

A boa-fé objetiva, agora já consagrada no direito privado, passa a demandar relação ética entre as partes contratuais, servindo como princípio interpretativo e integrativo da relação contratual, criando novos direitos e deveres acessórios a esta relação e limitando o exercício dos direitos pelo seu titular.¹⁰

II – A BOA-FÉ OBJETIVA:

II.A) DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA FÉ OBJETIVA:

Inicialmente, faz-se necessário distinguir a boa-fé objetiva da já conhecida boa-fé em sua acepção subjetiva. Isso porque, ao contrário do direito alemão¹¹, ao positivar o princípio objeto de estudo neste

7 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.125-126.

8 Lei 10.406/02: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé.”

9 O caráter patrimonialista do novo Código Civil é ressaltado na obra de vários autores. A respeito do tema sugere-se a leitura de das seguintes obras: Tepedino, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil – Estudo na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Fachin, Luiz Edson. *Apreciação do Código Civil de 2002 na perspectiva Constitucional do Direito Civil*. p. 17-22. *Revista Jurídica*, ano 51, n.º 304, fev. 2003.

10 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.130-131 e Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 427-428.

11 § 242 do BGB.

trabalho, o legislador não especificou a modalidade de boa-fé constante do texto legislativo.

A boa-fé subjetiva consiste na análise do estado de consciência do agente, na verificação da sua condição psicológica ou, mais precisamente, “na análise da intenção da pessoa cujo comportamento se queira qualificar”¹².

Como observa Judith Martins-Costa, “antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar a outrem”.

Ao contrário, quando se faz a análise de determinada situação sob o prisma da boa-fé objetiva, a intenção do agente deixa de ter relevância.

No início deste ensaio, acentuamos que, numa perspectiva pós-positivista, a Constituição tutela determinados direitos e deveres decorrentes de situações fáticas em detrimento de abstrações jurídicas meramente formais, que neguem juridicidade a princípios insculpidos na ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, o comportamento do indivíduo ganha especial relevo, pois ele gera na outra parte contratual, ou na sociedade como um todo, uma expectativa. Essa expectativa, quando legítima, merece ser tutelada pelo direito e a sua frustração gera conseqüências jurídicas.

É possível, portanto, dizer que a boa-fé objetiva atua na proteção às legítimas expectativas geradas pelo comportamento de um indivíduo.

De acordo com Judith Martin-Costa, a boa-fé é uma regra de conduta fundada na lealdade, honestidade e retidão, que leva em consideração o interesse do outro, conforme se depreende da seguinte passagem:

A boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.¹³

Em seguida, a autora alerta que o princípio da boa fé objetiva “constitui uma norma proteiformica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.”¹⁴

12 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.119

13 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 412.

14 Idem, 427-428

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência ganham relevância na construção da noção de boa-fé objetiva e na determinação das situações fáticas que ensejam a aplicação do princípio, ampliando os poderes do Estado-Juiz.

Antônio Junqueira de Azevedo, acentuando a necessidade de concretizar e estabelecer parâmetros à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, estabelece quatro pressupostos para evitar a utilização inadequada do princípio:

O primeiro pressuposto que justifica, de uma certa maneira, a expressão boa-fé é a correspondência com as expectativas criadas na outra parte. Toda vez que alguém se comporta e cria na outra parte uma série de expectativas, confiança – daí a palavra *fides* –, temos o primeiro e importantíssimo pressuposto: a expectativa.

Mas não basta para aquele que vê suas expectativas frustradas apelar para um pedido de indenização ou outro pedido qualquer de uma providência. É preciso que esse que tinha expectativa tenha investido nela. [...]

O terceiro pressuposto é que seja uma expectativa fundada.[...]

Por fim, como quarto pressuposto, é preciso que a causa da expectativa tenha alguma ligação com a outra parte.¹⁵

É possível, dessa forma, constatar que, não obstante receba do legislador o mesmo nome¹⁶, os institutos são distintos. Daí porque merece melhor análise o papel da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico nacional. É o que se fará no item a seguir.

II.B) FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA:

A doutrina, tradicionalmente, elenca três funções distintas da boa-fé objetiva, quais sejam: a função de cânone hermenêutico-integrativo, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos.

¹⁵ Azevedo, Antônio Junqueira de. Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. In: O princípio da boa-fé objetiva nos contratos. *Série Cadernos do CEJ*, 20.

