

TUTELA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS: INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Camyla Figueiredo de Carvalho

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

Resumo

O presente trabalho visa justificar a incidência dos princípios constitucionais e civilísticos da boa-fé objetiva, dos deveres anexos ou laterais das relações jurídicas e demais institutos correlatos no âmbito das relações administrativas. O estudo será desenvolvido a partir da análise histórica e constitucional dos institutos no âmbito privado e sua recente e necessária incursão no atuar administrativo. A problematização que se apresenta inicialmente consiste no aparente descompasso entre princípios historicamente regentes das relações privadas e sua incidência no âmbito administrativo, marcado que é pela principiologia própria da superioridade do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Objetiva-se demonstrar, com o presente trabalho, a compatibilidade destes institutos à luz da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo a partir da atual ordem constitucional.

Palavras-Chave: Tutela da confiança. Boa-fé objetiva. Administração Pública.

Abstract

This work aims to justify the incidence of constitutional principles of objective good faith, the accompanying duties of legal relations and other related institutes within the administrative relations. The study will be developed from the historical and constitutional analysis of the institutes in the private sector and its recent foray into the necessary administrative doing. The problematics that initially presents is the apparent mismatch between principles historically regents of private relations and their impact on the administrative level, which is marked by its own principles of superiority of the public interest over the private and the unavailability of public interest. The objective is to demonstrate with this work, the compatibility of these institutes in the light of the redefinition of paradigms of Administrative Law from the current constitutional order.

Keywords: Protection of trust. Objective good faith. Public Administration.

1 Introdução

É cediço que a vigente ordem constitucional regula-se pela marca do pós-positivismo, pautado que é na superação de valores outrora delimitadores da ciência jurídica, tais como a separação estanque entre prescrição e descrição da norma posta e a dissociação da ciência jurídica dos demais ramos do conhecimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e de seus fundamentos principiológicos, todo o ordenamento jurídico pátrio recebeu incursões que modificaram substancialmente o caráter da norma, superando a já insuficiente dicotomia entre público e privado e estabelecendo diretrizes fundamentais que balizam não só as relações privadas, mas, e decerto com maior enfoque, o atuar administrativo.

Dentre estas diretrizes basilares da ordem constitucional contemporânea, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, conceituada como cláusula geral atinente à valorização da ética e da lealdade entre as partes de uma relação jurídica. Corolário que é dos princípios constitucionais da solidariedade social, da segurança jurídica, e da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva reveste-se de natureza jurídica de dever geral de conduta, seja entre particulares, seja nas relações institucionais.

A rigor, a boa-fé objetiva, pelos seus próprios caracteres essenciais, é exigida de quaisquer sujeitos, integrantes de toda sorte de relações jurídicas, haja vista que, não raramente, as fórmulas legais são insuficientes para resolver todos os conflitos surgidos no seio da sociedade. Desse modo, é juridicamente exigível de quaisquer pessoas ou entes o respeito à lealdade e moralidade nas relações que firmam entre si.

Nesse contexto, insere-se a Administração Pública como parte nas relações jurídicas e questiona-se a incidência de tal dever geral de conduta por parte de seus agentes e representantes. É dizer, exige-se dos entes da Administração Pública, tal qual se exige dos administrados particulares, o respeito à lealdade, moralidade, proibidade, e aos demais deveres anexos à boa-fé objetiva no trato da coisa pública, talvez em maior grau e com maior fundamento, haja vista o interesse público que pauta toda a atuação administrativa.

É assente na doutrina que a Administração Pública pauta-se pelos princípios estruturantes da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado e que dispõe de prerrogativas e sujeições pró-

prias, atinentes ao atingimento do interesse público. Dentre as prerrogativas, citam-se a autotutela de seus atos, revisão e resolução unilateral de contratos, a exigência de cumprimento dos pactos pelo administrado, ainda que a despeito de sua contraprestação, a legitimidade para instituir cláusulas exorbitantes, dentre outras.

Todavia, à luz dos princípios constitucionais contemporâneos da segurança jurídica, da solidariedade social, dignidade da pessoa humana e igualdade, questionam-se os limites de tais prerrogativas e, sobremaneira, a finalidade última da atuação administrativa. Com efeito, à vista de que não se encontram em relação horizontal – o Estado e o administrado – vislumbra-se a necessidade de se assegurar, à luz do princípio da boa-fé objetiva que se impõe como dever geral de conduta, a conservação das relações jurídicas por ambas as partes, questionando-se os limites da vulneração por parte dos entes administrativos, dos deveres principais e anexos às relações administrativas firmadas.

Destarte, à luz dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública e em consonância com o papel do poder público na contemporaneidade, faz-se necessária a harmonização das cláusulas gerais historicamente alçadas à seara particular com a atuação administrativa, na busca pela concretização da finalidade pública e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva na atuação dos entes da Administração Pública em suas relações com os particulares. Objetiva-se inicialmente estudar o histórico do princípio da boa-fé, suas acepções e funções à luz da nova ordem civil-constitucional. Num segundo momento, pretende-se identificar a nova ordem das relações privadas dentro da perspectiva civil constitucional da tutela da confiança, através do estudo dos deveres anexos e demais institutos cíveis relacionados com o princípio da boa-fé objetiva.

Em outro capítulo, apresenta-se a análise da tutela da confiança nas relações administrativas, mais especificamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na atuação da Administração Pública como corolário da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo à luz da nova ordem constitucional. Fez-se opção por traçar um paralelo entre o regramento civil e administrativo à luz das diretrizes constitucionais, a fim de permitir a harmonização dos princípios tradicionais da Administração Pública com a tutela da confiança nas relações público-privadas,

pautando os limites da autotutela administrativa sob a ótica do modelo dialógico de Administração Pública.

Caminhando em direção às conclusões, objetiva-se responder ao seguinte questionamento: é oponível à Administração Pública a observância da boa-fé objetiva nas relações com os particulares?

2 A boa-fé objetiva na atual ordem constitucional

2.1 Histórico da boa-fé

Remontam ao Direito Romano as primeiras demonstrações fáticas e jurídicas do postulado da boa-fé objetiva como dever geral de conduta nas relações jurídicas. A delimitação do conteúdo que hoje representa o atual estágio de evolução do referido instituto decorre, em análise histórica, da adesão ou rejeição às ideias morais e políticas, bem como aos padrões comportamentais do povo romano, sendo um de seus institutos primordiais a noção da *fides*.

Conceituada como ideia central do pensamento político, jurídico e social romano, a *fides* constitui o valor mais genuíno e operante, diretriz das relações jurídicas do povo romano. Seu conceito tradicionalmente difundido é relacionado à existência de liames ou vínculos entre as partes e à consequente expectativa de respeito aos acordos promovidos na relação. Doutrinariamente traduzida como “confiança”, “lealdade”, “honradez” ou “confiabilidade”, é a *fides* o antepassado histórico mais remoto da atual boa-fé objetiva.

