

ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE LEGALIDADE: A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS¹

Flávio TARTUCE²

Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo)

RESUMO: O artigo analisa a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos administrativos. Inicialmente, discute a negação do Estado de Direito pelo Estado da Legalidade. Examina a teoria do Direito Administrativo e parte em direção a uma proposta de superação.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Estado de Legalidade. Boa-fé objetiva. Contratos administrativos.

ABSTRACT: This article analyzes the application of objective good faith in administrative contracts. First, it discusses the denial of the rule of law through the State of Legality. Then Examines the theory of administrative law and sets out a proposal for overcoming it.

KEY-WORDS: Rule of Law. Legal State. Good faith Objectively. Contracts.

1 PRÓLOGO. A NEGAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO PELO ESTADO DA LEGALIDADE. A DENÚNCIA DE CARRÉ DE MALBERG. A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE LEGALIDADE PELO ESTADO DE DIREITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

É notória e conhecida a denúncia de Raymond Carré de Malberg, após a Revolução Francesa, de construção de um Estado na França baseado na *pura legalidade*.³ Conforme aponta Sérgio Resende de Barros, a Revolução Francesa, como uma das revoluções burguesas, teve como traço marcante *o fato de ter tirado o poder do rei e o atribuído à lei*.⁴ Surge daí o *legalismo*, fundado na lei como premissa fundamental do Direito, acima de todas as outras coisas.

¹ Trabalho realizado para a conclusão de crédito para doutorado na disciplina "A negação do Estado de Direito pelo Estado da Legalidade", ministrada no curso de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009.

² Doutor em Direito Civil pela USP (2010). Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP (2004). Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP (2001). Graduado pela Faculdade de Direito da USP (1998). Coordenador dos cursos de Pós-Graduação lato sensu em Direito Contratual, Direito Civil e Direito de Família e das Sucessões da Escola Paulista de Direito (EPD-São Paulo), onde também é professor.

³ O texto de Raymond Carré de Malberg, que serviu de base para o presente trabalho, foi traduzido pelo Professor Sérgio Resende de Barros e distribuído aos alunos da disciplina antes referida. Trata-se da obra *Contribution à la théorie générale de l'état*, publicado em 1920, em Paris, pela Librairie de la Société du Recueil Sirey. O trecho traduzido se refere às páginas 485 a 494 da obra, referentes ao capítulo que recebeu o título *A função administrativa*, inserido no tema *A função do Estado*. As menções constantes deste trabalho são relativas ao texto traduzido, com sete páginas.

⁴ "Na França, a doutrina (desde Rousseau), e a legislação (a partir da Declaração de Direitos de 1789) entronizaram a lei no lugar do rei – la loi au lieu du roi – na transição histórica que superou o absolutismo pelo legalismo. O culto ideológico da lei persistiu e cresceu no Direito Francês. Hoje, no Direito de matriz francesa, reina absoluta a noção reducionista e exclusivista de que só a lei determina juridicamente a conduta individual. A ela, todos os indivíduos estão submetidos estritamente, inclusive os que a fazem em nome de todos. O que converteu o princípio da legalidade em arquétipo do Estado de Direito: ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BARROS, Sérgio Resende. *Estado de Direito*. Material de apoio referente à aula ministrada na disciplina "A negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade", ministrada no curso de mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009).

A denúncia de Carré de Malberg limitou-se ao Direito Administrativo, a partir da ideia construída na França, até porque poucos eram os recursos para se compreender o alcance prático da adoção ao legalismo.⁵ O tempo ainda não tinha trazido as devidas lições a Carré de Malberg. O que o presente trabalho pretende fazer é demonstrar o quanto foi nefasta a adoção desse modelo, mormente para o próprio Direito Público, engendrado na França para proteger o Estado acima de todas as coisas, e que tanto influenciou o Direito Administrativo Brasileiro.

Como premissa do Estado de Direito, o que se propõe aqui é uma revisão desse *modelo ciclotípico* de proteção estatal, fundando na estrita legalidade. O foco do artigo é a possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva – conceito tão caro ao Direito Civil Contemporâneo –, aos contratos administrativos, o que pode trazer uma revolução ao Direito Público.⁶

Analisando a crítica de Carré de Malberg, constata-se, em um primeiro momento, a sua afirmação de que a lei não seria somente o limite para a atividade administrativa, mas também constituiria a sua condição. Desse modo, a atividade estatal não se poderia consistir senão em atos ou em medidas que assegurassem a execução das normas jurídicas em vigor ou que, pelo menos, estivessem autorizados pela lei.⁷ Nesse ponto verifica-se o fulcro do Estado de Legalidade, mormente no âmbito administrativo.

