O Fato da Administração e a Revisão dos Contratos Administrativos a Partir da Violação da Boa-Fé Objetiva

The Contractual Breach by the Administration and the Adjustment of Administrative Contracts from an Infringement of Objective Good Faith

MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO

Doutor em Direito, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Juiz Federal, Coordenador do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) em Natal.

THIAGO DE LUCENA MOTTA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Advogado em Natal/RN.

Data da submissão: 06.07.2017.

Data do aceite: 18.08.2017.

RESUMO: O presente artigo trata da necessidade constitucional de incluir, no conceito de fato da Administração, a violação da boa-fé objetiva cometida pelo ente público – o que confere ao contrato o direito à revisão do contrato administrativo quando o comportamento ilícito do contratante quebrar a sua equação econômico-financeira. A tutela do equilíbrio contratual nos contratos administrativos é norma constitucional, contida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A boa-fé objetiva, por sua vez, pode ser compreendida como derivação do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), de modo que a Administração é a ela vinculada. Dessa maneira, será ilícito o ato administrativo que viole o mandamento constitucional de boa-fé, devendo, portanto, ser incluído no conceito de fato da Administração. Quando o comportamento da Administração incorrer nessa espécie de ilicitude, gerando o desequilíbrio do contrato, o particular contratado deverá ter direito subjetivo à revisão do negócio, restaurando a proporcionalidade entre suas obrigações e as do ente público.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos administrativos; fato da Administração; boa-fé objetiva; equilíbrio contratual; revisão.

ABSTRACT: This article deals with the constitutional need to include, in the concept of contractual breach by the Administration, the infringement of objective good faith by the government – giving the hired party the right to adjust the contract when the behavior of the Administration disrupts its

financial equation. The protection of contractual balance in administrative contracts is a constitutional rule, inscribed in art. 37, XXI, of the Federal Constitution. Objective good faith, on the other hand, can be understood as a derivation of the principle of administrative morality (art. 37 of the Federal Constitution), and the Administration is thus bound by it. Therefore, any administrative act that violates the principle of good faith is illicit, and should, accordingly, be included in the concept of contractual breach. When the government's behavior displays such kind of illegality, disturbing the contract's balance, the hired party should be entitled to demand an adjustment of the agreement, restoring correspondence between its obligations and those of the Administration.

KEYWORDS: Government procurement contracts; contractual breach by the Administration; objective good faith; contractual balance; adjustment.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos; 1.1 A revisão do contrato administrativo; 1.2 O fato da Administração; 2 O princípio da boa-fé objetiva e sua aplicação aos contratos administrativos; 2.1 A boa-fé objetiva e suas funções; 2.2 A aplicação da boa-fé objetiva aos contratos administrativos; 3 Fato da Administração e boa-fé objetiva; 3.1 Violação do dever de informação em contrato de concessão; 3.2 *Venire contra factum proprium* e cobrança de débito; 3.3 Cláusulas exorbitantes e boa-fé objetiva; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é princípio positivado na Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, e largamente disciplinado na Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. As normas atinentes ao tema lidam com valores sensíveis do Direito Administrativo – visando a preservar, de um lado, o patrimônio público e, de outro, a estabilidade e segurança do particular contratado pela Administração.

São diversos os casos em que a legislação autoriza a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, todos eles relacionados, em geral, à modificação substancial das circunstâncias que embasaram a celebração do negócio. A revisão e o reajuste são os principais meios através dos quais a Lei Federal nº 8.666/1993 possibilita o reequilíbrio contratual, cada um com seus pressupostos específicos.

Um dos casos autorizadores da revisão do contrato é o fato da Administração, tradicionalmente compreendido como a prática de ato ilícito contratual – especificamente, o inadimplemento – por parte do ente administrativo, capaz de gerar relevante ônus para o contratado. Considerando que o particular não pode se valer imediatamente da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) contra a Administração, faz sentido que lhe seja concedido o direito de requerer a revisão quando a impontualidade do ente público acarretar-lhe prejuízos significantes.

Apesar de dogmaticamente correto, esse entendimento não é o mais adequado para o tratamento da questão, pois se afigura incompleto. Em verdade, não apenas o inadimplemento direto e específico do contrato por parte da Administração – geralmente por meio da falta de pagamento da remuneração – é capaz de quebrar a base econômica do negócio, mas também a violação dos deveres impostos pela boa-fé objetiva. O direito privado, com fundamento especial nos arts. 187 e 422 do Código Civil, já há muito reconhece essa realidade. Afinal, o descumprimento dos mandamentos da cláusula geral de boa-fé é igualmente capaz (tanto quanto a falta de pagamento) de onerar em demasia a posição do contratado, de maneira que uma doutrina do fato da Administração deve, também, considerá-lo. Diversas situações de ocorrência comum, frequentemente levadas aos Tribunais pátrios, poderiam ser melhor solucionadas diante da aplicação da boa-fé objetiva, reconhecendo a sua violação como fato da Administração apto a ensejar a revisão contratual.

Faz-se necessário, portanto, perquirir os fundamentos que possibilitam a utilização desse raciocínio, a partir da análise dos princípios gerais do Direito Administrativo e da tutela do equilíbrio econômico-financeiro contratual na Constituição Federal e na Lei Federal nº 8.666/1993, bem como de sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência.

1 ASPECTOS GERAIS DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato, enquanto expressão da autonomia da vontade, implica a liberdade (dentro dos limites jurídicos) de distribuição de vantagens e encargos entre seus sujeitos, de maneira que eles possam auferir o benefício máximo que se espera de sua execução. É nessa relação entre as prerrogativas e obrigações atinentes às posições jurídicas de cada contratante que consiste o equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) contratual (Lima, 2007, p. 58). Afastadas as hipóteses de manifesta desproporcionalidade (como ocorre no vício da lesão, na forma do art. 157 do Código Civil), a distribuição de prestações contratuais entre as partes é merecedora de tutela do ordenamento jurídico, que deve prever mecanismos capazes de resguardá-la (Negrinhos, 2006, p. 156).

A equação econômico-financeira aperfeiçoa-se no momento da proposta ao outro contratante – que, uma vez aceita, gerará a celebração do contrato –, pois é nele que se ponderam as diversas circunstâncias econômicas, sociais e jurídicas aptas a intervir na relação negocial. Todo contrato é, portanto, criado diante de uma específica situação fática, que influi sobremaneira na fixação dos direitos e das obrigações de cada parte. A proporcionalidade entre estes,

traduzida no instituto do equilíbrio econômico-financeiro, deve ser guardada ao longo de toda a duração da relação contratual.

A questão adquire relevância quando eventos de ocorrência posterior à celebração do negócio interfiram de tal modo em sua execução que gerem a quebra da equação econômico-financeira inicialmente estabelecida. Nessa situação, um dos (ou até mesmo todos os) contratantes pode ter seus encargos contratuais aumentados, ou suas vantagens diminuídas, a ponto de nulificar os objetivos que pretendia atingir com a relação contratual. O desequilíbrio causado pela superveniência do fato danoso pode, inclusive, inviabilizar totalmente a execução da avença. A tutela da equação econômico-financeira tem, assim, a função de conferir estabilidade à correspondência entre as posições jurídicas dos contratantes, viabilizando a modificação do conteúdo contratual quando acontecimentos posteriores causem a majoração dos encargos ou diminuição das vantagens de qualquer das partes.