A doutrina apresenta três acepções – ou prismas semânticos – da *fides* romana, os quais compõem a noção do instituto e concretizam a sua realização, uma vez que interagem entre si. No dizer de Flávio Rubinstein (2004), as acepções da *fides* romana baseiam-se em elementos históricos, que revelam distintos aspectos relacionados à vida romana. Estes aspectos referem-se, nomeadamente, à religião, ao poder e à manutenção da palavra dada.

Tocante à primeira acepção, relacionada à noção religiosa da *fides*, a doutrina aponta, como antecedente histórico, o antiquíssimo culto à deusa *Fides*, que remonta à própria origem de Roma. A referida divindade era costumeiramente invocada na celebração de negócios entre cidadãos romanos e entre estes e os peregrinos, velando pelo justo cumprimento destes negócios mediante proteção aos cumpridores e castigos aos faltosos.

A doutrina romanística aponta a existência de um ritual pelo qual, a cada ano, três sacerdotes eram levados em um carro puxado por dois cavalos a fim de realizar um sacrifício à *Fides*, no qual se cobria a mão direita da estátua da divindade, símbolo máximo de lealdade à palavra dada.

Flávio Rubinstein (2004), citando Francisco Amaral (1996), destaca:

Dai o hábito dos contratantes de dar um aperto das mãos direitas (dextrarumporrectio) para conferir solenidade à promessa, gesto que, mesmo após o desaparecimento do culto à deusa Fides, permaneceu como sinal de confiança mútua, origem remota e significado da forma de cumprimento comumente adotada pelos povos ocidentais.

Na acepção de poder, por sua vez, a *fides* romana volta-se à proteção da parte mais fraca das relações jurídicas, no sentido de possibilitar, com o respeito ao cumprimento das promessas e da palavra dada, a superação da arbitrariedade da parte mais forte no liame subjetivo. A doutrina aponta como instrumentos concretizadores desta acepção da *fides* a Lei das XII Tábuas, responsável por limitar alguns poderes do tutor e do patrão romanos; e a *Lex Poetelia-Papiria*, responsável pela superação das formalidades absolutas dos empréstimos romanos e a vinculação exclusiva do patrimônio do devedor no cumprimento de suas obrigações.

Nesse contexto, o viés interpretativo do poder na *fides* romana permitiu o estabelecimento de relações de proteção e fidelidade entre o mais forte e o mais fraco, representando verdadeira garantia aos hipossuficientes e figurando como o antecedente histórico mais remoto das legislações protetivas existentes na atualidade.

Por sua vez, a terceira e última acepção semântica da *fides* romana – considerada a mais significativa em termos de formação do instituto da boa-fé objetiva, como atualmente delimitada – consiste no postulado romano da manutenção da palavra dada.

Nos ensinamentos de Menezes Cordeiro, citado por Flávio Rubinstein (2004),

Mais do que mero fato, a exigência de manutenção da palavra dada seria sintoma de um desenvolvimento conceitual incipiente, implicando o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito. Desde o momento em que a "garantia" expressa pela noção de poder passou a residir na qualidade de uma pes-

soa, a fides passou a ser dotada também de matizes morais. Diferentemente das relações de poder, passa-se a estar diante de um curso histórico particular nas relações privadas, no qual, ao contrário, acentuar-se-iam os limites que expressavam o respeito a fides. Nascia, assim, um princípio ético que se desenvolvia por meio de relações estabelecidas sob um plano de igualdade.

Atualmente centrada no fundamento constitucional da segurança jurídica, esta terceira acepção da *fides* romana assenta-se na noção de fidelidade às promessas e aos acordos firmados, ao conseqüente respeito ao teor do acordado entre as partes e à proibição de comportamentos divergentes à legítima expectativa da outra parte.

É de observar-se, portanto, que a manutenção da palavra dada dos romanos constitui a diretriz mais próxima dos atuais contornos da boa-fé objetiva, que compreende um conjunto de prestações, direitos e deveres que incumbem às partes, com base na exigência genérica de adotarem comportamentos segundo um critério de retidão, pressupondo que a parte de uma relação contratual mantenha um comportamento que corresponda à legítima expectativa da outra parte. (Amaral, 1996).

Neste sentido, verificando-se a evolução do instituto da *fides* romana como antecedente histórico da atual boa-fé objetiva, observa-se que o instituto representava um vínculo de garantia, que se consubstanciava na necessidade de manter a palavra dada – seja nas relações entre cidadãos, seja entre cidadãos e estrangeiros – inicialmente com níveis de controle sociais sacros e, mais tarde, éticos e morais.

A partir desta delimitação doutrinária, não se atribuía à *fides* propriamente dita a força vinculativa apta à punição legal dos contendores que desobedeciam ao dever geral de conduta de retidão em suas relações. À *fides* era conferido um conteúdo de natureza ética e moral, mas não jurídica. É apenas com o desenvolvimento do instituto da *bona fides* romana como norma jurídica propriamente dita que se inaugura doutrinariamente o caráter vinculante da boa-fé romana, esta sim apta a gerar a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres gerais de conduta.

O instituto surge como inovação semântica criada pelos pretores em sede processual, atribuindo um sentido técnico-jurídico à noção ético-moral da sua diretriz *fides*, já profundamente enraizada nas relações sociais romanas.

Nesse contexto, a evolução do próprio modelo jurisdicional romano favoreceu a incursão do instituto da *bona fides*, no que se convencionou chamar de “juízos de boa-fé”, ou *bonaefidei iudicia*, através dos

quais se superava o modelo do direito estrito, pautado nas *legis actiones* (ações da lei), para atingir o chamado processo formular, menos rígido quanto à forma e conferindo maior liberdade de apreciação das demandas aos juízes.

Não há consenso na doutrina acerca da natureza da atuação dos juízes no implemento dos juízos de boa-fé. Parcela da doutrina entende que o trabalho conferido aos pretores romanos consistiu apenas no reconhecimento da *fides* já atuante na sociedade romana. Seria a atividade judicante do pretor uma mera aplicação do direito consuetudinário pautado nos ditames ético-morais da *fides*.

Outra corrente confere aos pretores romanos a titularidade da própria criação do instituto da *bona fides* nos referidos juízos de boa-fé, evocando a evolução do conteúdo ético-moral da sociedade para o caráter técnico-jurídico vinculante das relações levadas a juízo.