¹⁶ Exemplos da nomenclatura idêntica concedida pelo legislador às ambas vertentes da boa-fé podem ser retirados do próprio Código Civil, onde, no artigo 1.201 e 1.202, trata da vertente subjetiva ao cuidar do possuidor com boa-fé e, nos artigos 113 e 422, trata da boa-fé sob a vertente objetiva.

Não obstante os estreitos limites a que esse trabalho se propõe, é importante ressaltar as funções que o princípio em exame exerce quando aplicado a um caso concreto, pois, na eventual aplicabilidade do princípio ao direito público, é necessário saber as consequências da aplicação do princípio às mais diversas situações com que se depara o advogado público ou o magistrado no exercício do seu mister constitucional.

Conforme ensina Teresa Negreiros:

a tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em ‘tipos ideais’. Na prática estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada; qual enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular.¹⁷

A autora explica que as origens romanas da boa-fé a associam com a equidade, concedendo ao juiz um campo mais largo de atuação na solução do caso concreto que se lhe apresenta.¹⁸

Judith Martins-Costa, ao tratar do papel da boa-fé objetiva na aplicação da teoria da aparência e sua vinculação com os princípios da função social e equilíbrio contratual, explicita a função interpretativa e integrativa da boa-fé objetiva da seguinte forma:

Para além desta importante função flexibilizadora e integradora que se manifesta em ainda outros variadíssimos exemplos (*v.g.*, o controle das cláusulas contratuais abusivas, em casos de exceção de inadimplemento ou na interpretação da regra resolutiva), a boa-fé, utilizada como cânone hermenêutico-interpretativo, desempenha exponencial papel no campo metodológico, pois permite a sistematização das decisões judiciais.

Isso ocorre porque a boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade –, todos eles ‘demasiadamente genéricos’, surgindo, assim, o recurso à boa-fé como resultante da

17 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 140.

18 Cf. *Idem*, p. 133-135.

‘exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um real valor prático’.¹⁹

Verifica-se, pois, que a boa-fé, em sua função hermenêutica-integrativa, serve como um mecanismo hábil para interpretação das normas legais e contratuais de acordo com a sua finalidade social, bem como para a colmatação das lacunas existentes.

Nesse sentido, Batlle, citado por Jesús González Pérez:

Sendo este um princípio informador do sistema jurídico – diz –, ainda que a lei não o consagre de modo explícito, encontraria sua aplicação como princípio geral do direito, através da interpretação e integração das normas, assim como da suplência destas e da interpretação dos contratos e demais negócios jurídicos.²⁰

No campo da criação de deveres jurídicos, a boa-fé é apontada como fonte dos deveres acessórios ou instrumentais da relação jurídico-contratual. Judith Martins-Costa elenca, exemplificativamente, alguns dos direitos acessórios decorrentes da aplicação da boa-fé objetiva: deveres de cuidado, providência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; dever de prestar contas; deveres de colaboração e cooperação; deveres de cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; deveres de omissão e de segredo.²¹

Entretanto, a par dos deveres acima elencados, a função de criação de deveres, em verdade, importa na exigência de uma regra de conduta das partes contratantes, impondo-lhes um comportamento honesto, leal e correto para com o outro a fim de que se concretize o fim social a que o contrato se propôs e que se respeite a confiança-legítima gerada na outra parte.

Motta Pinto assim explica os deveres decorrentes da boa-fé objetiva:

deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato [...] dada a relação de confiança

19 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 436.

20 BATLLE, Comentario al artículo 7 del Código civil. Madri, 1978, p.171 e ss *apud* González Pérez, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madri (España): Civitas, 1999. p. 31: “Siendo este un principio informador del sistema jurídico – se dice –, aunque la ley no consagrara de modo explícito, hallaría su aplicación, como tal principio general del Derecho, a través de la interpretación e integración de las normas, así como de la suplencia de éste y de la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos”.

21 C.f Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 438/439

que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com a circunstância concretas da situação”.²²

Por último, emerge do princípio da boa-fé objetiva a função de limitar o exercício de direitos subjetivos.

Nesta função, segundo Teresa Negreiros, o princípio da boa-fé objetiva é visto “como influência do direito público sobre o direito privado”²³, especialmente nos sistemas jurídicos em que a teoria do abuso de direito não recebeu adequado desenvolvimento doutrinário.

Sob essa ótica, a boa-fé objetiva assume, pois, estreita relação com a teoria do abuso de direito, na medida em que ambos limitam o exercício de direitos subjetivos.