No Direito alemão, já há muito se reconhece que a proporção entre as prestações das partes merece ser conservada durante a execução contratual quando eventos supervenientes possam alterá-las materialmente, com fundamento na teoria da base do negócio jurídico (*Geschäftsgrundlage*). A doutrina em questão aduz que todo contrato é celebrado diante de determinada conjuntura fática (envolvendo, por exemplo, fatores econômicos, sociais e jurídicos), que é levada em conta pelos contratantes no momento de distribuição de suas obrigações e direitos. O vínculo às prestações inicialmente assumidas dependeria, conseqüentemente, da manutenção das circunstâncias do momento inicial da relação contratual; sendo estas modificadas, seria necessário, também, alterar o conteúdo do contrato (Wieser, 2004, p. 654).

Essa teoria foi plenamente acolhida pelo § 313 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemão. A partir de sua interpretação, fala-se até mesmo em um direito subjetivo à modificação contratual (*Anspruch auf Vertragsanpassung*), derivado da quebra da base do negócio jurídico (Westermann; Bydliński; Weber, 2010, p. 230)¹. O texto legal permite, por sua amplitude, que

1 A manutenção da base do negócio jurídico (com o conseqüente direito à mudança de seus termos, quando necessário) deriva da própria liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*), positivada implicitamente no § 311.1 do BGB (Fikentscher; Heinemann, 2006, p. 110). Exercendo este direito, as partes pactuam a adstrição a um específico conjunto de disposições, vinculando-se ao cumprimento das obrigações previstas no instrumento contratual. É justamente nesse sentido que se reconhece, na doutrina italiana, que a liberdade contratual manifesta-se não só na decisão por contratar ou não, mas também na disciplina autônoma (ou seja, empreendida pelas próprias partes) dos efeitos da relação jurídica entre elas formada (Betti, 1950, p. 92). Essa assunção de responsabilidades é embasada, conforme as circunstâncias existentes no momento da celebração do contrato, pela perspectiva da obtenção de algum benefício. Sendo tais circunstâncias substancialmente mudadas, os contratantes terminariam por se obrigar ao cumprimento de prestações diversas (em seu aspectos materiais) daquelas que inicialmente foram previstas. É com o intuito de evitar semelhantes distorções que a teoria da base do negócio jurídico fundamenta a possibilidade de alteração das disposições contratuais (Frantz, 2007, p. 54).

não apenas as cláusulas que fixam valores a serem pagos pelas partes, mas também todas as provisões que influam significativamente no equilíbrio contratual, possam ser revistas².

Tal doutrina pode inclusive direcionar a interpretação dos arts. 317³ e 478⁴ do Código Civil, de redação bastante similar à do § 313 do *BGB* – ainda que os dispositivos brasileiros mais se aproximem, a rigor, da teoria da imprevisão.

No que se refere especificamente aos contratos administrativos, a própria Constituição Federal cuidou, em seu art. 37, inciso XXI⁵, de positivar o princípio da tutela do equilíbrio econômico-financeiro, ao comandar que devem ser preservadas na execução do contrato “as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (Lima, 2007, p. 58). A base do negócio jurídico celebrado entre a Administração e o particular é, portanto, fixada no momento em que ocorre a proposta no âmbito do processo licitatório. São as circunstâncias desse marco temporal que devem ser levadas em conta para a análise da equação econômico-financeira, e não as da data em que se realiza a contratação. Afinal, conforme já se disse anteriormente, é na elaboração da proposta que o proponente pondera os fatores que podem repercutir economicamente no contrato, para estabelecer, a partir desse estudo, os termos a que está disposto a se vincular (Justen Filho, 2012, p. 888)⁶.

O tema não recebe tratamento substancialmente diverso no Direito francês, em que o equilíbrio financeiro do contrato administrativo (*équilibre financier du contrat administratif*) é compreendido como derivação da boa-fé⁷, com o intuito de resguardar a justa e equânime divisão das vantagens e dos encargos

2 A mesma solução é adotada, por exemplo, no Direito austríaco, onde se permite a revisão quantitativa ou qualitativa como pretensão subjetiva (*Anspruch*) do contratante (Bezemek, 2010, p. 79 e ss.).

3 “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

4 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

5 Art. 37, inciso XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

6 As considerações tecidas sobre a teoria alemã da base do negócio jurídico aplicam-se, amplamente, ao contrato administrativo no Brasil, já que a sistemática pátria também é informada pelo princípio da tutela da equação econômico-financeira – com fundamento, inclusive, no texto constitucional. E nem poderia ser diferente, porquanto a proteção do equilíbrio contratual relaciona-se intimamente à própria natureza sinalagmática do contrato administrativo (Mello, 2013, p. 636).

7 A doutrina alemã, no mesmo sentido, refere-se à base econômica do contrato (*Geschäftsgrundlage*) como uma “expressão da boa-fé objetiva” (*Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben*) (Krauß, 1997, p. 215).

negociais, dando-se preferência à consecução dos objetivos contratuais sobre a simples execução formal das obrigações inicialmente previstas (Vidal, 2005, p. 1025). Isso porque, ao se manter o texto original do contrato, ignorando-se as alterações fáticas supervenientes, promove-se verdadeira frustração das finalidades que os contratantes legitimamente esperavam alcançar com sua celebração. Torna-se necessário, assim, rever os termos do negócio, evitando que a posição jurídica de uma das partes seja onerada em excesso⁸.

A Lei Federal nº 8.666/1993, não divergindo dessa orientação, contém dois principais mecanismos que possibilitam o restabelecimento do equilíbrio contratual: o reajuste (contido no art. 55, inciso III), a incidir em casos de pactuação *ex ante* de índice de correção das prestações (como a correção monetária, por exemplo), e a revisão (art. 58, inciso I e § 2º, e art. 65, inciso II e § 6º), espécie que demanda uma análise *ex post* mais detalhada da quebra da base do contrato⁹. É esta última hipótese que adquire maior relevância para os fins deste artigo, de maneira que se passará ao seu estudo.

1.1 A REVISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Enquanto método de reequilíbrio contratual corretivo (Tácito, 1965, p. 3), a revisão é um procedimento que tem lugar quando eventos supervenientes à celebração do contrato (cuja ocorrência não poderia ter sido prevista pelas partes ou de efeitos que não poderiam ser previamente quantificados na forma de um índice de atualização) alteram significativamente seu substrato econômico, onerando em excesso um dos contratantes. Constatando-se que o desequilíbrio realmente ocorreu, impõe-se a modificação das cláusulas contratuais para restaurar a equação econômico-financeira inicialmente pactuada. A revisão é, por conseguinte, o remodelamento do conteúdo do contrato diante da excessiva onerosidade causada pela mudança das circunstâncias existentes à época da proposta, buscando superar a anomalia na continuação da relação negocial (Meirelles, 2014, p. 266).

O fundamento legal da revisão pode ser encontrado nos arts. 58, inciso I e § 2º, e 65, inciso II e § 6º, da Lei Federal nº 8.666/1993. O art. 58 positivava o direito do contratado ao reequilíbrio diante da alteração unilateral promovida

8 Essa modificação tende a repartir de forma mais igualitária os prejuízos oriundos de eventos posteriores, de maneira a salvaguardar o equilíbrio da relação (Bouthinon-Dumas, 2001, p. 339).

9 O reajuste e a revisão correspondem, respectivamente, aos meios de reequilíbrio preventivo e corretivo, reconhecidos pela doutrina administrativa clássica (Tácito, 1965, p. 3). Na primeira forma, os contratantes pactuam no próprio instrumento contratual um método próprio para ajustar, ao longo do tempo, as prestações que lhes cabem, por meio de um indicador que possa ser previamente quantificado. É o caso, por exemplo, da supracitada correção monetária. O reequilíbrio corretivo, por outro lado, visa à modificação do contrato para adequá-lo a fatos supervenientes cuja ocorrência, quantificação ou de seus efeitos não poderia ter sido antevista pelas partes.

pela Administração¹⁰; o art. 65, por outro lado, trata extensivamente das demais hipóteses de revisão. É do rol constante da alínea *d* de seu inciso II que se pode inferir o fato da Administração como caso autorizador da revisão; o tema será retomado em tópico posterior deste trabalho.