Prevalece a segunda corrente, sustentando que o conceito de *bona fides* é de fato resultado do trabalho criativo dos juízes romanos, que, atentos à realidade da expansão comercial romana e à pluralidade de relações entre cidadãos e peregrinos, superaram a estrita legalidade e passaram a admitir a eficácia vinculante das relações pautadas na confiança e no dever geral de conduta atribuído à noção de *fides* já enraizada na sociedade.

Desse modo, ao juiz cumpria, como cumpre atualmente, a apreciação do comportamento das partes seja no momento da estipulação do contrato, seja na execução deste e ainda no momento da propositura da ação judicial, sendo este alargamento das funções judiciais no tocante ao exame da *bona fides* o antepassado histórico mais contundente do que hoje se entende como manutenção judicial do sinalagma obrigacional nas relações jurídicas.

Inegável, portanto, a equiparação da *bona fides* romana ao atual conceito de boa-fé objetiva como dever geral de retidão nas condutas, atuando como princípio interpretativo e integrativo das mais diversas espécies de relações jurídicas.

2.2 A nova ordem constitucional e a exigência da boa-fé objetiva

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu título primeiro, um princípio fundamental que veicula a força motriz de todo o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a dignidade da pessoa humana. A vigen-

te ordem constitucional brasileira institui um Estado Democrático de Direito, superação dos modelos de Estado liberal e social, que não atendiam a contento a finalidade última do Estado organizado, que tem como premissas e objetivos a solidariedade social e a promoção do bem de todos os cidadãos.

Com efeito, o próprio período histórico em que se inaugurou a nova ordem constitucional brasileira denota a superação do estado de crise política e exceção por que passava a República, o que demonstra, ainda mais patente, a necessidade de promoção de novos valores constitucionais a fim de reconstruir as estruturas do Estado a partir da proteção da pessoa humana e da busca pela justiça social.

Some-se a isto a nova dinâmica das relações sociais que, pautadas no risco e na fluidez, passou a exigir do sistema jurídico um mínimo de normatização, a fim de assegurar o comportamento ético e probo dos seres humanos e o atingimento das finalidades últimas do Estado Democrático, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

É nesse contexto que se insere a exigência constitucional do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, seja entre particulares, seja entre estes e os entes públicos. De efeito, apesar de não estar expressamente textualizada na Constituição de 1988, a boa-fé objetiva retrata sobremaneira os interesses sociais, agregando valores e conteúdo à efetivação do princípio motriz da dignidade da pessoa humana.

Sobre a confluência da individualidade com os valores sociais da atual ordem constitucional, Ehrhardt Jr. (2014) diz:

No atual sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (sic) e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas ideias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas.

Isso porque a doutrina pátria reconhece no direito contratual privado a mais nítida expressão da aplicação da boa-fé objetiva, e atribui esta evolução prática do princípio ao paradigma do dirigismo contratual e seus institutos correlatos, tais como a ordem pública, a função

social, o interesse público e a própria boa-fé, responsáveis pela chamada “repersonalização” do direito privado através da adoção das chamadas cláusulas gerais.

Comumente referenciada como resposta à complexidade e às expectativas da sociedade globalizada, a adoção das cláusulas gerais no direito privado propicia condições para a fluidez dos valores constitucionais nas relações humanas, mediante “valorização da interpretação criativa do direito de acordo com as exigências de justiça nos casos concretos” (Nery Júnior, 2014).

Desse modo, a doutrina do atual direito civil-constitucional aponta que o princípio da boa-fé objetiva configura uma verdadeira ponte que permite a passagem do formalismo para o consensualismo entre as partes, servindo de base principiológica das relações jurídicas e impondo o dever geral de conduta de retidão entre as partes, em concretização aos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Em respeito a este dever geral de conduta, os contratantes são entendidos não mais como rivais, polos opostos de uma mesma relação jurídica, mas sim, como parceiros leais e probos que, dirigidos pelo dever geral de mútua cooperação, atingirão seus objetivos sem vulnerar as expectativas legítimas geradas na outra parte.

Nesse contexto impende diferenciar a boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta e critério de orientação para interpretação e integração das relações jurídicas, da boa-fé subjetiva, enquanto estado psicológico de um sujeito que supõe estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento, cuja consciência e reserva mental se colocam estaticamente em consonância com a ética.

A boa-fé objetiva pode ser compreendida como norma de correção e, neste sentido, não guarda qualquer relação com a esfera íntima dos indivíduos. Desenvolve-se de modo dinâmico e é exterior ao sujeito, podendo ser valorada juridicamente e, se desrespeitada, servir de parâmetro à responsabilidade civil da parte faltosa, dado que o seu conteúdo gera deveres secundários de conduta que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente no instrumento negocial. Relaciona-se menos com a esfera de consciência dos sujeitos do que propriamente como dever objetivo de manutenção do equilíbrio negocial entre as partes.

Nos dizeres de Judith Martins-Costa (2005):

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard... o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

Nesse sentido, o comportamento *standard*, ou conduta padrão do homem médio (*reasonableman*), tem a pretensão de generalidade no tocante aos deveres que compõem o conteúdo da boa-fé objetiva, considerando-se sempre os aspectos sociais envolvidos, a evolução das relações humanas e o princípio da solidariedade social.

Atento aos ditames constitucionais e em compasso com o histórico do instituto da boa-fé objetiva, verifica-se ainda um importante mecanismo de salvaguarda às garantias da segurança jurídica e da lealdade nas relações negociais, qual seja, o papel regulador do Poder Judiciário.

Com efeito, a adoção de cláusulas gerais no ordenamento jurídico e a valorização da dignidade humana como postulado máximo da nova ordem constitucional exige do magistrado uma atuação direta no controle e na aferição da boa-fé entre os litigantes, atendendo-se ao paradigma do dirigismo contratual e aos postulados da ordem pública e da função social dos negócios jurídicos.

Destarte, é a própria superação dos valores estanques de outrora, advinda com a nova ordem constitucional, que permite inferir a exigência da boa-fé objetiva como corolário direto dos princípios fundamentais da Carta Política de 1988. É porque se funda na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social que a nova ordem constitucional vigente faz presumir a exigência do respeito ao postulado da boa-fé objetiva enquanto dever geral de conduta nas relações jurídicas, tanto particulares, quanto públicas.

3 Os deveres anexos e as funções da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, entendida até aqui como cláusula geral atinente à valorização da ética e da moralidade nas relações jurídicas, foi alçada à condição de dever geral de conduta com o advento do Código

Civil de 2002 e, embora indireta, mas conseqüentemente, à promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos princípios fundamentais inspiradores de toda a legislação pátria.

A doutrina civilista, com maior vagar, debruça-se sobre a natureza jurídica e as acepções do princípio da boa-fé objetiva, haja vista ser um dos princípios fundantes da nova codificação civil que, orientada pelos fundamentos da sociabilidade, eticidade e operabilidade, fornecem substrato e referenciais para a caracterização deste dever geral de conduta.

