

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil

JEOVACIR BRAZ DA SILVA

A Boa-fé nos Contratos Administrativos

BRASÍLIA

2010

JEOVACIR BRAZ DA SILVA

A Boa-fé nos Contratos Administrativos

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto de Direito Público
para obtenção do título de Especialista em
Direito dos Contratos e Responsabilidade
Civil, sob a orientação do Professor Paulo
Roberto Roque Antonio Khouri.

BRASÍLIA

2010

Introdução

O tema “*A Boa-fé nos Contratos Administrativos*” será estudado no âmbito das normas específicas para os contratos da Administração Pública regidos pela Lei de Licitações em face do princípio da Boa-fé preconizado pelo Código Civil de 2002.

Justifica-se a escolha do tema pelo fato de o princípio da boa-fé ser um elemento determinante para a solução de conflitos decorrentes da inexecução dos contratos administrativos, quer por culpa da Administração Pública contratante, quer por culpa do particular contratado.

O princípio da boa-fé, consolidado que foi pelo Código Civil de 2002, não só se coaduna com perfeição aos contratos administrativos, mas, sim, são da sua essência, especialmente em razão dos princípios da moralidade e da publicidade.

As cláusulas exorbitantes da Administração Pública, em especial a rescisão unilateral de contratos administrativos, em razão do princípio da boa-fé, devem ser interpretadas de forma relativa e que não gere prejuízos ao contratado.

Apesar de a boa-fé, como parâmetro de interpretação e integração na análise dos contratos administrativos judicializados, já ser uma realidade, os seus reflexos não são bem explorados, quer pelo contratante, quer pelo contratado, como fundamento para se dirimir eventuais conflitos suscitados na via administrativa.

Nesse momento, o desafio é identificar os instrumentos hábeis a se aferir a boa-fé da Administração/Contratante e do Particular/Contratado que, da parte deste seriam as fundamentações dos pleitos e condutas externadas ao longo da execução contratual e, daquele, seriam as justificativas e as motivações da Administração Pública na prática de atos administrativos relacionados aos contratos.

Antes de adentrarmos ao tópico relativo à aplicabilidade do princípio da boa-fé nos contratos administrativos, julgamos que é importante trazermos para o debate algumas práticas que, segundo apontamentos feitos por Horácio Augusto Mendes¹ *apud* Alice Gonzalez Borges, estão se tornando comum entre órgãos da Administração, senão vejamos:

- a. pagamentos ao contratado com sistemáticos atrasos;

¹ MENDES, Horácio Augusto. *Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: 2008. Lumen Juris. p. 180.

b. deixar de pagar os débitos contraídos nas gestões anteriores, sobretudo se os antecessores pertencem a facções políticas diversas dos atuais governantes;

c. recusar o pagamento de débitos contraídos em gestões anteriores, alegando-se, pura e simplesmente, que as contratações a que se referem foram superfaturadas, sem que tal fato se comprove de forma alguma e sem nenhuma apuração de responsabilidades;

d. obrigar o administrado a recorrer à via judicial para obter o pagamento de seus créditos, embora a legitimidade das importâncias a serem cobradas esteja amplamente reconhecida pelos órgãos técnicos administrativos competentes;

e. suspender, por longos meses, a execução de obras ou serviços por ordem meramente verbal - para não deixar documento - e, depois, alegando-se que o contrato já está "vencido", abrir nova licitação para a mesma obra ou serviço, sem nenhum ressarcimento do primeiro contratado; e

f. usar de todos os privilégios processuais, de todos os recursos judiciais disponíveis, para protelar, *ad infinitum*, a solução final dos litígios.

Por outro lado, os agentes da Administração que atuam na área de licitações e contratos, não poucas vezes se deparam com práticas comuns e duvidosas por parte dos contratados, dentre as quais elencamos as seguintes:

a. os sucessivos pedidos de prorrogação de prazo de entrega do objeto do contrato, mediante alegações e comprovações fáticas duvidosas, especialmente aquelas relacionadas a fatos de terceiros (falta de matéria-prima e outros);

b. a entrega intencional do objeto do contrato com especificações distintas das estipuladas no contrato, contando com possíveis falhas da Administração no seu recebimento, ou ainda, com a possibilidade de interposição de recursos administrativos ou judiciais meramente protelatórios para o deslinde de questão envolvendo a qualidade desse objeto; e

c. os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato sem um mínimo de comprovação fática e dos efetivos reflexos negativos que impedem ou dificultam a execução contratual.