Entretanto, para Jesús Gonzáles Pérez, é possível diferenciar os institutos, nos seguintes termos:

A diferença parece radicar em que, enquanto os limites nos exercícios do direito cuja infração determina o abuso do direito são limites derivados da consciência social de uma época, os limites derivados do princípio geral da boa-fé são limites que provêm do que deve se uma conduta normal, correta e honesta das pessoas com aquelas com que se relacionam.²⁴

Em sua função limitativa de direito subjetivo, a boa-fé objetiva tem respaldado o desenvolvimento e o reconhecimento da teoria dos atos próprios, que, doutrinariamente, desdobra-se em duas vertentes sob a denominação de *tu quoque* e de *venire contra factum proprium*, bem como na teoria do adimplemento substancial do contrato.

A teoria dos atos próprios consiste na necessidade de adoção de uma conduta uniforme em respeito à confiança legítima, evitando comportamentos contraditórios ou incompatíveis entre si, “seja na hipótese em que o comportamento posterior se mostra incompatível com o anterior (*tu quoque*)”, seja na hipótese em que, ainda que considerados

22 MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão de Contrato, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 281, *apud* Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 440.

23 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 141-142.

24 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999. p. 31: “La diferencia parece radicar en que mientras los límites en el ejercicio del derecho cuya infracción determina el abuso del derecho son límites derivados de la conciencia social de una época [...], los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de la que debe ser conducta normal, recta y honesta de las personas con las que se está en relación.” – Tradução livre do original.

isoladamente, “consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto (*venire contra factum proprium*).”²⁵

De acordo com Menezes Cordeiro, a versão do *tu quoque* implica no fato de que “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento”.²⁶ Ao se comportar de forma faltosa, não pode a parte exigir que a contraparte se comporte de acordo com o direito.

Trata-se de aplicação do adágio segundo o qual “a equidade deve vir de mãos limpas”²⁷. O *tu quoque* visa “impedir que a parte que haja violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.”²⁸

Como explica Teresa Negreiro, o princípio evita que pessoas igualmente faltosas recebam tratamento desigual.²⁹

A aplicação do *tu quoque* está ligada à exceção de contrato não cumprido, pois a parte que se torna inadimplente não pode exigir da contraparte a retidão que não teve no cumprimento das cláusulas contratuais.

Sob a vertente do *venire contra factum proprium* a contradição não se revela em relação a um específico comportamento, mas em relação a uma conduta de uma das partes, uma “linha de atuação que o contratante vinha assumindo como padrão”³⁰, que gera no outro uma legítima expectativa, frustrada por um comportamento posterior, causando uma quebra de confiança na relação entre as partes envolvidas. A parte se volta contra o seu próprio comportamento, surpreendendo a outra que esperava a manutenção daquela situação que o comportamento anterior fez crer que se manteria.

Na verdade, não são todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram

25 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 460.

26 MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1989, t.1 e 2, p. 837. *apud* Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 461.

27 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143: “*equit must come in clean hands*” – Tradução livre do original”.

28 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.461.

29 C.f Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143.

30 Ibidem, p. 146.

confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída.³¹

Para Judith Martins-Costa, o fundamento jurídico desta versão da boa-fé reside na presença dos seguintes elementos:

a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer a supressão do fato no qual foi assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.³²

É o caso, por exemplo, de um credor que admite, ainda que sem conceder expressamente a moratória, que o devedor cumpra a sua obrigação a tempo diverso do que o inicialmente pactuado. Ao assim agir, o credor gera no devedor a legítima expectativa de que sua mora não levará o credor a cobrar multa. Se, posteriormente, o credor postula o pagamento dessa multa, ele está agindo contra o seu próprio ato e quebrando a relação de confiança que deveria ter com sua contraparte.

Teresa Negreiros comenta, ainda, como possibilidade de aplicação da teoria dos atos próprios: a *supressio* e a *surrectio*.

Trata-se, segundo a autora, da “vedação de direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência”³³. Pela *supressio* ocorre a extinção do direito pela falta de uso, enquanto a *surrectio* ocasiona a aquisição do direito pela outra parte.