Tartuce (2016), discorrendo acerca do princípio da eticidade no Código Civil, extrai do princípio da boa-fé objetiva três acepções ou funções informativas do conceito. São suas palavras:

Pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem função de interpretação dos negócios jurídicos em geral (art. 113 do CC). Serve ainda como controle das condutas humanas, eis que a sua violação pode gerar o abuso de direito, nova modalidade de ilícito (art. 187). Por fim, a boa-fé objetiva tem a função de integrar todas as fases pelas quais passa o contrato (art. 422 do CC). Acrescente-se que a eticidade também parece ser regramento adotado pelo Novo Código de Processo Civil, pela constante valorização da boa-fé processual, notadamente pelos seus arts. 5º e 6º.

Pelo exposto, sob o viés interpretativo do princípio da boa-fé objetiva, o dever geral de conduta de retidão deve pautar todos os momentos e fases das relações jurídicas, de modo a flexibilizar a vontade das partes, fazendo prevalecer a intenção nela consubstanciada face ao sentido literal da linguagem. A função hermenêutica ou interpretativa corrobora a dinamicidade da boa-fé objetiva e permite o enquadramento das diversas relações jurídicas à principiologia constitucional.

Por sua vez, a função de controle da boa-fé objetiva assenta-se na noção dos limites ao exercício dos direitos subjetivos e relaciona-se com diversos institutos notadamente consagrados no direito civil os quais impedem que sejam exercidos determinados direitos subjetivos em razão da confiança legitimamente despertada na outra parte. Citam-se os institutos do *venire contra factum proprium*, *supressio*, *tu quoque* e *surrectio*, dentre outros, como concreções do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle.

A doutrina civilista, portanto, dispõe sobre os parâmetros funcionais da boa-fé objetiva no âmbito das relações privadas, estabelecendo um verdadeiro dever geral de conduta entre os particulares, apto a gerar, com o seu

eventual desrespeito, a ilicitude do comportamento, nos termos do art. 187 do Código Civil, impondo o reconhecimento do abuso do direito à parte que excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé.

Já a função integrativa da boa-fé objetiva dá-se pela exigência de que os contratantes guardem, tanto na execução quanto na conclusão das suas relações jurídicas, o dever geral de lealdade, probidade e boa-fé. Funciona, por conseguinte, tanto como norma hermenêutico-integrativa quanto como norma criadora de deveres jurídicos, os chamados deveres anexos.

A delimitação dos deveres anexos na ótica da boa-fé objetiva decorre, como o próprio nome sugere, da superação da obrigação primária da relação jurídica como única finalidade da dinâmica relacional entre as partes, no sentido de atribuir ao efetivo adimplemento uma carga ainda mais substancial, que ultrapassa o conteúdo propriamente dito da prestação para abranger parâmetros comportamentais dos indivíduos que entre si se relacionam.

Fazendo alusão aos deveres anexos como mandamentos gerais de conduta, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011) diz:

Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de ontem promanam. A compreensão de uns implica a dos outros (...). Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação. Essa é a sua característica, razão porque são insuscetíveis ao processo tradicional de subsunção do fato à norma jurídica.

O desenvolvimento da categoria dos deveres anexos, também conhecidos como deveres laterais, colaterais, instrumentais ou fiduciários, deve-se aos estudos de Hermann Staub e Heinrich Stoll no contexto da modernização do Código Civil Alemão, pelo qual o atual desenvolvimento das relações jurídicas exigiria a atribuição de deveres relacionados, para além do próprio cumprimento das prestações, à satisfação das expectativas geradas na contraparte e à garantia da plena realização dos interesses dos figurantes na relação.

Relacionam-se estes deveres anexos com a obrigatoriedade de informação, esclarecimento, proteção, cooperação e lealdade entre as partes, o que demonstra a estreita correlação destes com o postulado da boa-fé objetiva.

Explica Menezes Cordeiro (2001):

O conteúdo dos deveres laterais de proteção está relacionado à exigência de que as partes evitem que sejam infligidos danos mútuos à suas esferas jurídicas. Por sua vez, os deveres laterais de esclarecimento obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, aos quais devem ser somados os deveres de lealdade, impondo a elas a abstenção de qualquer comportamento que possa desequilibrar as prestações, como também a adoção de deveres de atuação positiva para garantir o mesmo objetivo.

Mister ressaltar, como esclarece Ehrhardt (2014), que os deveres laterais são exigíveis durante todo o *iter* da relação obrigacional complexa, desde a fase pré-contratual – quando se exige a prévia relação de confiança entre as partes –, passando pela fase de execução e desenvolvimento do acordo e perdurando após a extinção deste, pelo cumprimento dos deveres de prestação, já que se exige, na fase pós-contratual, que os figurantes assegurem a plena utilidade dos direitos adquiridos.

Exemplos contundentes da incidência dos deveres anexos na fase pós-contratual na legislação pátria verifica-se nos institutos cíveis da evicção, dos vícios redibitórios e nas relações consumeristas, notadamente na atribuição de responsabilidade objetiva ao fornecedor pelos fatos e vícios dos produtos e serviços comercializados.

Enquanto decorrência inafastável da boa-fé objetiva, os deveres anexos apresentam sobremaneira uma tendência expansionista, verificando-se sua exigência não apenas nas relações negociais, como também no direito de família, direito das coisas e, ainda, no direito processual e administrativo.

Com efeito, se é inconcebível que os particulares ajam de modo temerário no trâmite de suas relações pessoais, ainda mais contundente é o dever geral de lealdade e de cooperação quando presente o Estado nas relações jurídicas, seja por meio do Poder Judiciário nas relações processuais, seja pela Administração Pública no trato e efetivação do interesse da coletividade.

No ponto, importa especificar os deveres anexos enquanto decorrência da boa-fé objetiva a fim de averiguar as possíveis consequências

que advêm do seu inadimplemento, seguindo a pertinente premissa doutrinária de que se diferenciam o dever de prestação propriamente dito e o efetivo adimplemento relacional.

Nesse sentido, compõem o exemplificativo rol de deveres anexos: o dever de proteção, que impõe às partes a tarefa de prevenir prejuízos, próprios ou, da outra parte, adotando comportamentos diligentes, observadas a cautela e a segurança jurídica; o dever de informação, consistente nas condutas de esclarecer, advertir, explicar, prestar contas e avisar à outra parte sobre eventuais mudanças passíveis de alteração no equilíbrio da relação firmada com a contraparte; dever de cooperação, que exige das partes o mútuo auxílio no desenvolvimento da relação, enviando-se mútuos esforços no sentido de superar eventuais circunstâncias obstativas do interesse dos sujeitos; e, por fim, decorrente da cooperação, o dever de mitigação, imposto ao credor da relação jurídica no sentido de evitar que o resultado danoso do inadimplemento se agrave ainda mais, prejudicando desproporcionalmente a outra parte.