Mais à frente, o autor estudado aponta as características do Estado de Direito – o *Rechtsstaat* –, construído pelos alemães. De início, alerta que nessa forma de Estado as regras limitativas que o ente público se impõe no interesse dos administrados poderão ser invocadas pelos últimos da maneira como se inova um direito, eis que por esse modo haverá o verdadeiro direito dos administrados.⁸ Nesse diapasão, conforme a tradução de trecho do doutrinador francês: “O Estado de Direito é, pois, aquele que – ao mesmo tempo em que formula prescrições relativas ao exercício de seu poder administrativo – assegura aos administrados, com sanção dessas regras, um poder jurídico de agir ante uma autoridade jurisdicional para o fim de obter a anulação, a reforma ou, em todo caso, a não aplicação dos atos administrativos que os hajam violentado”.⁹ Como se pode perceber, há, no Estado de Direito, uma

⁵ Conforme exposto por Sérgio Resende de Barros, a denúncia de Carré de Malberg foi restrita por três razões. Primeiro, porque se restringiu à França e ao Direito Administrativo de sua época. Segundo, porque não atingiu o condicionamento ideológico do Estado de direito pelo legalismo. Terceiro, “porque tomou a lei em sentido estrito e reutivo, como ato posto formalmente pelo poder constituído para legislar pela generalidade e não como norma jurídica emanada de qualquer ato do Estado que imponha conduta, até individualizada, como a sentença judicial”. (BARROS, Sérgio Resende. *Estado de legalidade*. Material de apoio referente à aula ministrada na disciplina “A negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade”, ministrada no curso de mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009, p. 2).

⁶ Utiliza-se o termo *modelo ciclotípico* a partir da figura mitológica grega do *ciclope*, que era um gigante imortal de um olho só. A visão do Direito Administrativo muitas vezes parece assumir tal feição, estando o único olho aberto tão somente para proteger o Estado, e não o interesse público. Ora, não se pode dizer que, necessariamente, o interesse estatal também se confunde com o interesse público.

⁷ Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 3.

⁸ Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4.

⁹ Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4.

alteridade e reciprocidade entre as partes ou agentes envolvidos, que podem utilizar as mesmas ferramentas contra si. O sistema concebido nessa perspectiva é mais justo, por ser mais equânime e democrático. O verdadeiro diálogo é aquele em que se admite a contestação e a reciprocidade de artifícios entre as partes. Ademais, a estrita legalidade pode ser utilizada como instrumento de opressão.¹⁰

A conclusão de Raymond Carré de Malberg é que o sistema do Estado de Direito é concebido no interesse dos cidadãos, tendo como finalidade municiá-los e defendê-los contra o arbítrio excessivo das autoridades do próprio Estado. O texto em análise traz o lamento do autor em relação ao sistema estabelecido na Constituição Francesa de 1875, baseado na legalidade como regente da atuação administrativa.¹¹

Encerrando o trecho estudado, destaca-se que Carré de Malberg mergulha na diferenciação entre o Estado de Direito e o Estado de Legalidade, o que é exposto no presente artigo por meio de um quadro comparativo.¹²

Estado de Direito	Estado de Legalidade
Estabelecido simples e unicamente no interesse e para a proteção dos cidadãos.	Estabelecido em uma concepção política de organização dos poderes, havendo subordinação aos órgãos legislativos.
Visa fornecer aos cidadãos certas seguranças individuais, que podem ser conciliadas com todas as formas de governo.	Constitui por si mesmo uma forma de governo.
Tem um alcance menos absoluto e mais amplo. Trata-se de um sistema de limitação das autoridades administrativas e do corpo legislativo.	Tem um alcance mais absoluto e menos amplo. O Estado legal tende a assegurar a supremacia da vontade do corpo legislativo.

Pois bem, a construção do Estado de Legalidade não deixou de ser criticada também por Sérgio Resende de Barros, que assim assevera, em estudo da obra de Carré de Malberg:

Desse modo, com inspiração em Carré de Malberg, pode-se e deve-se distinguir o Estado de direito do Estado de legalidade. O que ele chamou de Estado 'legal' hoje se pode chamar de Estado de legalidade: degeneração do Estado de direito, que põe em

¹⁰ Nessa linha de pensamento, merecem destaque as palavras de Eros Roberto Grau: "O Estado autoritário, no entanto, inúmeras vezes se manifesta travestido de 'Estado de Direito'. Sob a aparência de sujeição ao 'domínio da lei' atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbrio. (...) Em nada, absolutamente em nada, contribui a legalidade, enquanto apenas expressão formal do Estado de Direito, para alterar as condições sociais de existência dos economicamente desprivilegiados, no modo de produção capitalista". (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.169).

¹¹ Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4.

¹² Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4-7.

risco a justa atuação da lei na enunciação e concreção dos valores sociais como direitos individuais, coletivos, difusos. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impera o legalismo, que é a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se aninha e se disfarça na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este *in persona* quem edita a norma provisoriamente.¹³

A visão legalista de Estado na França, não só influenciou o Direito Administrativo, mas também o Direito Civil.¹⁴ É notório que o Código Civil Francês de 1804 baseou-se em um sistema essencialmente legal.¹⁵ Tanto isso é verdade que, logo após a sua promulgação – e por muito tempo após, o que se estende até hoje –, ganhou força no sistema privado francês a *Escola da Exegese*.