A *supressio* e a *surrectio* podem ser aplicadas às relações jurídicas de trato sucessivo, nas quais uma das partes passa a agir de forma distinta da inicialmente estabelecida. É o caso, por exemplo, de determinado condomínio de um prédio residencial em que é proibido o comércio, mas onde se admite a venda de mercadorias por um

31 NEGREIROS, op. cit., p. 147-148.

32 MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.471.

33 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142.

morador durante uma longa data. O comportamento do condomínio gera a confiança de que aquela atuação do condômino será mantida, permitindo que se dê continuidade ao comércio. O não exercício do direito de exigir do condômino o fim daquela atividade irregular, gera, ao condômino, o direito de comercializar seus produtos naquele local tal como vem fazendo ao longo do tempo (*surrectio*) e, para o condomínio, a extinção do direito de exigir a extinção da atividade (*supressio*).

Por último, pela teoria do adimplemento substancial, deve-se entender como a aplicação da boa-fé objetiva às hipóteses em que, embora haja descumprimento contratual, este foi mínimo, restando o contrato adimplido substancialmente. Impõe-se, neste caso, a manutenção do contrato e o afastamento da possibilidade de resolução pelo seu inadimplemento.

Ruy Rosado de Aguiar Jr., relator da Apelação Cível n.º 588012666, Canoas, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conceituou o princípio do adimplemento substancial do contrato como sendo aquele “segundo o qual o cumprimento próximo ao resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos.”³⁴

Conhecidas essas hipóteses de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, é oportuno analisar a possibilidade de sua aplicação às relações jurídicas de direito público em geral.

III – APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO:

III.A) BASES JURÍDICAS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA:

Inicialmente, vale ressaltar que a distinção entre direito público e direito privado é cada vez mais tênue.

Nesse sentido, a preciosa lição de Gustavo Tepedino:

Por fim, o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à summa divisio do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda

³⁴ Ap. Civ. 588012666, Canoas, TJRS, 5ª Câ. Civ., rel. Dês. Ruy Rosado de Aguiar Jr., julgado em 12.04.1988, *apud* Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 458.

nas relações entre o cidadão e o Estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica.

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores.³⁵

Tal se dá porque ambas as ramificações do direito encontram nos mandamentos constitucionais a sua fonte única de validade e legitimidade.

No início desta obra, foi citado o reconhecimento pela doutrina de que o princípio da boa-fé encontra assento constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e no princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da CRFB).

Tendo suporte jurídico de validade na Constituição, o princípio da boa-fé objetiva informa e permeia toda a ordem jurídica brasileira e atinge, de igual forma, as relações jurídicas de direito privado e as relações jurídicas de direito público, ainda que carente de expressa previsão legal em normas consideradas regedoras da relação entre a Administração Pública e o administrado.

Com efeito, trata-se de um princípio veiculador do valor ético, que junto com o valor da segurança jurídica, encontra no Estado Democrático de Direito um campo propício de atuação.

Jesús Gonzáles Pérez, se referindo à boa-fé objetiva como princípio geral de direito, ensina que:

35 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19.

o fato de sua consagração em uma norma legal não supõe que, anteriormente, ele não existia, nem que por tal consagração legislativa haveria perdido tal caráter. Pois se os princípios gerais do Direito, por sua natureza, existem com independência de sua consagração em uma norma jurídica positiva, como tal subsistirão quando em um ordenamento jurídico se recolhem em um preceito positivo, como objeto de que não haja dúvida do seu pleno reconhecimento.³⁶

Também Teresa Negreiro se refere ao assento constitucional do princípio da boa-fé objetiva quando admite que a previsão de nulidade estabelecida no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é norma cogente, “dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão”³⁷.

É inconcebível que se admita que os particulares devam atender aos preceitos éticos da boa-fé objetiva e que a Administração Pública, cujo fim último é o interesse coletivo, possa sobrepujar tal comportamento ético para com sua contraparte, como assinala Jesús Gozález Pérez no seguinte trecho:

O princípio geral da boa-fé – afirmava Sayagués – deve reger todas as relações jurídicas; é um princípio comum ao Direito civil e administrativo, diz Marienhoff. E sublinha a especial importância do princípio no âmbito jurídico-administrativo. Pois, como assinala Mairal, ‘parece difícil considerar o Estado excluído da obrigação de respeitar um princípio básico do direito e da moral com o é a boa-fé, o fato de que a Administração persiga o bem comum não autoriza a liberá-la das amarras morais, pois o fim não justifica os meios; por outra parte, tão intensa e múltipla é a intervenção estatal na vida cotidiana dos particulares que a não vigência do princípio pela Administração significaria que um vasto setor das relações jurídicas ficaria fora de uma regra tão cardinal.’³⁸

36 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999. p. 22: “El hecho de su consagración en una norma legal no suponía que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa hubiera perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando en un Ordenamiento jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no quepa Duda su pleno reconocimiento.” – tradução livre do original.