Sobre este dever de mitigar o prejuízo, advindo da teoria do *duty-tomitigatetheloss* dos países adeptos da *common law*, explica José Jairo Gomes (2005):

Feita a ponderação de valores, no momento em que se estabelece a indenização deve-se ter em conta se o autor do dano adotou atitude indiscutivelmente solidária e cooperativa para com a vítima. Não bastam meras exteriorizações de boas intenções; é fundamental que estas se materializem em atos concretos, efetivos e relevantes, no sentido de minorar os efeitos maléficos do próprio comportamento danoso. Cabe igualmente cogitar do agravamento da indenização se o causador do dano não tiver se solidarizado com a vítima, no sentido indicado.

Desse modo, ainda que numa circunstância de descumprimento das obrigações por uma das partes da relação, a contraparte deve assegurar o próprio comportamento leal, íntegro e cauteloso, a fim de evitar o agravamento da situação da parte com quem se relaciona. É dizer ainda que, numa situação que justifica uma possível conduta agressiva por uma das partes, deve esta guardar a retidão no comportamento, a fidelidade aos acordos firmados e a cooperação com a outra parte no sentido de promover o adimplemento substancial do objeto da relação jurídica.

O dever de mitigação, nos termos acima expostos, traduz-se em um dos institutos de maior refinamento do conteúdo da boa-fé objetiva, que se apresenta como superação do próprio interesse particular para

assegurar a legitimidade e a garantia de uma relação jurídica justa e pautada na cooperação entre as partes.

Tal é a carga valorativa do dever de mitigação nas relações jurídicas que o Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da III Jornada de Direito Civil, elaborou o Enunciado nº 169 com o seguinte teor: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”, demonstrando estreme de dúvidas que o dever de cooperação entre as partes compõe o conteúdo inafastável da boa-fé objetiva e que esta se aplica de forma cogente nas diversas relações jurídicas nacionais.

Ressalte-se que todas as condutas das partes encontram limites nos próprios contornos da relação jurídica firmada, o que não retira dos deveres anexos o seu caráter independente. Com efeito, “o fato de ser impossível o cumprimento da prestação principal não impede o surgimento dos demais efeitos que podem decorrer da relação jurídica obrigacional” (Ehrhardt Jr. 2014).

É nesse contexto que se insere o conceito de violação positiva dos negócios jurídicos, como descumprimento dos deveres anexos da conduta das partes que, ainda que não importe em inadimplemento da prestação, representam uma quebra no liame subjetivo em face ao descumprimento da confiança legitimamente gerada na contraparte.

3.1 Violação positiva dos negócios jurídicos pelo descumprimento dos deveres anexos

Analisado o conteúdo dos deveres anexos ou laterais da conduta como resultantes da exigência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, mister identificar neste ponto as consequências de seu eventual descumprimento. No ponto, importa distinguir os atuais contornos da noção de inadimplemento do seu conceito tradicional, relegado à mera inexecução ou descumprimento da prestação objeto da relação jurídica entre as partes.

Tradicionalmente, o inadimplemento dos acordos firmados consubstancia-se em duas classificações: a que leva em consideração a atuação do devedor e a que leva em conta o interesse violado (SILVA, 2007). No primeiro critério, assenta-se a noção da responsabilidade civil em consequência do inadimplemento atribuível à conduta específica de uma das partes da relação; já o segundo critério enfoca a plena satisfação ou não do interesse objeto da relação jurídica.

Diferencia-se, portanto, o inadimplemento absoluto, que ocorre diante da impossibilidade objetiva de realização da prestação ou de sua inexibibilidade por alteração superveniente das circunstâncias; do inadimplemento relativo, que traduz o conceito civil de mora, caracterizado pelo não cumprimento da prestação no tempo, lugar, ou nas condições previamente fixadas, nos termos da redação expressa do art. 394 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, explica Cavalieri Filho (2010) que seria correto afirmar que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de receber a prestação por falta de interesse do credor; já a mora se caracteriza pela persistência da possibilidade do cumprimento.

A concepção atual de inadimplemento, todavia, não se delimita tão somente pelo descumprimento da prestação objeto da relação jurídica. Nesse sentido, surge a violação positiva dos negócios jurídicos como terceira via no campo da perturbação da relação obrigacional (EHRHARDT, 2014).

A violação positiva não guarda correspondência com o objeto da prestação pactuada entre as partes, e sim, como já apresentado, com o conteúdo dos deveres anexos à relação jurídica. É dizer, são os comportamentos das partes, e não a questão de fundo de direito sob a qual negociam, que implica a atuação conforme ou contra o adimplemento substancial do negócio. Ainda, é a conduta dos figurantes na relação jurídica que representa a proximidade ou a distância dos mesmos com o conteúdo da boa-fé objetiva e que permite visualizar a presença ou a ausência da violação positiva na relação jurídica firmada.

Com efeito, a boa-fé objetiva pode ser compreendida no seu viés negativo, que condiz com o dever de lealdade, ou melhor, na ausência de comportamentos desleais na relação jurídica; e, no seu sentido positivo, qual seja, a criação do dever mútuo de cooperação entre as partes da relação jurídica, espectro de criação dos estudados deveres anexos de conduta.

Nesse contexto, a teoria da violação positiva, criada pelos teóricos Hermann Staub e Heinrich Stoll para resolver lacunas no regramento do inadimplemento no BGB alemão, serve de substrato para a criação de consequências jurídicas no âmbito civil nacional tocante ao descumprimento dos deveres anexos de proteção, informação e cooperação nas relações jurídicas. Desse modo, a violação positiva exsurge no cenário de complexidade das relações, a ensejar de ambas as partes

que entre si se relacionam comportamentos éticos, probos e, sobretudo, cooperativos.

Ehrhardt Jr. (2014) atribui a esta complexidade do conteúdo do inadimplemento a nomenclatura de *perturbação das prestações obrigacionais*, a qual figuraria como gênero do qual seria possível extrair as espécies de inadimplemento absoluto, mora e violação positiva, sendo esta última sinônimo de cumprimento imperfeito do objeto da relação jurídica. O autor exemplifica didaticamente as espécies de inadimplemento com os seguintes cenários:

Se, no caso do inadimplemento absoluto, o credor pode afirmar “não me interessa mais” e, no de mora, sustenta “interessa-me, mas você está atrasado”, no campo da violação positiva (ou cumprimento imperfeito, como se prefere), uma das afirmações possíveis seria “recebi sim, mas não foi isso que combinamos”. Os exemplos utilizados permitem uma melhor visualização da distinção entre cumprimento imperfeito e o denominado adimplemento substancial.