Neste ponto não podemos deixar de apontar que existe um “terceiro interessado” na fiel execução dos contratos administrativos: o interesse público materializado nas necessidades da sociedade, cujo alcance deve ser assegurado pelos Administradores Públicos, cidadãos, órgãos de controle interno e externo, setores organizados da sociedade e porque não, pelo próprio contratado.

Deve ser aqui ressaltado que o interesse público tutelado abrange os direitos e obrigações não só da Administração contratante, mas também do contratado, pois ao Estado não interessa impor ao particular contratado o ônus de suportar, sozinho, prejuízos da execução do contrato administrativo que não tenha relação direta com a álea econômica exclusiva do contratado, ou seja, aqueles prejuízos inerentes ao risco da atividade econômica e decorrentes de decisões empresariais autônomas.

São no contexto da satisfação do interesse público que deve transitar a aplicação e a investigação da presença da boa-fé em todos os atos que envolvem a execução dos contratos administrativos, tanto os atos administrativos praticados pela Administração contratante quanto os atos praticados pelo particular contratado.

2. O princípio da Boa-fé nas relações contratuais

De forma a delinear os contornos que envolvem o conceito do princípio da boa-fé nas relações jurídicas, partimos da manifestação do jurista Miguel Reale² acerca da amplitude que esse princípio envolve, donde pode se abstrair a sua importância para a sociedade, já que esse princípio impõe limites de conduta entre os integrantes dessa sociedade ao estabelecerem relações entre si.

E isso se deve ao fato de que a sociedade tem por objetivo o mínimo de conflitos possíveis entre seus integrantes e, especialmente nos casos das relações contratuais, que estas se executem nos exatos termos ajustados, pressupondo, assim, que os interesses dos contratantes serão satisfeitos na exata medida da qualidade e fidelidade da execução.

Daí ser relevante a equiparação feita pelo jurista entre a noção de boa-fé objetiva e a de “honestidade pública”, ou seja, a honestidade que se espera ser a base no estabelecimento de direitos e obrigações entre os cidadãos.

O Ministro José Carlos Moreira Alves³ nos explica que a expressão *bona fides* no direito romano das obrigações tinha como significado a fidelidade à palavra dada com o dever de cumprimento da promessa e que também consistia em exigir que os contratantes atuassem sem dolo e segundo o critério de relações leais, exigindo comportamento honesto positivo.

² Para o autor, “A boa-fé objetiva é noção sinônima de ‘honestidade pública’ e ‘se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual se impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.” (REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Artigo publicado in www.miguelreale.com.br, 20 mar. 2010.)

³ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 122.

Por fim, conclui que no direito pós-clássico, a boa-fé se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual.

Nelson Rosenvald⁴ também reconhece a importância do princípio da boa-fé para a sociedade na exata medida em que ele se justifica “no interesse coletivo de que as pessoas pautem o seu agir na cooperação e retidão”.

Entendemos que as necessidades de cooperação e de retidão decorrem do fato de que nenhuma pessoa é independente por si só, e, diante dessa característica, a opção do homem de viver em sociedade de forma a atingir melhores condições de sobrevivência a todos, ou seja, a consecução do bem comum.

Daí a colaboração mútua que se espera entre os membros da sociedade, e que essa colaboração seja efetivada em bases sólidas de honestidade, sob pena de que essa ‘dependência interpessoal’ cause sérios danos à sociedade.

Também chamamos atenção para o fato de que mesmo nas relações negociais em que interesses das partes estão localizados em posições opostas e até mesmo antagônicas, não afastam e nem impedem que as mesmas ajam segundo padrões éticos de comportamento e de honestidade em prol do bem comum da sociedade.

A doutrina subdivide o princípio da boa-fé em objetiva e subjetiva, onde esta seria fruto de um estado psicológico, um estado de espírito diante de um fato ou de um negócio jurídico, em que a pessoa, por desconhecimento ou ignorância sobre a realidade fática, conduz suas ações sem o ânimo de, deliberadamente, prejudicar ou causar prejuízos à outra parte.

Na boa-fé objetiva se perquire valores como a ética, de honestidade, respeito e de padrões de conduta socialmente aceitos e esperados no momento da celebração e na execução do contrato, sem a necessidade de se investigar qual era ou qual seria a vontade da parte no momento do ajuste.

Menezes Cordeiro⁵, referenciando outros autores consagrados, constrói ensinamento sobre a concretude da boa-fé objetiva e sua efetividade não em decorrência da lei, mas da

⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim / Coordenação: Renan Lotufo) p. 81.