37 NEGREIROS, Teresa. “Teoria do Contrato – Novos Paradigmas”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139.

38 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999, p. 41: “El principio general de la buena fe – afirmaba Sayagués – debe regir en todas las relaciones jurídicas; ES un principio común al Derecho civil y administrativo, dice Marienhoff. Y se subraya la

Judith Martins-Costa admite, expressamente, a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos públicos, nos seguintes termos:

Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que ‘é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica’.³⁹

Em consonância com a linha de pensamento até aqui explanada, a Constituição da República prevê, em seu art. 37, o princípio da moralidade administrativa como princípio norteador do comportamento do agente público.

Também nesse princípio parece ter assento a exigência de atuação do agente público conforme os ditames da boa-fé objetiva.

Nada obstante, é necessária a análise de possíveis obstáculos à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público. É do que se tratará no próximo tópico.

III.B) OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO DIREITO PÚBLICO:

Jesús Gozález Pérez assinala os possíveis empecilhos à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público, quais sejam: a diferença qualitativa das partes envolvidas, o princípio da legalidade e a distinção dos interesses em jogo⁴⁰, as quais serão devidamente desenvolvidas nos subtópicos seguintes.

especial importância del principio en el ámbito jurídico-administrativo. Pues, como señala Mairal, ‘parece difícil considerar al Estado excluido de la obligación de respetar un principio básico Del derecho y de la moral como lo es el de la buena Fe; El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarle de ataderos Morales, pues el fin no justifica los medios; por otra parte, tan intensa y múltiple ES la intervención estatal en la vida cotidiana de los particulares, que la no vigencia Del principio respecto de la Administración significaría que un vasto sector de las relaciones jurídicas quedaría fuera Del amparo de una regla tan cardinal’” – Tradução livre do original.

39 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457.

40 C.f González Pérez, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (Espanha): Civitas, 1999. p. 37.

III.B.1) DISTINÇÃO QUALITATIVA DAS PARTES:

Com relação à diferença qualitativa entre as partes, o autor ressalta que a posição institucional de superioridade da Administração Pública em relação ao particular, tendo em vista o fim primordial da sua atuação é a persecução do interesse público, não só não constitui obstáculo à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como exige da Administração a sua máxima vigência e observância.⁴¹

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público não é excludente da observância, pela Administração Pública, de outro princípio que veicula o valor da ética, como o é o princípio da boa-fé objetiva.

O valor da ética na Administração Pública é veiculado, igualmente, pelo princípio constitucional da moralidade administrativa, que demanda do agente público agir de acordo com os padrões éticos socialmente exigidos.

Ora, assim sendo, não há porque afastar a necessidade do agente público atuar com lealdade, retidão e honestidade com o administrado ou com outro ente federativo com o qual se relacione. A confiança gerada pelo comportamento de determinada parte em um contrato, também pode ter por origem o comportamento de um agente público, merecendo a expectativa gerada por tal comportamento igual tutela constitucional.

III.B.2) O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Mais tormentosa é a análise do princípio da legalidade como obstáculo à aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Com efeito, a atuação do agente público deve se pautar na mais estrita legalidade.

Se ao administrado é permitido fazer tudo aquilo a que a lei não proíbe (art. 5º, inciso II, da CRFB), ao agente público somente é admitido a atuação em conformidade com o comando legal (art. 37, *caput*, da CRFB).

A atuação do agente público deve estar pautada na lei, seja no ato administrativo discricionário, seja no vinculado.

Nesse sentido, Jesús González Pérez ensina que a Administração Pública tem sua atuação submetida a todo o ordenamento jurídico, razão pela qual estaria submetida não só à lei, mas também aos

⁴¹ Ibidem, p. 38.

princípios que o integram, dentre os quais se encontra o da boa-fé objetiva⁴².

Segundo o autor, o princípio se aplica às atividades discricionárias da Administração, onde o agente público tem uma margem mais ou menos ampla de atuação, mas também tem um papel decisivo nos atos vinculados, eis que nesses o princípio da boa-fé exerce importante função na interpretação da norma, do ato ou do contrato administrativo.⁴³

Dessa forma, a legalidade do ato ou contrato administrativo não afasta a necessidade de que este esteja revestido de legitimidade, obedecendo aos ditames da ética concretizados em uma ação pautada na lei, mas também num comportamento leal, honesto e correto.