Nesse sentido, é possível asseverar que a boa-fé, enquanto criadora dos deveres anexos ou laterais das relações jurídicas, funciona como verdadeira norma principiológica de extensão do efetivo adimplemento das relações. É dizer, o conteúdo material das relações jurídicas não se esgota na prestação objeto da avença, se espraiando pelo próprio comportamento dos figurantes da relação. O desrespeito a esta boa-fé objetiva e a seus deveres anexos é de tal relevância que importa na violação positiva destas relações, apta a ensejar responsabilização e até mesmo desconstituir a relação anteriormente firmada.

3.2 A função de controle da boa-fé e os institutos cíveis correlatos

Para além das funções hermenêutica e integrativa do princípio da boa-fé objetiva destaca-se a função de controle deste princípio vetor das relações jurídicas. É o terreno fértil para o desenvolvimento do estudo do abuso do direito, nos termos tipificados no art. 187 do Código Civil de 2002 que representa a limitação expressa à liberdade por vezes arbitrária das partes na relação jurídica.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva surge como limite ao exercício disfuncional de uma posição jurídica por parte dos figurantes na relação, velando pela segurança jurídica e, sobretudo, pela observância

dos fundamentos constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social.

Desponta a função de controle da boa-fé objetiva como criadora de *standard*, arquétipo social adequado para limitação do exercício abusivo ou disfuncional de direitos, nos termos do art. 187 do Código Civil (Ehrhardt Jr., 2014).

O exercício dos direitos, portanto, deve respeito não apenas ao acordo firmado e às regras cíveis aplicáveis à espécie, mas também, e sobremaneira, aos princípios advindos da ordem constitucional e do postulado da boa-fé objetiva. Traçando os contornos do conceito de abuso do direito, verifica-se que o exercício de um direito será abusivo ou ilegítimo se houver quebra de confiança das legítimas expectativas das partes (LOPES, 2009).

Nesse contexto, mister analisar os institutos cíveis correlatos ao tema do abuso do direito e à função de controle da boa-fé objetiva, a saber, a doutrina dos atos próprios e a teoria da confiança.

O estudo da doutrina dos atos próprios remonta ao instituto do *venire contra factum proprium*, de origem canônica, que representa a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assume comportamento contraditório (Menezes Cordeiro, 2004). Segundo Nanni (2008), através do estudo do presente instituto analisam-se dois comportamentos de uma mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo (*venire*).

A tradução “Vir contra fato próprio” demonstra o conteúdo da atuação da parte que desrespeita o anteriormente acordado para, ao arrepio da confiança gerada na contraparte, buscar nova pretensão, de modo que, quando alçada à categoria de abuso do direito, o *venire contra factum proprium* deixa de se configurar um comportamento lícito para se tornar ilícito pela inadmissibilidade que gera perante a outra parte. Entra em cena a proteção da confiança legitimamente despertada na contraparte como substrato necessário ao atendimento da boa-fé objetiva nas relações jurídicas.

Conforme Ehrhardt Jr. (2014), diversas são as consequências que podem advir do reconhecimento do *venire contra factum proprium*, tais como, a manutenção do primeiro comportamento adotado pelo sujeito; o afastamento de determinadas consequências dos atos praticados ou ainda a indenização pelos danos causados ao sujeito em virtude da quebra da confiança verificada.

A despeito de ser o instituto mais bem delineado no âmbito da doutrina dos atos próprios, não é o *venire contra factum proprium* a única consequência da quebra da confiança nas relações jurídicas.

Com efeito, pode-se destacar no âmbito processual a figura da *exceptio doli*, enquanto forma indireta de defesa processual através da qual a parte demandada tem a possibilidade de afastar a pretensão do demandante – mesmo sem questionar-lhe a existência do direito – demonstrando que tal demanda foi exercida de forma dolosa, desrespeitando o mandamento geral de conduta segundo a boa-fé. Diferenciam-se os institutos da *exceptio doli* e do *venire contra factum proprium* na medida em que o primeiro pressupõe o dolo do sujeito para sua configuração (Ehrhardt Jr. 2014).

Ainda no campo da teoria dos atos próprios, cita a doutrina civilística a existência dos institutos correlacionados da *supressio* e da *surrectio*, sendo o primeiro conceituado como a perda de um direito quando o seu titular deixa de exercê-lo durante longo tempo, e o correspondente surgimento de um direito relacionado para a contraparte, que gerou, com a conduta inerte do outro negociante, uma expectativa legítima de que de tal modo se daria a relação jurídica. À supressão (*supressio*) do direito de uma parte, portanto, corresponde o surgimento (*surrectio*) do direito de quem com ele se relaciona.

Esmiuchando-lhes o conteúdo, assevera Menezes Cordeiro (2001):

O fenômeno da supressio, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo sob pena de contrariar a boa-fé, corresponde uma forma invertida de apresentar a realidade. A supressio é apenas o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstricção, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que visa adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar (sic) desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa-fé.

Com clareza solar, explica a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, em sede de julgamento de recurso especial interposto neste sodalício (Resp. nº 1.202.514/RS, 3ª Turma), que “a *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do negócio, em

exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido renúncia à prerrogativa”.

Por fim, outro instituto comumente relacionado ao abuso do direito no âmbito da boa-fé objetiva é o *tu quoque*. Oriundo da célebre frase proferida por Júlio César “*Tu quoque, Brute, fili mi*” (Até tu, Brutus, meu filho), o *tu quoque* (também tu) foi erigido à categoria do abuso do direito para assegurar o sistema jurídico da atuação desonesta e infringente da boa-fé dos sujeitos que violam certa norma jurídica e, posteriormente, com o intuito de tirar proveito, recrimina outrem pela violação à mesma norma.

Advinda da máxima latina segundo a qual “a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza”, o instituto traduz a inadmissão no sistema jurídico de que alguém pretenda exigir que terceiros acatem os comandos legais ou contratuais que eles próprios desrespeitam. No dizer de Nelson Rosenvald (2005), “quem não cumpre seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso”.

O instituto encontra amparo legal no ordenamento pátrio, sobretudo no teor do art. 180 do Código Civil, que veda ao menor entre dezesseis e dezoito anos de eximir-se de uma obrigação assumida, utilizando-se de sua idade como fundamento, quando a ocultou dolosamente na formação da relação jurídica.