Conforme aponta Zeno Veloso, essa Escola surgiu na França por volta do século XIX, diante de um verdadeiro fascínio em relação à lei e ao Código Civil de 1804. Ensina o jurista que “para esta Escola, o legislador detinha o monopólio da revelação do Direito (*juspositivismo*); o Direito é a lei escrita. A vontade do legislador é que importa, não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical”.¹⁶ Essa Escola afirmava – e continua afirmando – que o *juiz é a boca da lei*, que o *legislador não traz palavras inúteis*, entre outras deduções legalistas.

Ainda, segundo Zeno Veloso, o grande erro da *Escola da Exegese* foi o de “esquecer que a lei, afinal, é obra do homem e, como tal, não pode ser perfeita, completa, não consegue prever e provar todas as situações que aparecem no meio social, que o tempo não para, e o passar inexorável do tempo impõe mudanças, transformações, novas exigências na vida dos povos”.¹⁷ De fato, tem razão o doutrinador citado, mormente se, em uma análise histórica, for feita a confrontação entre o sistema do Código Civil Brasileiro de 1916 e o sistema do Código Civil Brasileiro de 2002.

O Código Civil de 1916 adotou um sistema legalista, pela clara influência do Código Civil Francês de 1804. Inspirou-se em um modelo positivista, cujo principal expoente foi Hans Kelsen.¹⁸ O sistema do Código Civil de 1916 era fechado, hermético e estático, baseado no paradigma legal. Simbolicamente, pode-se pensar em uma *pirâmide de normas*, fechada e imóvel. Assim era a visão do civilista da geração anterior, moderno e legalista. Privilegiava-se o apego à literalidade fechada da norma

¹³ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millenium, 2008, p. 140.

¹⁴ Conforme aponta Maria Sílvia Zanella Di Pietro, “O Direito Administrativo brasileiro sofreu grande influência do direito alienígena, nas origens, do francês e italiano” (*Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 44).

¹⁵ Cite-se, pelo apego à lei, que o Código Civil Francês de 1804 é inaugurado com um Título Preliminar, referente à publicação, à aplicação e aos efeitos da lei (arts. 1º a 6º).

¹⁶ VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Arts. 1º a 6º. 2. ed. Belém: Unama, 2006, p. 91.

¹⁷ VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Arts. 1º a 6º, p. 91.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

jurídica, prevalecendo a ideia de que a lei seria suficiente para a solução dos casos concretos. Em suma, o *Código Civil de 1916 era um Código de Estado da Legalidade*.

Por outra via totalmente oposta, o Código Civil de 2002 adotou um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais, e na *visão realiana* de que o Direito é baseado em três subsistemas: o dos fatos, o dos valores e o das normas.¹⁹ O sistema, em uma visão concreta, é aberto e dinâmico, em constantes diálogos. Simbolicamente, visualizam-se três meio-círculos que não se fecham, representando cada um destes um dos subsistemas. Assim é o civilista da atual geração, pós-moderno. Privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente para a solução das demandas sociais. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso, preenchidas pelo aplicador do Direito. Em suma, o *Código Civil de 2002 é um Código de Estado de Direito*.

Na atual codificação, na esteira dos ensinamentos de Miguel Reale, entra em cena a *experiência* do aplicador do Direito, que reúne *fato* e *valor* simbioticamente, visando à aplicação da *norma*. Encaixa-se perfeitamente a proposta de Reale, para que os aplicadores do Direito sejam *juristas* – do ponto de vista das normas –, *sociólogos* – diante da análise dos fatos – e *filósofos* – sob o prisma dos valores.²⁰ Diante dessa constatação, Miguel Reale explica com clareza porque o jurista *kelseniano*, essencialmente legalista, encontra dificuldades ao visualizar o Direito de acordo com uma concepção *tridimensional*: “a Ciência do Direito é uma ciência normativa, mas a norma deixa de ser simples juízo lógico, à maneira de Kelsen, para ter um conteúdo fático-valorativo”.²¹

Nas palavras de Judith Martins-Costa, destacada *jurista realiana*, percebe-se na atual codificação um sistema aberto ou de *janelas abertas*, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa.²² A abertura

¹⁹ Ver, sobre a estrutura do Código Civil de 2002 e a *visão realiana*: REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2006; REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. 5. ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, cit.

²¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual, p. 151.

²² De acordo com a doutrinadora, a respeito das cláusulas gerais: “Estas janelas, bem denominadas por Irti de ‘concetti di collegamento’, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘standards’, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética” da situação. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

semântica da atual codificação brasileira, *demonstra que a lei é apenas o piso mínimo de aplicação do Direito e não o seu teto. Desse modo, na ótica privada, superou-se o Estado da Legalidade pelo Estado de Direito.*

Ilustrando a efetividade prática e concreta, o atual codificador privado lançou mão das expressões genéricas *boa-fé* e *usos do lugar de sua celebração*, como norte interpretativo dos negócios jurídicos (art. 113 do CC/2002).²³ O ato abusivo, alçado à condição de ilícito, é construído a partir de conceitos abertos, tais como a sua função econômica e social, a *boa-fé* e os *bons costumes* (art. 187 do CC/2002).²⁴ A função social do contrato, conceito genérico que ainda está sendo construído, limita a autonomia privada, ao lado da *boa-fé* (arts. 421 e 422 do CC/2002).²⁵ O desempenho de uma atividade de risco passa a ter o condão de gerar uma responsabilidade civil independentemente de culpa (art. 927, parágrafo único, do CC).²⁶ Tudo isso, sem prejuízo de outras expressões genéricas que constam da lei privada, em praticamente todos os seus livros.