Mais adiante, será possível vislumbrar a aplicação prática da boa-fé objetiva na relação entre administrador e administrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja na edição de um ato administrativo, seja na execução de um contrato administrativo.

III.B.3) DISTINTA NATUREZA DOS INTERESSES EM JOGO:

Como sabido, enquanto o particular persegue os seus próprios interesses, privados, portanto, o administrador público atua tendo por finalidade concretizar o interesse público.

Em relação à distinção dos interesses em jogo, Jesús González Pérez explica que a realização do interesse público é também, em última instância, interesse do particular, não havendo porque impedir a aplicação do princípio da boa-fé em decorrência desta suposta distinção.⁴⁴

Não obstante a conclusão a que chega o autor, não parece que resida nos argumentos por ele veiculados o fundamento para aplicação da boa-fé objetiva ao direito público apesar dos distintos interesses em jogo, pois há situações em que é evidente o conflito entre o interesse individual e o interesse público. Entretanto – como dito alhures –, somente prevalecerá o interesse público caso este esteja pautado na lei e nos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, a plena aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva ao direito público.

Todavia, para o melhor entendimento da aplicabilidade do princípio em exame ao direito público, é preciosa a análise dos casos

42 C.f González Pérez, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999. p. 39.

43 Idem, ibidem.

44 Idem, p. 40.

submetidos Superior Tribunal de Justiça e a forma como esses tribunais vem acolhendo esse princípio e a aplicando ao direito público.

IV – A BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA AO DIREITO PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

As mais altas cortes do país têm reconhecido a aplicabilidade da boa-fé objetiva no direito público, seja na relação contratual, seja na relação jurídica entre a Administração Pública e o administrado.

O repertório jurisprudencial, que a seguir será colacionado em com breves comentários, é meramente ilustrativo da forma como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

Vale ressaltar que a jurisprudência tem especial importância no estudo da boa-fé objetiva, pois, como dito alhures, a aplicação do princípio implica necessariamente no aumento dos poderes do juiz, eis que é na verificação do fato concreto submetido ao exame do magistrado que se verificará se o comportamento da parte atende aos ditames da boa-fé.

Nesse sentido, esclarece Judith Martins-Costa:

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontrovertidamente de caráter técnico-jurídico, porque enseja a solução de casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias.⁴⁵

E, ainda nesse sentido, Teresa Negreiros afirma:

A função interpretação-integração do contrato, que hoje se reconhece como uma das ramificações do princípio da boa-fé, reflete esta mesma idéia de ‘expediente técnico e preciso’, através do qual se confere ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas.⁴⁶

45 MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 412-413.

46 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 135.

Desta feita, a seguir, serão comentados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que aplicam a boa-fé objetiva ao direito público.

Em matéria de contratos celebrados pelo Poder Público a jurisprudência é mais farta, ainda que não tão numerosa quanto à aplicação do princípio da boa-fé aos contratos de natureza privada.

A relação jurídica entre administrador e administrado foi objeto de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, através do acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar, no Recurso em Mandado de Segurança n.º 6183-MG, do Superior Tribunal de Justiça, DJ 18/12/1995:

MEMORANDO DE ENTENDIMENTO. Boa fé. Suspensão do processo.

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de 'Memorando de Entendimento', para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição.

Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.

Deferimento da liminar, que garantiu a suspensão pleiteada.

Em seu voto, o Ministro relator explica que o Ministério da Agricultura e a Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados firmaram um entendimento, onde o Banco do Brasil assumiu publicamente o compromisso de suspender processos nos quais o devedor apresentasse ânimo de saldar sua dívida.

O Tribunal de origem decidiu pelo não acatamento da pretensão de suspensão veiculada pelo particular, ao argumento de que o memorando de entendimento "traduz simples manifestação de intenção das autoridades que o firmaram sem caráter especificamente particularizante e vinculativo, mas com o objetivo generalizado e normativo".

O ilustre Ministro relator acolheu a pretensão de suspensão do processo sob o seguinte argumento:

O compromisso público assumido pelo Governo através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e

com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, presume-se tenha sido celebrado para ser cumprido. [...]

O princípio geral da boa-fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade.