A interpretação dos dispositivos legais bem pode ser orientada pela verificação da quebra da base do negócio jurídico, à semelhança do que defende a doutrina alemã. Embora não haja preceito específico nesse sentido (como o § 313 do *BGB*) no Direito brasileiro, os dois sistemas visam à proteção substancial da equação econômico-financeira contratual, conforme sua configuração no momento em que um dos contratantes realiza a proposta. O próprio art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal não dispõe de maneira diversa, de maneira que se harmoniza com a teoria alemã¹¹.

A revisão tem como pressupostos a ocorrência de um fato posterior à proposta no procedimento de licitação, cuja causa não possa ser imputada ao particular contratado, e que tenha ocasionado o aumento de seus encargos na execução contratual (Lima, 2007, p. 142)¹². Como decorrência, sua realização deve levar em conta a análise das circunstâncias que ensejaram a quebra da base econômica do contrato, buscando precisar sua repercussão nas prestações de cada parte (Justen Filho, 2009, p. 464).

A possibilidade de revisão não necessita de previsão expressa no edital de convocação da licitação e tampouco no contrato posteriormente firmado, derivando dos próprios textos constitucional e legal. Além disso, não são apenas as cláusulas que versam sobre a remuneração devida pela Administração ao particular que podem ser modificadas; qualquer obrigação contratual (cuja alteração seja capaz de restaurar o equilíbrio do contrato) pode ser objeto da revisão, como ocorre nos Direitos alemão e austríaco (Bezemek, 2010, p. 79 e

10 A alteração unilateral é uma espécie de cláusula exorbitante dos contratos administrativos, consistente na prerrogativa contratual conferida à Administração de modificar, de acordo com sua discricionariedade e visando ao melhor atendimento do interesse público, o conteúdo do contrato, por meio do aumento ou da diminuição de seu objeto (alteração quantitativa) ou da exigência de modos especiais de execução (alteração qualitativa) (Di Pietro, 2014, p. 282).

11 Especificamente no que se refere aos contratos administrativos, o Direito tudesco admite a revisão de seu conteúdo (*Anpassung des Vertragsinhalts*) sempre que demonstrada a quebra da base econômica do negócio. A pretensão pode ser veiculada em requerimento dirigido ao próprio ente administrativo, como dispõe o § 60.1 da *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, ou “Lei do Processo Administrativo” (Erichsen; Ehlers, 2006, p. 729). Havendo recusa do pedido, será possível o controle jurisdicional do conteúdo do contrato, podendo a revisão ser operada pela via judicial (Abbeg, 2010, p. 339).

12 A imprevisibilidade do evento não é, necessariamente, um dos requisitos gerais do reequilíbrio (mais se alinhando à aplicação específica da teoria da imprevisão). O que se exige é, isso sim, a impossibilidade de quantificar previamente e com exatidão os efeitos do fato superveniente (causador do desequilíbrio econômico).

ss.)¹³. O que importa é, ao fim, a correção na base econômica do negócio jurídico, restaurando-a a seus padrões originais.

1.2 O FATO DA ADMINISTRAÇÃO

O fato da Administração pode ser compreendido, conforme a doutrina tradicional, como a prática de ato ilícito contratual pelo ente público, consistente em geral no inadimplemento da contraprestação devida ao particular (Justen Filho, 2012, p. 896). Embora o art. 65, inciso II, alínea *d*, da Lei Federal nº 8.666/1993 não liste expressamente o fato da Administração como caso autorizador do reequilíbrio contratual, é pacífico o seu reconhecimento pela doutrina – e isso por duas razões.

Primeiramente, o texto legal do art. 65 elenca o fato do príncipe¹⁴ como ensejador da revisão, de maneira que se até mesmo a atuação lícita e regular do Estado é capaz de gerar ao particular o direito ao reequilíbrio, com mais razão o ato estatal ilícito deverá conferir-lhe idêntica pretensão. Raciocínio contrário deixaria desamparado o contratado, além de violar frontalmente a lógica que orienta o sistema¹⁵. Em segundo lugar, o fato da Administração é certamente capaz de quebrar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato – o que, em respeito ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, deve autorizar a revisão para manter na execução contratual “as condições efetivas da proposta”.

Esse conceito tradicional de fato da Administração, abrangendo somente o inadimplemento contratual clássico, é restritivo em demasia, porque ignora o descumprimento dos deveres impostos pela boa-fé objetiva. Na atual dinâmica da teoria geral do contrato, não mais se admite que as partes se comportem sem considerar o *standard* procedimental atinente ao referido princípio, de modo que uma doutrina adequada do inadimplemento deve levá-lo em conta (Silva, 2006, p. 37). Consequentemente, como se argumentará adiante, o fato da Administração precisar abranger, também, o descumprimento do contrato a partir da violação da boa-fé objetiva.

13 A questão também é tratada da mesma forma, por exemplo, no Direito norte-americano. A *Federal Acquisition Regulation*, que disciplina os contratos administrativos na esfera federal, ao tratar do pedido para ajuste equitativo do contrato (*request for equitable adjustment*) em suas seções 43.204 e 52.243-4, admite que qualquer cláusula apta a restaurar o balanço contratual pode ser modificada (Kirat; Vidal, 2010, p. 179).

14 O fato do príncipe é geralmente definido como o ato estatal lícito que, por meio do exercício legítimo das competências administrativas e legislativas do Estado, majora os encargos do contratado (Mello, 2013, p. 652). Um exemplo clássico dessa hipótese legal é o aumento dos tributos – a que se refere, aliás, o § 5º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993.

15 Na doutrina francesa, por exemplo, o fato do príncipe (*fait du prince*) engloba toda e qualquer atuação do ente administrativo na relação contratual, independentemente de sua licitude. É por isso que a alteração unilateral e os demais poderes exorbitantes (*pouvoirs exorbitants*), bem como o fato da Administração, constituem fato do príncipe para o Direito francês, autorizando a revisão do contrato (Kirat et al, 2007, p. 217).

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A boa-fé objetiva constitui verdadeiro paradigma contratual, guiando a execução de todo e qualquer contrato por meio da imposição de deveres relacionados à moralidade e probidade entre os contratantes.

2.1 A BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS FUNÇÕES

O princípio da boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral do direito obrigacional e contratual, é de difícil conceituação, até mesmo em virtude de sua baixíssima densidade normativa. Não obstante, pode-se compreendê-lo como um padrão de comportamento exigido das partes de uma relação jurídica, impondo-lhes a observância de certos deveres e, sobretudo, a obrigação de se portar de maneira leal e proba.

O conceito objetivo de boa-fé, ao contrário do subjetivo, não leva em consideração o estado psicológico das partes, mas sim o modo pelo qual estas conduzem sua relação, que deve corresponder ao padrão de lealdade e auxílio recíprocos que razoavelmente se poderia esperar naquela situação. A boa-fé objetiva implica, portanto, a necessidade de assumir comportamentos que facilitem a consecução dos objetivos da relação jurídica, com a eliminação dos óbices ao adimplemento das obrigações existentes (Schellhammer, 2011, p. 622 e ss.).

A configuração atual deste princípio deve muito ao *BGB* alemão, que, em seu § 242, impôs ao devedor de uma obrigação o dever de cumpri-la de boa-fé e de acordo com os costumes locais¹⁶. A rubrica do § 242 bem elucida o conteúdo da boa-fé objetiva, ao dizer que o dispositivo trata da execução das obrigações de forma fiel e com confiança mútua entre as partes (*Leistung nach Treu und Glauben*). O art. 422¹⁷ do Código Civil brasileiro incorporou a boa-fé objetiva com conteúdo semelhante ao do *BGB*, mas incluindo o elemento conceitual da probidade.