A vivência de seis anos do atual Código Privado Brasileiro demonstra que as cláusulas gerais em muito contribuíram para a superação do Estado da Legalidade pelo Estado de Direito em sede de Direito Civil. Entre todas as experiências, merece destaque a aplicação da *boa-fé* objetiva aos contratos, em especial pelo seu correto preenchimento nas situações fáticas.

O presente artigo pretende trazer subsídios para que tal superação do mesmo modo ocorra no Direito Administrativo, especificamente nos contratos administrativos, pela incidência desse importante princípio, tema sobre o qual se passa a expor.

2 EPÍLOGO. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE LEGALIDADE. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A BOA-FÉ OBJETIVA. PROPOSTA DE SUPERAÇÃO.

Constata-se, em muitos manuais de Direito Administrativo, a falta de menção à *boa-fé* como princípio a ser aplicado aos contratos administrativos. Demonstrando uma diversidade de tratamento, pode ser encontrada, na doutrina clássica administrativista, afirmação de que os contratos administrativos são regidos por normas

²³ CC/2002. "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração".

²⁴ CC/2002. "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* ou pelos *bons costumes*".

²⁵ CC/2002. "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*".

²⁶ CC/2002. "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

e princípios próprios, tendo o Direito Privado mero caráter supletivo em relação à matéria.²⁷

Nessa linha, a respeito dos contratos administrativos, entre os contemporâneos, Maria Sílvia Zanella de Pietro leciona que “quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”.²⁸ Em sentido muito próximo, Fernanda Marinela assevera que “para os contratos administrativos, em razão do regime público, há uma alteração na fisionomia, o que não ocorre nos contratos privados, havendo tratamento desigual entre a Administração e o contratado, admitindo-se, àquela, instrumentos que instabilizem o vínculo jurídico, como a possibilidade de alterar ou de extinguir unilateralmente, além de outros, modificando, assim, profundamente, a noção de contrato que se estuda na teoria geral do Direito”.²⁹

O que se observa é a construção de uma *teoria geral do contrato administrativo* para a proteção unilateral do Estado, de forma exagerada. A justificativa estaria na supremacia do interesse público; mas em verdade tal posição dispare deu lugar a situações de completa injustiça em nosso País, fundadas muitas vezes nas normas de Direito Público. O Direito Administrativo Brasileiro, tal como foi construído, seguiu a malfadada trilha denunciada por Carré de Malberg, estribando-se no mais puro legalismo.

A Lei n. 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e dos Contratos Administrativos, é o ápice desse apego exagerado à proteção estatal. De início, merece ser criticado o art. 54 da referida norma, pelo qual os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-lhes apenas supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. Ora, o presente trabalho pretende concluir que a boa-fé objetiva, tratada pelo Código Civil de 2002, tem aplicação imediata aos contratos administrativos – como deve ocorrer em qualquer negócio jurídico –, e não apenas subsidiária, ou supletivamente. Destaque-se que, muito além de qualquer previsão legal, a boa-fé é fundamento de todo o sistema jurídico.

Do mesmo modo, não se justifica mais a possibilidade de modificação unilateral ou mesmo de rescisão unilateral dos contratos administrativos por parte do ente estatal, conforme consta do art. 58 da referida norma.³⁰ Além de se violar a boa-fé,

²⁷ Ver, por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 238.

²⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. v. I, p. 348.

³⁰ Lei n. 8.666/1993. “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos

despreza-se a conservação contratual, conceito anexo ao princípio da função social do contrato (art. 421 do Código Civil).³¹ É curioso verificar que não há qualquer menção à boa-fé como princípio ou regramento básico dos contratos administrativos na lei estudada.

Como desdobramento da suposta não incidência da boa-fé objetiva, podem ser encontradas na doutrina administrativista menções à não aplicação da *exceção de contrato não cumprido* aos contratos administrativos.

Como é notório, o instituto constitui uma cláusula resolutiva tácita presente para os contratos bilaterais, conforme constava do art. 1.092 do Código Civil de 1916, comando reproduzido, em parte, pelo art. 476 do Código Civil de 2002.³² Trata-se de mais uma afronta à boa-fé, eis que o referido instituto é forma de *exceptio doli*, ou seja, de defesa contra o dolo alheio, conceito inerente à boa-fé objetiva.³³ Em suma, o que se construiu, em Direito Administrativo, foi um instituto contratual em que não se admite a proteção do contratado contra a má-fé estatal, supostamente em prol de um *interesse público fundado no legalismo exacerbado*.