O que vale a autonomia privada, vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital e predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado democrático, que aspire realizar a Justiça, esteja fundado no princípio que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa:

Tenho que o 'Memorando de Entendimento', embora não seja uma lei, nem mesmo possa ser definido como contrato celebrado diretamente entre as partes interessadas, criou no devedor a justa expectativa de que comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer o acerto de contas, teria o prazo de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Havia, portanto, o direito do executado de obter a suspensão do processo de execução [...].

Também o Recurso Especial n.º 47.015-SP, relator Ministro Adhemar Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, DJ 09/12/1997, aplicou o a teoria dos atos próprios para tutelar a confiança gerada pelo comportamento do agente público, como se vê na ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PÚBLICO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADISSIBILIDADE. [...]

I – Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação

dos princípios de que *nemo potest venire contra factum proprium e de que nemo creditur turpitudinem suam allegans*⁴⁷. [...]

Na hipótese, o Estado de São Paulo requereu a nulidade do título aquisitivo do direito de propriedade que ele próprio concedeu ao particular, por estar em desacordo com a lei que regulava as terras devolutas. Décadas depois ajuizou ação judicial em epígrafe, surpreendendo o particular e voltando-se contra os seus próprios atos, em evidente violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Outro importante precedente é o acórdão n.º 141879-SP, DJ 22/06/98, no qual o Ministro Ruy Rosado Aguiar, relator, adotou a teoria dos atos próprios para afastar a pretensão de anulação de contrato de promessa de compra e venda celebrado entre o Município de Limeira e um particular, conforme se verifica na ementa abaixo “LOTEAMENTO. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. [...]”

- *A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.* (RESP n.º 141879-SP, DJ 22/06/1998) - (grifo nosso)

Na espécie, o Município de Limeira do Estado de São Paulo ajuizou contra o particular ação anulatória de compromisso de compra e venda de imóvel em loteamento sem registro. Contudo, a regularização cabia à própria municipalidade, que argüiu a sua própria inoperância como fundamento para a anulação pretendida, o que evidencia a contradição do comportamento da autoridade municipal, conforme se ressaltado no voto do relator:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os

47 De acordo com Judith Martins-Costa, “no direito brasileiro, embora não sistematizada a regra segundo a qual é inadmissível ao prevaricador que violou deveres contratuais aproveitar-se da própria violação tem larga aplicação nos tribunais, seja pela invocação do adágio *turpitudinem suam allegans non auditur*, seja por sua variante da teoria da confiança e da aparência ou pela aplicação do *venire contra factum proprium*”. A autora cita como exemplo do *turpitudinem suam allegans non auditur* o art. 243 do Código de Processo Civil que veda a alegação, em proveito próprio, de nulidade provocada pela parte. (Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 464).

próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiara

A necessidade do particular também agir com lealdade e transparência na relação travada com a Administração Pública, é objeto do acórdão proferido no Recurso em Mandado de Segurança n.º 22.770 – DF, relator Ministro Humberto Martins, DJ 19/09/2007:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO DE PERMISSÃO DE TRANSPORTE ALTERNATIVO E CONDOMÍNIO – NATUREZA – REVOGAÇÃO UNILATERAL – VALIDADE. [...]

3. O comportamento do recorrente, que consistiu na omissão de noticiar seu vínculo funcional com o Poder Público, insere-se no desrespeito genérico à boa-fé objetiva, que atua no Direito Administrativo em duas vias: a) da Administração em face do súdito, sob as vestes da moralidade; b) do súdito ante a Administração, sob a forma de figuras parcelares da boa-fé objetiva.

O julgado tem o mérito de trazer o princípio da moralidade como assento constitucional da atuação do administrador público em conformidade com a boa-fé objetiva, exigindo do particular e do Poder Público, de forma idêntica, uma conduta honesta, leal e transparente.

Observa-se, que, no caso, a ausência de honestidade do particular com a Administração foi considerada como legitimadora da revogação do ato administrativo de permissão de transporte coletivo.

Em matéria de contrato administrativo, vale, ainda, citar o caso julgado através do Recurso Especial n. 914.087 – RJ, DJ 29/10/2007, relatado pelo Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93.

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186):

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação

prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses. – grifado.

O acórdão adota, para a solução de controvérsia no contrato administrativo, a teoria do adimplemento substancial, considerando, para tanto, que o contratante, não obstante tenha inadimplido o contrato em determinada parte, o adimpliu substancialmente. Como se verifica no acórdão, a obrigação contratual da empresa de entregar os fogareiros foi integralmente cumprida, embora intempestivamente em decorrência de motivo de força maior comunicado ao órgão administrativo pela empresa.