É possível identificar três funções desempenhadas pelo referido princípio no ordenamento jurídico pátrio: primeiramente, a hermenêutica, consistente no direcionamento da interpretação legal e contratual; em segundo lugar, a limitadora, vedando às partes a prática de certas condutas que seriam abstratamente permitidas; e, por fim, a de criação de deveres – os chamados deveres anexos de conduta (Santos, 2011, p. 363).

16 Malgrado a referência apenas ao devedor, é certo que o comando da boa-fé se aplica, também, ao credor (Enderlein, 1996, p. 411).

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

A função hermenêutica exerce notável influência sobre os contratos, porquanto norteia a fixação do sentido das cláusulas contratuais e permite a melhor apreciação das prestações fixadas¹⁸. O Código Civil positivou expressamente esse entendimento em seus arts. 112¹⁹ e 113²⁰.

A função limitadora da boa-fé objetiva expressa-se, com especial força, na coibição do abuso de direito, figura construída nas doutrinas francesa (*abus de droit*) e alemã (*Rechtsmissbrauch*) e recebida pelo art. 187 do Código Civil brasileiro. A boa-fé determina que o exercício de posições jurídicas (a princípio) não vedadas legalmente é ilícito quando extrapolar suas finalidades econômicas e sociais, causando danos a terceiros (Ancel; Didry, 2001, p. 53 e ss.). Afinal, nenhum direito é outorgado com o objetivo exclusivo de prejudicar a outrem, de maneira que o sujeito que o faz incorre em exercício abusivo desse direito, não merecendo a tutela jurídica e viabilizando sua responsabilização civil (Fleischer, 2003, p. 865).

É no âmbito da função limitadora que se encontram alguns dos mais conhecidos influxos da boa-fé objetiva, como a *supressio*²¹, a proibição dos comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium nulli conceditur*)²² e o adimplemento substancial (*substantial performance*)²³, que já foram objeto de vasto estudo nacional e internacionalmente.

A função criadora de deveres, por fim, expressa-se na imposição às partes de que sigam determinadas condutas que se inserem no padrão de probidade e moralidade que delas se espera. Tais condutas não precisam ser previstas expressamente no contrato, já que derivam diretamente da cláusula geral de

18 Como corretamente percebido pela doutrina suíça, a função hermenêutica determina uma interpretação objetiva guiada pela boa-fé (*Objektivierte Vertragsauslegung nach Treu und Glauben*), em que se atribui maior importância à finalidade socioeconômica das obrigações do que aos termos literais do instrumento contratual (Forstmoser; Vogt, 2003, p. 468). Essa orientação encontra-se, inclusive, albergada pelo art. 112 do Código Civil e aceita pela doutrina pátria (Negreiros, 2006, p. 136).

19 “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

20 “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

21 De forma bastante resumida, a *supressio* (*Rechtsverwirkung*) consiste na perda da possibilidade de exercício de um direito quando seu titular não o faz por um longo período de tempo, criando na outra parte a expectativa de que a situação permanecerá da mesma forma. O exercício do direito, em tais circunstâncias, é abusivo (Ommeslaghe, 2010, p. 2215).

22 A proibição dos comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium nulli conceditur*) é uma cláusula geral da dogmática do abuso do direito, consistindo em uma vedação a que determinado sujeito frustre a confiança e as expectativas que a outra parte legitimamente nutria quanto à sua atuação, em virtude da adoção de um comportamento conflitante ou incompatível com a postura que até então exibiu (Dette, 1985, p. 38).

23 O adimplemento substancial (*substantial performance*), por sua vez, é postulado contratual que limita o direito do credor de uma prestação a requerer a resolução do contrato quando este já foi cumprido, em sua maior parte, pelo devedor. O credor, nesses casos, não poderia negar a realização de sua prestação (valendo-se da exceção do contrato não cumprido), mas apenas reclamar indenização pelas perdas e danos (Cobin, 1919, p. 759).

boa-fé. Esta, assim, cria para os contratantes certos deveres cujo cumprimento é essencial ao total adimplemento de suas obrigações (Betti, 1950, p. 91). Como não se confundem com o objeto principal da relação contratual, é comum que a eles se refira como deveres anexos de conduta ou deveres instrumentais (Silva, 2006, p. 37).

Malgrado exista certa dificuldade conceitual nesse ponto²⁴, pode-se dizer que tais deveres são, em geral, de proteção, cooperação e informação.

Os primeiros determinam que os contratantes zelem pelas posições contratuais um do outro, protegendo-se mutuamente dos riscos oriundos do contrato; têm, pois, o sentido de evitar a consumação de danos às partes. Os deveres de cooperação, por sua vez, impõem aos sujeitos a necessidade de se comportarem de forma harmônica para o alcance das finalidades da relação contratual, mediante auxílio e suporte recíprocos. As partes devem atuar conjuntamente, uma visando facilitar a realização da prestação da outra, sem criar obstáculos para tanto²⁵. Por fim, os deveres de informação determinam que os contratantes compartilhem todos os dados que possam influir de forma relevante na execução do contrato, permitindo que tomem decisões conscientes e informadas quanto ao melhor rumo a ser seguido. Como decorrência, não é lícito às partes a indução mútua a erro, sonegando informações importantes para o bom andamento do contrato.

O descumprimento dos deveres anexos de conduta constitui o que se chama de violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*); o conceito tem origem, novamente, na doutrina alemã, em interpretação do § 242 do *BGB* (Köhler, 1989, p. 73). As consequências da inobservância desses deveres não vêm definidas na lei, devendo ser fixadas em cada caso da maneira que for mais adequada para a preservação, tanto quanto possível, das finalidades do contrato. A violação positiva, assim, tem seus efeitos estabelecidos de acordo com as circunstâncias da situação concreta, buscando a conservação do resultado útil da relação contratual²⁶.

24 A sistematização de tais deveres não é simples, especialmente em virtude do caráter de cláusula geral da boa-fé. E, aliás, nem deveria sê-lo; a textura aberta da norma possibilita que nela sejam enquadrados uma ampla gama de comportamentos, à luz das circunstâncias do caso concreto, de maneira que limitá-la abstratamente pode terminar por retirar parte de sua efetividade.

25 É esse o sentido que comumente se atribui ao dever de cumprir a prestação de boa-fé (*duty to perform in good faith*) na doutrina norte-americana, com destaque para o aspecto econômico das obrigações contratuais. Assim, age de acordo com a boa-fé o contratante que, possuindo discricionariedade para tanto e sem que isso o prejudique, maximiza o proveito auferido por sua contraparte através de sua prestação (Burton, 1980, p. 369).

26 É justamente por isso que a resolução do contrato não é, de forma alguma, a solução preferível diante da ocorrência de uma violação positiva. A extinção da relação contratual por essa via frustra completamente os objetivos inicialmente almejados pelas partes, desperdiçando todos os esforços por elas empreendidos, e penalizando, em especial, o contratante que não teve culpa. Sempre que possível, deverá ser implementada solução alternativa, como a necessidade de indenização por perdas e danos ou revisão dos termos da avença – a não ser, é claro, que a parte que sofreu a violação prefira a resolução contratual e esta não se afigure abusiva.

2.2 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

As considerações anteriormente tecidas acerca da boa-fé objetiva têm raízes (ao menos no Direito brasileiro) em elaborações teóricas da doutrina e da jurisprudência do direito privado, de maneira que é comum a associação desse princípio unicamente com o cumprimento das obrigações civis ou consumeristas. Essa impressão, contudo, não é a mais correta; a boa-fé objetiva e suas funções são, também, plenamente aplicáveis ao direito público e, no que releva para os fins deste artigo, aos contratos administrativos.