Verifica-se, destarte, que a doutrina dos atos próprios e seus institutos correlatos concretizam a função de controle da boa-fé objetiva e encontram larga incidência nos diversos ramos do direito pátrio, tanto legalmente quanto doutrinária e jurisprudencialmente, elevando sobremaneira o conteúdo substancial da boa-fé e da proteção da confiança na diversificada gama de relações jurídicas.

4 Tutela da confiança nas relações administrativas

Até aqui se tratou amiúde acerca da exigência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas entre particulares, suas funções, histórico, fundamentos constitucionais, institutos relacionados, consequências de seu eventual descumprimento, e, sobretudo, a legitimidade da sua incidência nas mais diversas acepções do agir conforme o dever geral de retidão na conduta.

Importa neste capítulo aferir a incidência do postulado geral da

boa-fé objetiva enquanto exigência deste dever geral de retidão e lealdade nas relações envolvendo a Administração Pública e, para tal escopo, mister se faz estudar a evolução da administração pública desde o modelo patrimonial até os atuais moldes gerenciais da gestão pública; apreciar a evolução do direito administrativo à luz da Constituição Federal de 1988 e, por fim, identificar a compatibilidade da exigência do postulado da boa-fé objetiva com o regime jurídico administrativo, esmiuçando, sobremaneira, a oponibilidade deste dever geral de conduta aos entes administrativos.

Com efeito, se é evidente a incidência da boa-fé objetiva nas relações entre particulares, decorrência direta da nova ordem constitucional e da perspectiva horizontal dos direitos fundamentais, não menos correta é a incursão desse dever geral de conduta na esfera do direito público. Com efeito, “seria inconcebível que aos vínculos entre os cidadãos e o Estado fosse completamente estranha a nota da lealdade” (NOBRE JR, 2009).

Inicialmente, tocante à exigibilidade da boa-fé no âmbito da administração pública, a doutrina aponta alguns entraves iniciais que merecem ser sopesados, quais sejam, a distinção qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa; a vinculação da Administração ao princípio da legalidade e a natureza diversa dos interesses em discussão.

É cediço que a relação firmada entre a Administração Pública e os particulares se reveste de um caráter vertical, em que o ente administrativo atua não só como parte da relação, mas também como fiscalizador da atuação do administrado. Prova desta posição de superioridade dos entes administrativos sobre os particulares reside na própria principiologia que estrutura o regime jurídico administrativo.

De efeito, pelos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado que orientam todo o complexo de relações jurídicas dirigidas pelo regime jurídico administrativo, é consabido que a Administração Pública dispõe de prerrogativas e sujeições próprias, atinentes ao atingimento do interesse público. Dentre as prerrogativas, citam-se a autotutela de seus atos, a revisão e resolução unilateral de contratos, a exigência de cumprimento dos pactos pelo administrado, ainda que a despeito de sua contraprestação, a legitimidade para instituir cláusulas exorbitantes, dentre outras.

Nesse contexto, a verticalidade que caracteriza as relações jurídicas entre administração pública e particular figuraria como primeira rea-

ção adversa à exigibilidade da boa-fé objetiva na atuação administrativa. Todavia, sustenta a doutrina administrativista mais moderna que, na atual ordem constitucional, o lugar institucional ocupado pela administração pública, por si só, não é capaz de afastar a incidência do princípio da boa-fé, pois é superiormente legítimo que aquela confie no cidadão e vice-versa (NOBRE JR., 2009).

Um segundo entrave inicial à exigência da atuação administrativa, conforme os preceitos da boa-fé objetiva, seria a vinculação estrita dos entes administrativos ao princípio da legalidade. Com efeito, tradicionalmente a Administração Pública atende à máxima de só agir de tal ou qual modo quando assim a lei a autorizar, sendo o princípio da legalidade fundamento máximo legitimador dos papéis assumidos pelos entes da administração.

Entretanto, também o princípio da legalidade estrita não diverge do conteúdo da boa-fé objetiva: a uma, porque a vinculação da Administração Pública à legalidade condiz com o respeito ao ordenamento jurídico em toda a sua completude – mormente às regras e princípios constitucionais – e não apenas a dogmas legais estanques: a duas, porque a boa-fé objetiva, enquanto reconhecimento de valor ético e moral das condutas, jamais representaria afronta, direta ou indireta, ao ordenamento jurídico sob o seu viés da legalidade.

Nesse sentido, aponta Menezes Cordeiro (2001) que a só menção da boa-fé nas codificações, à guisa de princípio geral, é suficiente, só por si, para seu trespasse ao direito administrativo, tendo em vista o caráter de generalidade que lhe é conferido.

Ato contínuo de análise, uma derradeira reação adversa à exigibilidade da boa-fé objetiva na atuação administrativa seria a divergência dos interesses buscados pela administração e pelos particulares. Nesse sentido, “a evolução histórica do Direito Administrativo resulta da tensão dialética entre a lógica da autoridade (poder) e a lógica da liberdade (direitos individuais)” (FACCI, 2015).

No ponto, faz-se remissão à tradicional divergência entre o interesse público e os interesses individuais dos particulares, sendo que o primeiro estaria necessariamente relacionado à ideia de bem coletivo devendo *incontinenti* prevalecer sobre o interesse particular.

Todavia, mais uma vez, entra em cena a eficácia horizontal e onipresente da Constituição Federal, que impôs o atendimento pela administração pública aos postulados gerais da dignidade da pessoa

humana, da solidariedade social, da isonomia e do bem-estar social. É dizer, o interesse público – tanto primário quanto secundário – continuam merecendo a tutela incontestada dos entes públicos e dos particulares, entretanto os direitos fundamentais expressos e decorrentes da nova ordem constitucional devem pautar a conduta dos entes públicos e dos indivíduos, não apenas como diretriz, mas também como limite a eventuais abusos.

Frise-se que a busca pelo atingimento dos interesses públicos por parte da administração muito mais impõe o seu dever de manter uma conduta pautada na boa-fé objetiva do que representa justificativas ao desrespeito irrefreável aos direitos individuais dos cidadãos.

Conforme assevera Héctor Mairal *apud* Edilson Nobre (2009) “parece difícil considerar o Estado excluído da obrigação de respeitar um princípio básico do direito e da moral, como é o da boa-fé, pois o simples fato da administração procurar o bem comum não lhe autoriza querer fugir de tal limite”.

Superados os aparentes entraves à exigência da boa-fé objetiva na atuação da administração pública, mister se faz identificar o conteúdo deste dever geral de conduta à luz das noções de segurança jurídica e da tutela da confiança enquanto princípios estruturantes da atuação administrativa.

A doutrina administrativista costuma apresentar ambos os princípios na ótica da aplicação da boa-fé objetiva no regime jurídico administrativo, todavia não é de todo comum a discussão que perpassa as aproximações e discriminações entre os institutos.