É notório e conhecido o grande papel de transformação exercido pela boa-fé objetiva no Direito Privado Contemporâneo, consagrada pelo art. 422 do Código Civil como mandamento contratual estruturante. A boa-fé objetiva é aquela que existe no plano da conduta de lealdade das partes, estando relacionada com os *deveres secundários, anexos ou laterais de conduta*, que são inerentes ao ato de *agir honestamente*.³⁴ Conforme reconhece o Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça

especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º – As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º – Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

³¹ A correlação entre conservação do contrato e sua função social foi reconhecida pelos juristas que participaram da *I Jornada de Direito Civil*, evento do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizado em 2002. Na ocasião, aprovou-se o enunciado doutrinário n. 22, com a seguinte redação: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. Do evento participaram juristas como Antonio Junqueira de Azevedo, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Claudia Lima Marques, Cláudio Fortunato Michelon Júnior, Jorge Cesa Ferreira da Silva, Luis Renato Ferreira da Silva, Paulo Eduardo Razuk, Véra Maria Jacob de Fradera e Wanderlei de Paula Barreto, entre outros.

³² Por todos, vejam-se as lições de Maria Sílvia Zanella Di Pietro: “No direito privado, quando uma das partes descumprir o contrato, a outra pode descumpri-lo também socorrendo-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), com fundamento no art. 1.092 do Código Civil. No direito Administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Note-se que a Lei n. 8.666/96 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da administração (art. 79, I); em nenhuma dispositivo confere tal direito ao contratado” (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 254).

³³ Conforme aponta António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, no Direito romano, a *exceptio doli* tinha um duplo papel que gerava a sua bipartição em *exceptio doli specialis* e *exceptio doli generalis* (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 722). A *exceptio doli specialis* seria uma “impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia retirar o efeito juridicamente exigido: havendo dolo essencial, toda a cadeia subsequente ficaria afetada”. Já na *exceptio doli generalis*, mais utilizada, o “réu contrapunha, à ação, o incurso do autor em dolo, em momento da discussão da causa” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, p. 722).

³⁴ Sobre tais deveres secundários, ver: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. Tomo I, p. 142-156. Em Portugal, a referência é

Federal e do Superior Tribunal de Justiça, “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Pode-se afirmar que a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito, que saiu do plano psicológico (*plano intencional, boa-fé subjetiva*) para o plano da conduta concreta dos participantes negociais (*plano da lealdade, boa-fé objetiva*). Três são as funções que a boa-fé objetiva exerce na codificação privada brasileira. De início, há a *função de interpretação*, retirada do citado art. 113 do Código Civil, uma vez que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé ou até mais, de maneira mais favorável a quem esteja agindo de boa-fé. A segunda é a *função de controle*, pois aquele que viola a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito, nova modalidade de ilícito, o que pode repercutir em um contrato ou fora dele (art. 187 do Código Civil). Por fim, tem-se a *função de integração*, eis que a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases contratuais: fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual (art. 422 do Código Civil).³⁵

Na jurisprudência nacional podem ser encontrados inúmeros julgados que fazem incidir o princípio aos contratos privados. Da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2009, serão destacadas duas ementas. A primeira afastou comportamento contraditório de locatária, que se insurgiu contra uma série de condutas anteriores de pagamento, o que é não é permitido pela máxima que veda o comportamento contraditório, inerente à boa-fé (*venire contra factum proprium non potest*).³⁶ A segunda decisão entendeu que a alteração unilateral de um contrato

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001). No Brasil, como obras definitivas a respeito da boa-fé objetiva: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000. Cite-se, ainda, entre os mais jovens: ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

³⁵ São bem conhecidas as críticas formuladas por Junqueira de Azevedo, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código, pois o dispositivo seria insuficiente por não fazer menção à fase pré-contratual (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004). Para suprir tal deficiência, nas *Jornadas de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados doutrinários. O primeiro deles é o de número 25, sendo dirigido ao juiz (ou até aos árbitros): “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. O segundo, de número 170, é dirigido às partes negociais: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

³⁶ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Na espécie, não se aplicam os Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão agravada, ao decidir a matéria, não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o quadro fático dos autos, pois cingiu-se a analisar a legitimidade do nu-proprietário para executar débitos relativos a contrato de locação de imóvel objeto de usufruto. 2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou. 3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nu-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos alugueis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AgRg no Ag 610.607/MG, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/06/2009, DJe 17/08/2009). A relação entre a vedação do comportamento contraditório e a boa-fé foi reconhecida pelo Enunciado n. 362, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, de nossa coautoria, com a seguinte redação: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

de seguro saúde fere a boa-fé objetiva, não sendo possível admitir tal conduta em desfavor do segurado.³⁷ Já chega a quase uma centena o número de decisões encontradas no *site* do Superior Tribunal de Justiça, conforme pesquisa realizada em novembro de 2009.