Em verdade, os conceitos de boa-fé e abuso de direito são atinentes à teoria geral do Direito, incidindo igualmente sobre os âmbitos público e privado (Forstmoser; Vogt, 2003, p. 233). O padrão comportamental moral e probó que tradicionalmente se exige dos particulares em seus contratos é, com ainda mais razão, vinculante em relação aos sujeitos de um contrato administrativo. Isso porque esta última espécie negocial não versa apenas sobre interesses patrimoniais privados e disponíveis, mas envolve bens jurídicos – como a retidão no agir da Administração, por exemplo –, cuja proteção é relevante para toda a sociedade.

O fundamento jurídico mais concreto que se pode apontar para a incidência da boa-fé objetiva sobre os contratos administrativos é o princípio da moralidade, positivado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (Giacomuzzi, 2002, p. 241). O conteúdo desse princípio é bastante amplo, de modo que uma definição exata de seu alcance normativo é tarefa extremamente complexa. Apesar disso, a doutrina tende a entendê-lo como um mandamento ético dirigido à Administração, impondo-lhe a necessidade de agir de maneira honesta e proba (Carvalho Filho, 2014, p. 22). Reconhece-se, também, que a moralidade abrange os princípios da lealdade e, sobretudo, da boa-fé (Mello, 2013, p. 122).

Enquanto modo de atuação da Administração, o contrato administrativo está vinculado aos princípios do art. 37 da Constituição Federal e, como decorrência do princípio da moralidade, à boa-fé objetiva²⁷. O próprio instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é intimamente ligado à noção de boa-fé, como bem perceberam os juristas franceses, já que pugna pela conservação da finalidade econômica inicial do negócio (Vidal, 2005, p. 1025). Por conseguinte, as funções e os efeitos da boa-fé objetiva – incluindo os deveres anexos de conduta que impõe às partes – incidem sobre o

27 No Direito canadense, em igual sentido, a boa-fé é compreendida como um princípio geral aplicável a toda a gestão do domínio público (*gestion du domaine public*) pela Administração, ao lado da justiça e da razoabilidade. Toda a atuação administrativa é, pois, condicionada por esses princípios, inclusive no âmbito das relações contratuais (Dussault; Bourgeat, 1986, p. 168).

contrato administrativo, vinculando tanto a Administração quanto o particular contratado.

Os influxos da boa-fé, em verdade, se coadunam perfeitamente com o padrão de comportamento que se pode razoavelmente esperar do administrador honesto. Todos os deveres, limitações e nortes interpretativos elencados no tópico anterior possuem uma carga ética fortíssima, voltada à tutela de um mínimo de retidão nas relações jurídicas. Não há qualquer motivo para que esse regime não seja aplicado à Administração. Em virtude do princípio constitucional da moralidade, aliás, é necessário chegar-se à conclusão diametralmente de que a boa-fé objetiva vincula ainda com mais força a Administração.

Na doutrina espanhola, com acerto, se entende que a exigência de a Administração pautar seu comportamento pela boa-fé deriva da necessidade de inspirar confiança nos administrados, conferindo-lhes a real possibilidade de crer que a Administração os tratará de maneira previsível, coerente e moralmente correta (Pérez, 1983, p. 53). Tais considerações aplicam-se sem qualquer retoque ao Direito brasileiro. O modelo administrativo adotado pela Constituição Federal, mormente com a positivação do princípio da moralidade, obriga o administrador a portar-se de maneira condizente com as legítimas expectativas nutridas pelos administrados, a partir da crença de que o Estado agirá conforme os deveres de lealdade e cooperação social que justificam sua própria existência.

A jurisprudência tem acolhido esse entendimento. O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos precedentes, já estabeleceu que a Administração deve observância à boa-fé²⁸; as instâncias ordinárias, corretamente, também se manifestaram em múltiplas ocasiões nesse sentido²⁹.

A legislação do Direito Administrativo, por sua vez, contém algumas referências à boa-fé; a Lei Federal nº 9.784/1999, que trata do processo administrativo, dispõe em seu art. 2º, parágrafo único, inciso IV, que a atuação da Administração será pautada por “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. No que tange especificamente aos contratos administrativos, o art. 66 da Lei

28 Veja-se, por exemplo: STF, AgRg-MC-AC 3.172/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.02.2013, DJe 10.05.2013. Nesse caso, a Corte entendeu que o ato da Administração que revogou a nomeação de policial federal quinze anos após sua investidura no cargo deveria ser suspenso, com base nos princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da segurança jurídica.

29 Confira-se, de forma exemplificativa: TRF da 5ª Região, AR 7205/SE, Tribunal Pleno, Rel. Des. Rubens de Mendonça Canuto, J. 06.11.2013, DJe 02.12.2013. No julgado, o Tribunal entendeu que a União agiu de forma contraditória (*venire contra factum proprium*), incorrendo em abuso de direito e violação da boa-fé objetiva, ao requerer a caducidade da enfiteuse quando ela própria concedeu ao foreiro o parcelamento dos débitos (foros) em atraso. Estes, inclusive, já haviam sido quitados pelo particular quando a União pretendeu a caducidade do aforamento. O Tribunal compreendeu que o comportamento da União foi desleal, descumprindo o padrão de moralidade e probidade derivado da boa-fé que rege as relações entre administrados e Administração.

Federal nº 8.666/1993 aduz que a sua execução deve ser realizada “fielmente pelas partes”; embora não haja uma menção expressa à boa-fé objetiva, é importante lembrar que a fidelidade é um de seus elementos conceituais.

De todo modo, se do supracitado art. 66 não se pode extrair com clareza a imposição de um padrão comportamental probo e leal aos contratantes, o princípio constitucional da moralidade já é suficiente para tanto. A boa-fé, dessa forma, incide sobre o contrato administrativo e vincula em igual medida os sujeitos (Administração e particular) que o integram.

3 FATO DA ADMINISTRAÇÃO E BOA-FÉ OBJETIVA

O tradicional conceito de fato da Administração que compreende apenas o inadimplemento da prestação principal a que o ente administrativo encontra-se vinculado é, como se asseverou anteriormente, bastante restritivo. A partir do princípio constitucional da moralidade, a boa-fé objetiva deve incidir sobre os contratos administrativos e impor deveres próprios às partes, além de limitar a atuação destas e orientar a interpretação dos termos negociais. O descumprimento a qualquer dos comandos normativos emanados da boa-fé gera, pois, violação positiva do contrato administrativo, configurando fato da Administração apto a ensejar a revisão na maneira vista no tópico 1, *supra*.

Afinal, a ilicitude contratual não abrange somente o inadimplemento clássico, mas também a quebra do padrão de conduta exigido pela boa-fé objetiva e pelo princípio da moralidade. Todo ato administrativo ilícito que pode repercutir de forma significativa no equilíbrio do contrato deve, pois, ser considerado fato da Administração, independentemente de ser oriundo de um inadimplemento da prestação principal ou de uma violação da boa-fé.

A teoria da base do negócio jurídico do Direito alemão, que como visto é aplicável no ordenamento pátrio, também fornece amplos subsídios para se chegar a essa conclusão. Considerando que toda circunstância que quebre a base econômica do contrato permite sua revisão (desde que não seja objetivamente imputável ao contratante que pretende o benefício), a violação da boa-fé pela Administração pode muito bem criar para o particular o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro de suas obrigações. O critério fundamental é, assim, verificar se o comportamento administrativo ocasionou o rompimento da proporcionalidade entre as posições contratuais das partes.