Di Pietro (2014) aborda ambos os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança nas linhas introdutórias do seu trabalho, no capítulo que toca ao regime jurídico administrativo, especificamente quando elenca os princípios estruturantes da Administração Pública, notadamente a boa-fé objetiva.

No que importa ao princípio da segurança jurídica, com fundamento constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, CRFB), a doutrina aponta a adoção expressa da diretriz logo nos primeiros artigos da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e o faz com o objetivo expresso de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de texto normativo no âmbito da Administração Pública.

No dizer de Di Pietro (2014):

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. (...). Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda com a decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior; considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.

É a adoção do princípio da irretroatividade no direito administrativo, decorrência direta do postulado constitucional da segurança jurídica, que confere aos particulares a manutenção de uma dada circunstância face à mudança superveniente de entendimento da administração sobre seus próprios atos e sobre as normas jurídicas em geral.

Nesse contexto, importa considerar outro princípio que rege a administração pública e que ele confere autonomia no resguardo dos atos por si própria emanados. Trata-se do princípio da autotutela administrativa, que confere à Administração Pública a capacidade de anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, ou de revogá-los por motivos de conveniência e oportunidade.

A supracitada Lei 9.784/1999, bem como o Enunciado sumular da jurisprudência dominante do STF de nº 473 estabelecem expressamente estas prerrogativas da Administração Pública quando lhe permitem o controle dos seus próprios atos através da anulação, revogação ou convalidação destes atos jurídicos administrativos. Estabelece a referida Súmula:

Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Entretanto, em respeito aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do direito adquirido, ressalvam tanto o referido enunciado

sumular quanto a supracitada lei, os limites a esta atuação administrativa. Neste sentido, estabelece o art. 54 da Lei 9.784/1999:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

(...)

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (grifou--se).

Verifica-se, portanto, a limitação da autotutela administrativa em respeito às situações jurídicas já consolidadas e referendadas pelo decurso do tempo. É dizer, tendo o particular atingido certa situação jurídica favorável à luz de um ato administrativo válido ao tempo em que adquiriu o seu direito, desde que não infrinja a ordem constitucional, deve a Administração Pública, em eventuais mudanças futuras de interpretação de seus atos, respeitar a situação jurídica já consolidada daquele cidadão que a adquiriu.

Corroborando este entendimento e expondo com precisão a relação da segurança jurídica com o princípio da boa-fé, aduz Di Pietro (2014):

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Nesse sentido, é assente na doutrina administrativista que o princípio da segurança jurídica possui duas vertentes: uma objetiva, que enfatiza a exigência de que a Administração Pública respeite, por meio de seus atos, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido; e a subjetiva, que estabelece a necessidade de uma atuação moral da Adminis-

tração Pública, pautada na boa-fé objetiva e no respeito aos deveres anexos de modo a não surpreender negativamente os particulares.

Sob um segundo viés justificador da proteção à confiança nas relações administrativas, cita-se a própria autolimitação da Administração Pública no resguardo das expectativas geradas pelos seus atos, importando ressaltar, sobretudo, a responsabilidade das entidades e agentes públicos pelo eventual desrespeito às perspectivas dos particulares que com eles se relacionam.

Sobre o tema, explica Carneiro da Frada (2004):

A proteção de expectativas pode constituir perfeitamente um escopo de certa regra jurídica (de responsabilidade) sem que a defraudação de expectativas figure sequer na sua previsão, e que, ao contrário: uma responsabilidade pela confiança como realidade jurídica autônoma existirá somente na medida em que a proteção da confiança constitua o vero fundamento da imputação de determinados danos.

Nesse sentido, o só desrespeito à boa-fé objetiva na condução de determinado comportamento pela Administração Pública, por si, configura uma afronta direta à confiança legitimamente gerada no particular, eivando de imoralidade uma relação jurídica firmada pela administração, donde se depreende a compatibilidade da já debatida Teoria dos Atos Próprios nas condutas da Administração Pública tocante à tutela da confiança do administrado.

5 Considerações finais: oponibilidade do dever geral de conduta de boa-fé à administração pública

À vista de tudo quanto foi amiúde exposto, verifica-se que o dever geral de conduta de retidão e lealdade na atuação da Administração Pública reveste-se de caráter cogente tanto pela característica elementar da fidelidade e do respeito às expectativas geradas na contraparte de uma relação jurídica quanto pela principiologia fundamental inaugurada com a Constituição Federal de 1988, que se espraia de modo ostensivo sob todos os ramos do conhecimento jurídico, notadamente no Direito Administrativo.

Da análise da doutrina administrativista majoritária, é possível aferir a compatibilidade entre os princípios da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, mormente se considerado o arcabouço principiológico-

normativo da Constituição Federal de 1988 e o seu inafastável influxo nos diversos ramos do Direito. Da doutrina moderna, extraem-se algumas hipóteses em que se solucionam conflitos entre a Administração Pública e o cidadão-administrado, a exemplo da manutenção de certos atos administrativos inválidos quando sua alteração implica prejuízo ao particular, o qual, em atendimento aos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé objetiva, permanece eficaz diante da aparência de legitimidade que ostentam os atos administrativos.

No mesmo sentido, elenca a doutrina a hipótese de manutenção de atos praticados por funcionário de fato, a fixação de prazo para anulação de atos administrativos, a regulação de efeitos já produzidos por eventuais atos ilegais e a própria modulação dos efeitos das súmulas vinculantes, como aplicação direta dos princípios ora discutidos, da segurança jurídica, boa-fé objetiva e tutela da confiança.

Não se olvide, por fim, da própria principiologia específica da Administração Pública constante do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e dos demais dispositivos que orientam a atuação administrativa, bem como do controle da probidade alçada às competências tanto das instituições de controle quanto dos próprios cidadãos-administrados.

É de concluir-se, enfim, que o dever de observância dos imperativos constitucionais que oram fundamenta o Estado Democrático de Direito conferem substância à boa-fé objetiva e a seus princípios correlatos não apenas como diretriz orientadora das condutas perpetradas no âmbito da Administração Pública, mas, sobretudo, como mote concretizador dos princípios da cidadania e da solidariedade social.

Referências

- AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista de Direito Civil* 78. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;1000524057>>. Acesso em: 6 Set. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ERHARDT JR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- FACCI, Lucio Picanço. *A proibição de comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/745065>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LOPES, Tereza Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. *Ajuris, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, a. XXXII, n.97, p. 143-169, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de direito: art. 187. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOBRE JR, Edilson Pereira. *Boa-fé como baliza da relação jurídico-administrativa*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/boa-fe-como-baliza-da-relacao-juridico-administrativa/4037>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

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

RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>>. Acesso em: 6 set. 2016.

SILVA, José Cesar Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6.ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2016.