A pretensão deste trabalho é que a boa-fé objetiva seja aplicada aos contratos administrativos, a partir da visão de um Estado de Direito. E nem é preciso justificar que a boa-fé objetiva é princípio contratual expresso no Código Civil de 2002, uma vez que, conforme destaca Ovídio Batista da Silva, a boa-fé objetiva constitui, “mais do que um princípio, o *verdadeiro oxigênio* sem o qual a vida do Direito seria impossível”.³⁸

Destaque-se que, entre os próprios administrativistas há aqueles que sustentam a incidência da boa-fé objetiva para os contratos administrativos. De toda a sorte, consigne-se que existem restrições a essa incidência, mantendo-se a primazia da administração em relação ao outro contratante. Por todos, merecem relevo as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Demais disso, o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração. Nesta categoria se compreendem a execução com materiais inferiores aos supostos na avença quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez ou da qualidade da obra ou serviço, como, ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência ou recomposição do equilíbrio econômico financeiro convencionado. Quaisquer destes procedimentos prefiguram falta contratual sancionável, a ser devidamente apurada e reconhecida, sempre que revelem dissonância com os deveres de lisura e boa-fé norteadores deste tipo de relação jurídica.³⁹

A aplicação da boa-fé objetiva aos atos e negócios administrativos é urgente e necessária, mormente em uma realidade nacional em que é corriqueiro o desrespeito à boa-fé pelos agentes ou mesmo pelos próprios entes públicos, por meio de suas políticas de atuação. Dois exemplos cotidianos servem para demonstrar tal premissa. De início, verifica-se que os agentes de trânsito no Brasil, em especial nas grandes cidades, não saem às ruas para orientar os motoristas, mas sim para penalizá-los, para multá-los, em qualquer situação de desliz. Além disso, cite-se a situação de muitos

³⁷ “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA. 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico-hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV, e § 1º do CDC. 3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 418.572/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009).

³⁸ SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 105.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 628.

radares eletrônicos em nosso País, colocados atrás de curvas perigosas ou em descidas de rodovias, prontos para flagrar ou *pegar* o cidadão. Corriqueiramente os motoristas não são avisados de suas presenças, em clara afronta ao dever de informação que decorre da boa-fé.

Pois bem, como passo adiante em relação ao tratamento do tema, desdobrando-se na prática a conclusão de incidência da boa-fé objetiva para os contratos administrativos, o citado Celso Antonio Bandeira de Mello é defensor da aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos.⁴⁰

Entre os civilistas contemporâneos, a conclusão não é diferente. Pablo Malheiros da Cunha Frota, com bons fundamentos, sustenta que

Com efeito, a Administração Pública tutelará o interesse público quando cumprir o contrato administrativo, a evitar e/ou mitigar a flagrante e absurda desigualdade entre particulares e o Poder Público, pois este atua sob a estrita observância aos princípios constitucionais, administrativos e sociais dos contratos. Caso contrário, incorrerá em *tu quoque* e causará gravames aos particulares que, talvez, os levem à ruína, haja vista a falta de capital de giro nas sociedades empresárias, fator motivador do maior número de pedidos de recuperação judicial e de falência no Brasil, muitos deles derivados de contratos administrativos. Nestes, muitas vezes o Poder Público pratica, de forma reiterada, o fato da administração, chancelado por doutrinadores, juízes e demais operadores jurídicos, em nome da legalidade infraconstitucional e do positivismo que embebe a maioria dos intérpretes pátrios. Lembre-se de que uma das causas de superfaturamento de obras públicas é o risco de contratar com a Administração Pública e na execução do contrato não receber pela prestação do serviço contratado. O princípio da continuidade do serviço público cede diante do princípio constitucional da igualdade material, da boa-fé, da função social e da equivalência material dos contratos, uma vez que o particular não pode ser parte de um contrato administrativo e somente ficar com os ônus do acordo, enquanto a Administração Pública fica com as benesses, porque – repita-se – se aquele deixar de adimplir o negócio jurídico como acordado com o Poder Público, este não se furtará em aplicar as 'prerrogativas' concedidas pela lei, pelo contrato administrativo e pelo Poder Judiciário.⁴¹

Tem razão o jovem professor. Esclareça-se que a máxima *tu quoque*, citada pelo autor, quer dizer “até tu”, tendo origem histórica no suposto grito do imperador romano Júlio César ao seu filho adotivo Brutus, que havia participado do atentado que

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 608. Para ele, a justificativa estaria no art. 78, incs. XIV e XV, da Lei de Licitações, que assim preveem: “XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou, ainda, por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

⁴¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* para os contratos administrativos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2008, p. 578-579.

o vitimou. Atualmente, o termo enuncia a regra de não se fazer contra o outro o que não se faria contra si mesmo (*regra de ouro*).