O relator considerou também o comportamento da Administração Pública em receber a mercadoria, ainda que com atraso, sem lançar nenhum protesto, o que, segundo o nobre relator, “denota ter consentido com a mora a que incidiu a empresa”, bem como a ausência de prejuízos para a Administração.

Conclui o acórdão, que a noção de adimplemento substancial deve ser tomada em conjunto com a de proporcionalidade na análise do descumprimento contratual.

Embora o acórdão não tenha sido expresse, houve a adoção da teoria dos atos próprios, pois ao considerar o comportamento da Administração em aceitar a entrega do produto com atraso, sem qualquer reação a tal comportamento, fez surgir no contratante a expectativa de que a entrega fora do prazo estava justificada. O seu comportamento posterior de sancionar o atraso, após a execução do contrato, feriu a confiança depositada pela empresa na Administração Pública.

O repertório selecionado indica que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público encontrou ampla acolhida nas mais altas cortes brasileiras, o que evidencia a desnecessidade de previsão legal do princípio em normas de direito público para que o mesmo seja reconhecido, como, inclusive, já foi ressaltado neste breve ensaio.

V – CONCLUSÃO:

Como assinalado, o princípio da boa-fé objetiva encontrou no direito privado, mais especificamente, na teoria contratual, o campo propício para sua instalação e disseminação no direito positivo brasileiro.

Nada obstante, como todas as normas infralegais, é na Constituição que o princípio encontra o seu fundamento jurídico de validade, especificamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no da solidariedade, possibilitando veicular o valor da ética à aplicação das relações jurídicas de direito público e de direito privado.

Independe, portanto, de lei em sentido estrito a aplicação da boa-fé objetiva nas relações protagonizadas por entes públicos.

As especificidades do direito público não obstam a aplicação do princípio, antes lhe impõe a observância, uma vez que ao perseguir o fim público, o administrador, mais do que ninguém, deve pautar sua conduta nos ditames da ética, da moralidade, da lealdade, honestidade, transparência e correção.

Contudo, é necessário admitir que o princípio da boa-fé objetiva seja, ainda, perfunctoriamente delineado pela doutrina, tendo a jurisprudência especial papel na revelação da aplicação do princípio ao caso concreto.

Por óbvio, o alargamento dos poderes do juiz em decorrência da aplicação do princípio é uma realidade constatada por diversos autores. Trataram do assunto Judith Martins-Costa, Teresa Negreiros, Jesús Gosaléz Pérez e Antônio Junqueira de Azevedo.

É bem verdade que o tema da boa-fé ainda pouco explorado pela doutrina brasileira pode sim ser objeto de arbítrio judicial. Contudo, trata-se de um conceito técnico-jurídico de suma importância colocado ao dispor do magistrado para levar também o valor da ética aos casos concretos.

O conteúdo do princípio da boa-fé vem se revelando ao longo dos anos com a análise de casos concretos em que a não aplicação do princípio pode levar a um verdadeiro desrespeito à ética na relação jurídica com entes públicos ou com entes privados.

A jurisprudência que vem se formando no Superior Tribunal de Justiça demonstram que a tendência é a sedimentação do princípio em análise também nas relações jurídicas de direito público, sejam elas contratuais, processuais, tributárias, previdenciárias ou de qualquer outra espécie.

Assim é que o administrador público, além de pautar seu ato na mais estrita legalidade, deve também atuar de forma ética, evitando os

comportamentos contraditórios, agindo com lealdade, transparência, probidade em relação à sua contraparte e à sociedade.

Não basta mais que se atenda exclusivamente ao princípio da legalidade.

Também o advogado público deve estar atento a essa mudança de paradigma, de modo a melhor orientar o seu cliente nas relações jurídicas das quais participe.

Buscou-se, assim, nessas breves linhas a demonstração de uma nova realidade para o setor público, que, ao se orientar pelos ditames da boa-fé objetiva, mais aproxima o país da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com respeito à dignidade da pessoa humana e à moralidade, tal qual preconiza a Lei Maior.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro*: tramitação, função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). Coligido em Revista Jurídica n.º 308 de junho/2003, Ed. Notadez.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da Boa-fé nos Contratos. In: *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, Série Cadernos do CEJ, 20.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. Coligido. *Revista Jurídica*. Notadez, ano 51, n. 304, fev. 2003.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

PÉREZ, Jesus González. *El Principio General de la buena fe en el derecho administrativo*. Espana: Civitas, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