É justamente por isso, aliás, que a doutrina tudesca entende que a violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*), por meio do descumprimento dos preceitos da boa-fé objetiva, é ato ilícito que gera a responsabilidade estatal (*Staatshaftung*) e o dever de reparar o particular (Ossenbühl, 1991, p. 298). No âmbito dos contratos administrativos, essa reparação não

é, necessariamente, uma indenização, mas pode assumir a forma de uma revisão dos encargos ou benefícios do contratado, quando esta medida for adequada e suficiente. É nesse mesmo sentido que o já mencionado § 60.1 da *erwaltungsverfahrgesetz* (VwVfG, a lei alemã do processo administrativo) admite a revisão do contrato sempre que sua base econômica for quebrada (Erichsen; Ehlers, 2006, p. 729).

No Direito norte-americano, de forma semelhante, já há muito se entende que existem deveres de cooperação implícitos (*implied duties of cooperation*) nos contratos administrativos, cujo descumprimento pelo Estado consiste em ato ilícito (Speidel, 1972, p. 65). Mais recentemente, a jurisprudência elaborou a teoria das modificações construtivas (*doctrine of constructive changes*), fortemente marcada pela boa-fé. Segundo essa doutrina, as mudanças no equilíbrio econômico do contrato causadas pela Administração, ainda que em hipóteses não previstas pela *Federal Acquisition Regulation*, concedem ao particular o direito de solicitar a revisão do negócio. O caráter do ato administrativo que gerou o desequilíbrio – se lícito ou ilícito, formal ou informal – não é relevante; o que importa é que o contratado não tenha culpa em sua ocorrência (Cibinic Junior; Nash Junior; Nagle, 2006, p. 427).

Tanto a teoria da base do negócio jurídico quanto a das modificações construtivas possibilitam o reconhecimento da ilicitude da violação da boa-fé pela Administração, com o conseqüente direito do particular ao reequilíbrio do contrato.

O entendimento que norteia essas conclusões é o de que o descumprimento dos deveres derivados da boa-fé encontra-se, tanto quanto o inadimplemento clássico, na esfera da ilicitude contratual. Os dois atos são igualmente antijurídicos, merecendo reprimenda do Direito; o que varia de um para outro são as conseqüências da ilicitude, já que a violação positiva do contrato, como se disse anteriormente, não tem seus efeitos expressamente definidos pela lei.

Não obstante isso, diante da compreensão de que o contrato deve ter sua finalidade socioeconômica preservada ao máximo (evitando-se sua resolução), é possível aplicar a revisão prevista no art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 para sanar o eventual desequilíbrio causado pela infração à boa-fé objetiva.

Essa medida depende, é certo, da utilidade fática de sua implementação. Se a violação positiva perpetrada pela Administração inviabilizar totalmente o prosseguimento da relação contratual, a melhor saída pode ser a extinção do negócio, cabendo ao particular o direito de indenização por perdas e danos. Se, por outro lado, o fato da Administração não se revestir da seriedade necessária para alterar a base econômica do contrato, sendo de irrelevante monta, também não se justifica o manejo da revisão.

O que não se pode, todavia, é manter o particular vinculado à literalidade de um contrato cujo equilíbrio econômico-financeiro foi negativamente afetado pela atuação administrativa, por meio da violação da boa-fé objetiva, sem que se permita qualquer alteração em seu conteúdo. O contratado, em tais casos, deverá ter verdadeira pretensão subjetiva à modificação dos termos negociais (a *Anspruch auf Vertragsanpassung* do Direito alemão), exigível judicialmente em caso de resistência do ente público (Westermann; Bydlinski; Weber, 2010, p. 230).

Situações dessa espécie já foram julgadas diversas vezes pelos Tribunais brasileiros, recebendo respostas bastante divergentes. Os subtópicos a seguir se dedicarão à exposição de três entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema, com o intuito de demonstrar como se aplicam na prática as considerações anteriormente feitas.

3.1 VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO EM CONTRATO DE CONCESSÃO

Um dos casos de ocorrência mais comum é o do edital de licitação, nos contratos de concessão de serviço público, que fornece estimativas de demanda exageradas, induzindo sutilmente os concorrentes à formulação de propostas de preços economicamente inexecutáveis. O proponente, ao ter contato com os dados editalícios, se baseia neles para formular uma proposta atrativa, visualizando a possibilidade de diluir seus custos operacionais em virtude da elevada demanda informada pela Administração. No entanto, ao iniciar a execução do contrato, percebe que a estimativa contida no edital era irreal, passando a amargar severos prejuízos.

Foi o que aconteceu no caso discutido na Apelação Cível nº 2000.34.00.018534-8/DF, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1)³⁰. O apelante era concessionário de serviço de transporte interestadual de passageiros e, ao oferecer sua proposta no processo licitatório, tomou como base para fixação do preço a demanda estimada no edital. Esta, entretanto, era bastante acima da real, o que levou o contratado a ter de praticar os valores estipulados na proposta para o fornecimento do serviço a um público muito menor do que o informado pela Administração. Com isso, não lhe foi possível obter o retorno do investimento realizado, uma vez que a demanda efetivamente existente não era suficiente para compensar o estabelecimento da tarifa módica que constava do contrato.

O concessionário ingressou em juízo requerendo a revisão do negócio, sem obter sucesso na primeira instância. Ao julgar a apelação por ele interposta,

30 TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 2000.34.00.018534-8/DF, 5ª Turma Suplementar, Rel. Rodrigo Navarro de Oliveira, J. 20.03.2012.

o TRF-1 negou-lhe provimento, sob o fundamento de que a diferença entre a demanda informada pela Administração e a quantidade real de passageiros não era fato imprevisível a ensejar a revisão³¹.

A Corte valeu-se da teoria da imprevisão (prevista no art. 65, inciso II, alínea *d*, da Lei Federal nº 8.666/1993) como razão para indeferir o reequilíbrio do contrato, constatando que não havia imprevisibilidade nas circunstâncias apontadas. A hipótese, entretanto, não se tratava de aplicação da teoria da imprevisão (que possui pressupostos próprios), mas sim da doutrina do fato da Administração.

Ao transmitir dados errôneos no edital de convocação da licitação, exagerando na estimativa de fluxo de passageiros – o que levou o concessionário a propor preços menores do que faria se tivesse sido devidamente informado –, a Administração violou a boa-fé objetiva. A infração pode ser tranquilamente enquadrada no descumprimento do dever anexo de informação, que, como se disse anteriormente, comanda às partes contratantes que comuniquem uma à outra todos os dados que possam relevantemente influir na execução contratual.

O fluxo de passageiros na concessão de transporte interestadual é, certamente, uma informação de extrema importância para que o concorrente fixe a tarifa a ser cobrada e apresente sua proposta no processo licitatório. Ao transmitir esse dado em números exagerados, a Administração induz o particular a erro e, assim, quebra a relação de proporcionalidade em que consiste o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A base econômica deste foi indubitavelmente perturbada pela atuação administrativa, que se distanciou do referencial de probidade, lealdade e moralidade exigido pelo art. 37 da Constituição Federal.

A revisão seria a ferramenta adequada para corrigir a distorção criada pela violação positiva cometida pela Administração, já que preservaria a continuidade do contrato – e, por decorrência, a prestação adequada do serviço público – e manteria o seu equilíbrio. Um parâmetro satisfatório para a revisão do preço seria a manutenção do lucro que o particular poderia razoavelmente auferir se as condições do edital tivessem, de fato, sido as reais³².

31 Idêntica conclusão foi alcançada pelo TRF-2, no seguinte julgado: TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 2001.51.01.010132-0/RJ, 7ª Turma Especializada, Rel. Des. Theophilus Miguel, J. 29.10.2008, DJU 12.12.2008.