Além dessa consequência concreta, é preciso seguir adiante na aplicação da boa-fé objetiva aos contratos administrativos. Com outro desdobramento, pode ser citada a incidência da *teoria do adimplemento substancial*, que a doutrina civilista tem relacionado à boa-fé objetiva e à função social do contrato.⁴² Por essa teoria (*substantial performance*), nos casos em que a obrigação tiver sido substancialmente cumprida, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, caso de uma eventual cobrança ou de uma ação de perdas e danos.⁴³ De toda a forma, consigne-se que a grande dificuldade existente é qual o montante cumprido a fazer incidir a teoria. Na jurisprudência privada, há algumas experiências interessantes.⁴⁴

A incidência da *teoria do adimplemento substancial* representa um claro exemplo de afastamento do Estado de Legalidade e a sua superação pelo Estado de Direito. Isso porque a lei civil trata da hipótese de conversão do inadimplemento relativo em absoluto apenas pelo *critério da utilidade ao credor*, sem fazer menção a como tal conceito deve ser preenchido.⁴⁵ Poder-se-ia argumentar, por apego à lei, que a resolução é um direito do credor, inafastável e indeclinável, sem maiores digressões. Todavia, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, como princípios integradores e corretores do sistema, entram em cena para balizar a norma, ou seja, para trazer a conclusão de que a extinção do contrato e da obrigação deve ser a *ultima ratio*, a última medida, notadamente se a mora for insignificante, de pouca expressão no caso concreto.

A justa construção não só pode como deve ser aplicada aos contratos administrativos, conforme foi reconhecido em sede de Superior Tribunal de Justiça, em julgado cuja ementa merece destaque:

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.

⁴² Na *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 361, com a seguinte redação: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". O citado art. 475 do Código Civil é o dispositivo que trata do inadimplemento culposo do contrato, possibilitando o seu cumprimento forçado ou a sua extinção por resolução, nos dois casos com perdas e danos.

⁴³ Conforme destaca Eduardo Luiz Bussatta, ao analisar as origens inglesas da teoria, "no Direito Inglês vigia a teoria da *substantial failure in performance*, de forma que apenas o incumprimento *sufficiently serious* permite o exercício da faculdade resolutória; nos demais casos só há espaço para requerer perdas e danos" (BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53).

⁴⁴ Como no caso a seguir, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que a teoria incidiu para afastar a busca e apreensão – e a correspondente extinção contratual –, em hipótese envolvendo alienação fiduciária em garantia: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 469.577/SC, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310).

⁴⁵ Conforme se extrai do art. 395, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que enuncia: "Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos".

INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87 DA LEI N. 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 n. 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 n. 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. 5. Apelação e Remessa necessárias conhecidas e improvidas. 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” (STJ, REsp 914.087/RJ, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 190).

Como se pode notar pela elucidativa ementa, o ente estatal afastou o direito de um licitante participar da disputa pública, por não ter tido ele cumprido totalmente uma licitação anterior. Foram aplicadas, assim, as penalidades constantes do art. 87, incs. III e IV, da Lei n. 8.666/1993, não podendo a empresa, na ocasião, participar de nova licitação com a Marinha, para fornecimento de fogareiros.⁴⁶

A contratada ingressou com mandado de segurança pleiteando a sua participação na peleja pela nova contratação, uma vez que havia cumprido substancialmente o contrato anterior, o que lhe foi deferido. O julgado concluiu que a boa-fé objetiva, ao lado da razoabilidade, constitui princípio dos negócios com a

⁴⁶ Lei n. 8.666/1993, “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...). III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

Administração Pública, o que representa uma alteração da forma de pensar o Direito Administrativo. Pode-se dizer que o julgado constitui uma verdadeira revolução, diante das antigas lições – ouvidas muitas vezes nas salas de aula –, de que a boa-fé não seria princípio dos contratos administrativos.

De fato, o que se percebe na doutrina – seja civilista ou administrativista –, são propostas de interações concretas entre o Direito Público e o Direito Privado. Pode-se falar em *publicização do privado*, ou mesmo em *privatização do público*.

Conforme destaca, entre os administrativistas portugueses, Maria João Estorninho, em sua clássica obra, *A fuga para o direito privado*,

Continua por resolver a questão problemática da conjugação do Direito Privado e o Direito Público, ou seja, a questão de saber quais os princípios jurídico-públicos a que a Administração deve estar sujeita na sua actuação jurídico-privada. Torna-se assim urgente e fundamental encontrar o equilíbrio entre a necessidade dessas vinculações e os eventuais riscos de uma publicização excessiva, procurando esse 'justo equilíbrio' entre o Direito Público e o Direito Privado na actuação administrativa.⁴⁷

Comungando desses ideais, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *busca o ato administrativo perdido*, propondo uma revisão dos poderes unilaterais e autoritários da Administração Pública.⁴⁸ Nesse contexto, conclui que o conceito de ato unilateral é que fundamenta o ato administrativo, assim como ocorre com os direitos potestativos privados, não sendo necessário recorrer às pretensas qualidades da *executoriedade*, da *imperatividade* ou da *presunção de legalidade*.⁴⁹ O diálogo com o Direito Privado feito pelo jurista lusitano é interessante, uma vez que os direitos potestativos também se sujeitam ao controle da boa-fé e da função social. Nessa linha, da realidade brasileira, cumpre destacar o art. 473, parágrafo único, do atual Código Civil Brasileiro, que controla o direito à rescisão unilateral – assegurado pela lei – em casos em que o contratante investiu substancialmente no contrato.⁵⁰

⁴⁷ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 361.