32 Isso, é claro, pressupõe a detalhada exposição dos custos da prestação do serviço e da demonstração do lucro esperado, de acordo com as informações editalícias, no momento da proposta. Esse ônus recai unicamente sobre o contratado, que deve produzir prova de todas essas circunstâncias, de modo a permitir ao Judiciário a correta fixação do novo preço a ser praticado.

3.2 *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E COBRANÇA DE DÉBITO

Por outro lado, já há casos em que a jurisprudência reconheceu, corretamente, a infração à boa-fé perpetrada pela Administração e o consequente direito do particular à revisão. No julgamento da Apelação Cível nº 2001.51.01.022798-4³³, por exemplo, o TRF-2 entendeu abusiva a cobrança de débitos relativos a contrato de locação, em que a Administração era locadora e pretendia obter o pagamento dos aluguéis pelo locatário. Ocorre que este havia realizado diversas melhorias no imóvel locado, a pedido do próprio ente administrativo e mediante promessa de desconto no valor dos aluguéis mensais.

Contudo, apoiando-se na literalidade da cláusula contratual que fixava o preço a ser pago pelo locatário (sem fazer menção a qualquer desconto), a Administração passou a cobrar a quantia total do aluguel, sem deduzir o custo das melhorias feitas pelo particular. Este, então, recorreu ao Judiciário para que fosse reconhecida a nulidade do débito, revendo o valor do aluguel cobrado pelo ente público.

O acórdão supracitado, mantendo a sentença favorável ao locatário, fez expressa referência à violação da boa-fé objetiva cometida pela Administração. Esse ilícito contratual bem se enquadra na modalidade de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que constitui abuso de direito. Ao inspirar no contratado a certeza de que o custo das obras por ele realizadas seria abatido do aluguel, para, em seguida, cobrar o valor completo que constava do instrumento contratual, a Administração praticou atos logicamente incompatíveis, frustrando a confiança nela depositada pelo locatário. Cometeu, portanto, ato ilícito, o que reclama a revisão do contrato para restauração de seu equilíbrio econômico-financeiro.

3.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES E BOA-FÉ OBJETIVA

Os contratos administrativos são marcados pela existência de prerrogativas em favor da Administração, tendo em vista o atendimento ao interesse público, que não são compatíveis com a sistemática contratual do direito privado: tratam-se das cláusulas exorbitantes (Di Pietro, 2014, p. 280).

Essas cláusulas (que derivam, em sua maioria, da própria lei), por conferirem à Administração poderes peculiares, impedem que o particular se oponha ao cumprimento de certas exigências administrativas que não encontram par nos contratos privados. Essa supremacia concedida ao ente público, qualificada

33 TRF da 2ª Região, AC 2001.51.01.022798-4, 6ª Turma Especializada, Rel. Des. Frederico Gueiros, J. 20.07.2009.

pela impossibilidade jurídica de resistência por parte do contratado, abre espaço para que abusos sejam cometidos, inclusive violações à boa-fé objetiva.

Em que pese a origem legal das cláusulas exorbitantes, é certo que sua utilização prática deve obediência aos princípios constitucionais, especialmente àqueles contidos no art. 37 da Constituição Federal – como o princípio da moralidade, do qual deriva a aplicação da boa-fé às relações administrativas. Por conseguinte, ao se valer de uma dessas prerrogativas especiais, a Administração deve ter sua atuação direcionada e limitada pelos deveres de lealdade, confiança e cooperação derivados da boa-fé³⁴.

Já é possível encontrar manifestações jurisprudenciais nesse sentido, reconhecendo ilícito o uso das cláusulas exorbitantes em desacordo com os ditames da boa-fé.

Foi o que fez o TRF-4 ao julgar a Apelação Cível nº 5028268-16.2013.404.7100/RS³⁵, ocasião em que reputou abusivo o exercício de uma prerrogativa contratual exorbitante pela Administração. A lide tratava da rescisão unilateral do contrato³⁶ feita por empresa pública federal, quando esta já havia levado o contratado a realizar vultosos investimentos, necessários para a continuação da relação contratual. O particular construiu, inclusive, um novo projeto de sede para a sua empresa, além de efetuar a substituição de diversos funcionários, tudo em conformidade com exigências feitas pela Administração para dar prosseguimento ao contrato entre eles existente. O prazo para conclusão dessas modificações, entretanto, foi descumprido pelo particular, em virtude do fato de a empresa pública em questão ter criado dificuldades para o andamento das atividades.

A Corte destacou que, na ótica puramente obrigacional, a Administração teria o direito de promover a extinção unilateral do contrato, não só pela imponibilidade do contratado, mas também pelo poder exorbitante de que dispõe no âmbito contratual. Entretanto, a incidência da boa-fé objetiva sobre os contratos

34 As cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos encontram inspiração na doutrina francesa dos *pouvoirs exorbitants* (poderes exorbitantes), conferidos à Administração como prerrogativas que lhe dão certa superioridade em suas relações gerais com os administrados (Nogueuou; Stelkens, 2010, p. 519). Tais poderes, entretanto, não são ilimitados; o Direito francês impõe ao administrador o dever de restringir seu uso ao estritamente necessário para a preservação do interesse público, com observância às balizas impostas pela boa-fé e pelo bem comum (Chevallier, 1988, p. 58). O manejo das cláusulas exorbitantes, no Direito brasileiro, deve se pautar por esse mesmo entendimento, com especial fundamento – repita-se – no princípio da moralidade, positivado no art. 37 da Constituição Federal.

35 TRF da 4ª Região, AC 5028268-16.2013.404.7100/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, J. 15.04.2014.

36 A rescisão unilateral, resumidamente, é uma cláusula exorbitante fundamentada no art. 58, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993, que dá à Administração o direito de rescindir unilateralmente os contratos de que participar, por inadimplemento do contratado ou outras causas previstas em lei (Carvalho Filho, 2014, p. 196).

administrativos, como visto, limita as possibilidades de atuação da Administração, que deve orientar seu comportamento em obediência a esse princípio.

Ao alimentar no particular a expectativa de que o contrato teria regular prosseguimento uma vez feitas as obras requeridas, e depois fazer uso de sua prerrogativa de rescisão unilateral, o ente público violou a boa-fé. O caso aproxima-se bastante da prática de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*), mas pode ser enquadrada, também, como uma hipótese de *promissory estoppel*³⁷.

O que caracterizou a atuação do Tribunal como uma revisão do contrato administrativo foi o fato de não ter se limitado a condenar a Administração a indenizar o particular por perdas e danos. A própria rescisão unilateral feita pelo ente público foi revertida pela Corte, reconhecendo o direito do contratado de continuar na relação contratual. Isso constitui, na prática, uma revisão dos prazos fixados no negócio para a conclusão das obras solicitadas pela Administração – que, mesmo feita de forma extemporânea pelo particular, permitiu-lhe dar seguimento ao contrato.

O precedente demonstra com clareza que as cláusulas exorbitantes não são ilimitadas, mas se submetem – como, aliás, todo o agir administrativo – ao regime jurídico-constitucional da Administração, sendo possível o controle jurisdicional de seu exercício abusivo. E nem se diga que isso consistiria em indevida intervenção do Judiciário no mérito do ato. É certo que os poderes contratuais exorbitantes, como a rescisão unilateral, carregam uma forte carga discricionária, relativa à conveniência e à oportunidade do ato para a satisfação do interesse público – aspectos insuscetíveis à apreciação judicial (Mello, 2013, p. 993). Não obstante isso, a conformidade da atuação da Administração com os princípios constitucionais que balizam seu comportamento – dos quais deriva a boa-fé objetiva – é plenamente passível de ser controlada pela via jurisdicional, porquanto não está à livre disposição do administrador.