⁴⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 556-59.

⁴⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 561.

⁵⁰ É a redação completa do comando legal, merecendo destaque o seu parágrafo: "Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos". A jurisprudência nacional já estabeleceu a relação entre a norma e a boa-fé objetiva, cabendo colacionar: "TUTELA ANTECIPADA. Ação de nulidade de cláusula contratual c.c. indenização por danos materiais e lucros cessantes. Contrato de prestação de serviços de assistência técnica. Nulidade de cláusula contratual que permite a rescisão unilateral e imotivada do contrato mediante aviso prévio de 30 dias. Alegação de que tal cláusula viola a boa-fé objetiva e desrespeita a função social do contrato. Tese que merece acolhida em face da nova concepção da relação jurídica contratual operada com o novo Código Civil. Existência de prova inequívoca de que a contratante fez investimentos consideráveis em função da relação contratual até então existente. Possibilidade de dilatação. Art. 473, parágrafo único, do Novo Código Civil, aplicável ao caso. Inexistência de prova, por ora, do volume de investimentos feitos pela contratante. Inadmissibilidade da suspensão da rescisão do contrato até sentença final (trânsito em julgado), eis que, desse modo, esse prazo pode ser estender por vários anos. Dilação que assim se defere até prolação da sentença de primeiro grau, ficando, a critério do juízo a quo estendê-la, ou não, diante dos argumentos da parte contrária, ainda não citada, e da prova realizada. Deferimento parcial da tutela pleiteada. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de instrumento n. 7.148.853-4, São Paulo, Décima Segunda Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rui Cascaldi, julgado 13/06/2007).

Na civilística nacional, merecem relevo as palavras de Gustavo Tepedino, que defende a *utilização de modelos do Direito Civil para a transparência da Administração Pública*.⁵¹ Tal utilização representa, para ele, em primeiro lugar, uma sadia visão interdisciplinar. Ademais, “prevalece nessa tendência a saudável perspectiva finalística na gestão administrativa, perseguindo-se a simplicidade e a transparência peculiares do Direito Privado, cuja importação para o Direito Administrativo é presságio de maior preocupação ética no trato da coisa pública”.⁵² As suas palavras finais vão no sentido de que a importação e a exportação conceitual, longe de representarem o que chama de “civilização do Direito Administrativo”, consubstanciam “a saudável circulação de modelos jungidos sempre pela mesma tábua de valores, a confirmar, ainda uma vez, a perspectiva unitária do ordenamento”.⁵³

Encerrando o presente artigo, merecem ser citadas as reflexões de Gustavo Binenbojm, que pretende colocar a *dogmática administrativa no divã*, ao buscar uma teoria do Direito Administrativo centrada na sua constitucionalização, na razoabilidade e na ponderação dos valores e interesses protegidos no Texto Maior.⁵⁴ Em sua tese, o jurista chega a afirmar que as categorias básicas do Direito Administrativo, como a supremacia do interesse público, são contaminadas pelo “pecado original consistente no estigma da suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados”.⁵⁵ Nesse ponto, verifica-se que o temor inicial de Raymond Carré de Malberg veio mesmo a se concretizar, por um apego exagerado à legalidade, em prol dos entes estatais no Direito Administrativo.

A conclusão do jurista fluminense é perfeita, conseguindo desconstruir em seu trabalho o modelo clássico administrativo e propondo outro em substituição. A par da incidência da razoabilidade, como ele propugna, a boa-fé objetiva deve incidir nos contratos administrativos. Com tal conclusão, prova-se, nessa seara, a superação de um Estado de Legalidade puro – com a *proteção cega* da Administração Pública –, pelo Estado de Direito, em um modelo unitário e dialogal. O sistema jurídico oxigena-se, em uma construção mais justa, equilibrada e democrática.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 3, p. 435-437.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública, p. 435.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública, p. 437.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Em certo trecho do trabalho, o doutrinador aponta quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que estão em cheque na atualidade, a saber: a) o princípio da supremacia do interesse público; b) a legalidade administrativa, que merece destaque para este artigo; c) a intangibilidade do mérito administrativo; d) a ideia de um Poder Executivo unitário, fundado em relações de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 23-24).

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 15.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millenium, 2008.

BARROS, Sérgio Resende. *Estado de Direito*. Material de apoio referente à aula ministrada na disciplina “A negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade”, ministrada no curso de mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009.

BARROS, Sérgio Resende. *Estado de legalidade*. Material de apoio referente à aula ministrada na disciplina “A negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade”, ministrada no curso de mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009.

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

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* para os contratos administrativos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.

MALBERG, Raymond Carré de. A função administrativa. Tradução de Sérgio Resende de Barros. In: MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la théorie générale de l'état* Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. v. I.

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

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética” da situação. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2006.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. 5. ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 3.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Arts. 1º a 6º. 2. ed. Belém: Unama, 2006.