37 O *promissory estoppel* (termo que não tem uma tradução totalmente adequada para o português) resulta de construção doutrinária e jurisprudencial da *common law*. Conquanto se aproxime bastante do *venire contra factum proprium*, por carregar em seu cerne a vedação a um comportamento contraditório, com ele não se confunde. A doutrina do *promissory estoppel* determina que, quando uma parte contratante (promitente) faz uma promessa a outra (promissário), sendo a promessa capaz de induzir razoavelmente a expectativa de seu cumprimento, o promissário pode requerer a execução específica do compromisso assumido pelo promitente, mesmo que os elementos formais de um contrato não estejam presentes (Henderson, 1969, p. 343). A aplicação desse instituto pressupõe, por certo, uma perda econômica por parte do promissário, geralmente oriunda de investimentos realizados na crença de que a promessa seria cumprida. Foi exatamente o que ocorreu no caso em análise: o particular contratado realizou uma série de gastos para se adequar ao padrão exigido pela Administração, sendo surpreendido, posteriormente, com a informação de que o contrato havia sido resolvido, tendo de suportar grandes prejuízos econômicos.

Dessa forma, o exercício de uma prerrogativa oriunda de cláusula exorbitante, quando abusivo, não é imune à repressão jurídica, podendo conferir ao particular o direito à revisão do contrato administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é norma de natureza constitucional (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal), de maneira que a aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993 deve por ela se pautar. Igualmente constitucional é a incidência do princípio da boa-fé objetiva sobre todo o agir administrativo – o que abrange as relações contratuais da Administração com particulares –, como influxo do princípio da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal). Dessa forma, o ato do ente público que viola a boa-fé deve ser considerado ilícito e reprimido pelo ordenamento jurídico.

Equilíbrio econômico-financeiro e boa-fé entram em contato na dogmática do fato da Administração, amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como uma causa de revisão do contrato administrativo, ainda que a Lei Federal nº 8.666/1993 não a preveja expressamente. Como se demonstrou anteriormente, a tradicional elaboração do fato da Administração abrange apenas o inadimplemento obrigacional por parte do ente público, consubstanciado, em geral, na falta de pagamento ao particular da remuneração que lhe é devida.

No entanto, o descumprimento dos mandamentos da boa-fé objetiva é tão ilícito quanto a impontualidade da Administração na obrigação principal do contrato. Ambos são formas de ilicitude contratual, de modo que não há porque se reconhecer a um deles o caráter de fato da Administração e negá-lo ao outro. Afinal, quando o ilícito administrativo quebra a equação econômico-financeira do contrato, é irrelevante para o particular prejudicado se o ato foi mero inadimplemento ou violação da boa-fé, como bem apontou a doutrina americana das modificações construtivas.

Se o comportamento do ente público implicou descumprimento de seus deveres legais e constitucionais, e gerou o desequilíbrio do contrato celebrado com a pessoa privada, impende reconhecê-lo como fato da Administração – e, conseqüentemente, autorizar-se a revisão do negócio. A vinculação do particular ao contrato constitui expressão de sua liberdade contratual, e só faz sentido enquanto a base econômica da relação negocial for mantida. Uma vez quebrada a proporcionalidade originalmente existente entre as obrigações das partes, a avença deve ser revista para assegurar a preservação de sua equação econômico-financeira.

O conceito de fato da Administração, por conseguinte, não pode ser restritivo, mas deve abranger todo e qualquer ato ilícito do ente administrativo que seja capaz de romper o equilíbrio contratual. Constatada a ocorrência da ilicitude e a quebra da base econômica do contrato, será viável a revisão de seus termos, criando para o particular um direito subjetivo ao reequilíbrio do negócio.

REFERÊNCIAS

- ABEGG, Andreas. *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten: der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert*. Stuttgart: Lucius, 2010.
- ANCEL, Pascal; DIDRY, Claude. L'abus de droit: une notion sans histoire. In: ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. *L'abus de droit: comparaisons franco-suisse*. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001. p. 51-66.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, t. 1, 1950.
- BEZEMEK, Critspoh. *Die Geschäftsgrundlage im österreichischen Zivilrecht*. Viena: Springer, 2010.
- BOUTHINON-DUMAS, Hugues. Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision. *Revue Internationale de Droit Economique*, Paris, v. 15, n. 3, p. 339-373, jul./set. 2001.
- BURTON, Steven. Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. *Harvard Law Review*, Cambridge (US), v. 94, n. 2, p. 369-404, nov./dez. 1980.
- CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif, droit de privilège? *Revue Pouvoirs*, Paris, v. 11, n. 46, p. 57-70, ago./set. 1988.
- CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph; NAGLE, James. *Administration of government contracts*. 4. ed. Washington DC: Wolters Kluwer, 2006.
- COBIN, Arthur. Conditions in the law of contract. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 28, n. 8, p. 739-768, jun./jul. 1919.
- DETTE, Hans Walter. *Venire contra factum proprium nulli conceditur: zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DUSSAULT, René; BERGEAT, Louis. *Traité de droit administratif*. 10. ed. Québec: Université L'Aval, t. 2, 1986.
- ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*. Munique: C. H. Beck, 1996.
- ERICHSEN, Hans-Uwe; EHLERS, Dirk. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 13. ed. Berlin: De Gruyter, 2006.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. *Schuldrecht*. Berlin: De Gruyter, 2006.
- FLEISCHER, Holger. Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht. *Juristen Zeitung*, Bisingen, v. 58, n. 18, p. 865-874, ago./set. 2003.
- FORSTMOSER, Peter; VOGT, Hans-Ueli. *Einführung in das Recht*. 3. ed. Berna: Stämpfli, 2003.

- FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HENDERSON, Stanley. Promissory estoppel and traditional contract doctrine. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 78, n. 3, p. 343-387, jan./fev. 1969.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KIRAT, Thierry; VIDAL, Laurent. Litigation on public contract performance: a comparative study of the treatment of additional costs and contract equilibrium by administrative judges in the United States and France. *Public Contract Law Journal*, Washington DC, v. 38, n. 1, p. 154-185, jan./abr. 2008.
- KIRAT, Thierry et al. De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics. In: MARAIS, Bertrand du. *Agences de notation, immobilier et contrats publics: contributions sur l'attractivité économique du droit*. Paris: La Documentation Française, 2007. p. 165-252.
- KÖHLER, Helmut. *BGB-Recht der Schuldverhältnisse I: Allgemeiner Teil*. 13. ed. Munique: C. H. Beck, 1989.
- LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- KRAUß, Michael. *Widerruf von Arbeitgeberleistungen*. Berlim: Duncker und Humblot, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOGUELLOU, Rozen; STELKENS, Ulrich. *Droit comparé des contracts publics*. Bruxelas: Bruylant, 2010.
- OMMESLAGHE, Pierre Van. *Droit des obligations*. Bruxelas: Bruylant, 2010, t. 3.
- OSSENBÜHL, Fritz. *Staatshaftungsrecht*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 1991.
- PÉREZ, Jesus González. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.
- SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 349-404.
- SHELLHAMMER, Kurt. *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2011.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SPEIDEL, Richard. Judicial and Administrative Review of Government Contract Awards. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 37, n. 1, p. 63-94, jan./mar. 1972.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, n. 1, p. 1-25, out./dez. 1965.

VIDAL, Laurent. *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*. Bruxelas: Bruylant, 2005.

WESTERMANN, Harm Peter; BYDLINSKI, Peter; WEBER, Ralph. *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

WIESER, Eberhard. Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage. *Juristen Zeitung*, Bisingen, v. 59, n. 13, p. 654-656, jun./jul. 2004.

Data da submissão: 6 de julho de 2017

Data do aceite: 19 de agosto de 2017