⁵ O autor, *apud* Josef Esser e Karl Larenz, ensina que “A boa fé objetiva é entendida como do domínio do Direito Jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz. Torna-se, nessa medida, impraticável locubrar sobre os textos que a consagram. O estudo do litígio concreto, a comparação com casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente formam a base essencial duma investigação sobre a boa fé. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. v. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007. p. 43).

construção jurisprudencial de seu conteúdo em decorrência de sua aplicação pelo juiz ao julgar o caso concreto.

Renan Lotufo⁶ ao comentar sobre a boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé contratual ou negocial⁷, ensina que ela se caracteriza pelo dever de cada uma das partes agir de forma a “não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido”

Fernando Noronha⁸ muito bem sintetiza a diferenciação entre a boa-fé subjetiva, considerando esta como um “estado”, e a boa-fé objetiva como sendo um “princípio”.

Já Nelson Rosenvald⁹ *apud* Schmidt da Silva nos traz a informação de que a boa-fé objetiva se apresenta sempre acompanhada dos seguintes pressupostos:

- a. uma relação jurídica ligando duas pessoas e impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta;
- b. padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bônus pater familias*; e
- c. reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

3. A Boa-fé no Código Civil de 2002

Encontra-se em obras doutrinárias pátrias que o nosso Código Civil de 1916 possuía como essência a marca da individualidade que caracterizava o Estado da época, com ênfase de proteção ao credor, restando ao devedor apenas o cumprimento de suas obrigações.

⁶ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 315

⁷ Judith Martins-Costa situa a boa-fé objetiva no campo das obrigações e define um *standard* jurídico ou regra de comportamento: “Deixando de lado esses significados mais gerais (tutela da confiança) ou específicos (crença na aparência e ignorância escusável) podemos começar a delinear a boa-fé que vem traduzida no Direito das Obrigações, como modelo de conduta (positiva e negativa) e como cânone hermenêutico e integrativo. Essa é a boa-fé objetiva, também **chamada de boa-fé obrigacional, ou contratual**. Nessa acepção, a expressão ‘boa-fé’ indica, primeiramente, um modelo de comportamento, um *standard* valorativo de concretos comportamentos humanos. Esse *standard* considera modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios [...].(MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In *Jurisprudência Brasileira 200 – Princípio da boa-fé contratual*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 11.)

⁸ “A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio.” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132)

⁹ ROSENVALD, Nelson. *op cit.* p. 80.

A evolução da organização da sociedade e suas naturais mudanças conduzem à necessidade de se estabelecer novos conceitos e novas práticas nas relações sociais e interpessoais que melhor assegurem a satisfação do interesse público e, por via de consequência, a busca incessante do bem comum por todos almejado.

Assim, fica nítido em nosso ordenamento jurídico exemplo dessas transformações, onde se passou de uma visão individualista focada no credor para uma visão impregnada pelo princípio da socialidade, que foi acolhido pelo Código Civil de 2002.

Essa foi a constatação feita pelo jurista Miguel Reale¹⁰ ao se manifestar sobre o então projeto do Código Civil, atualmente em vigor.

Nesse contexto é possível perceber que o novo Código Civil, ante ao princípio da socialidade, deixou de priorizar o princípio da autonomia da vontade, em que a liberdade contratual dos contratantes de estipular livremente sobre os direitos e obrigações que regerão aquela relação contratual por intermédio de um simples acordo de vontades que, com o respaldo da ordem jurídica, poderá gerar efeitos perante terceiros.

Conforme nos aponta Alice Gonzalez Borges¹¹, há muito que o próprio contrato de direito privado, onde mais se desenvolveu essa priorização, vem sofrendo a progressiva desintegração da autonomia da vontade por influência do movimento democrático e social, do dirigismo econômico, das transformações mundiais, das incessantes descobertas tecnológicas e das modernas concepções econômicas.

Assim, é possível constatar uma acentuada publicização nas relações privadas de forma a amenizar a relevância do princípio da autonomia da vontade e se estabelecer certo equilíbrio, ou ao menos certa ponderação, entre o interesse particular dos contratantes e os interesses sociais.

É possível, também, lançar-se críticas a essa publicização em razão da própria dificuldade de se identificar quais seriam os interesses sociais que poderiam ser extraídos de

¹⁰ Reale identificou, de forma clara, que o projeto do Código Civil contemplava a mudança de uma visão. Segundo ele, “com a vigência de um novo Código Civil, que entre as suas diretrizes emprega o princípio da *socialidade* em contraposição ao sentido individualista do Código de 1916, mostra-se ainda marcante o exato dimensionamento da idéia do bem comum”. (REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto do Código Civil*. RT, São Paulo, n. 752, jun.1998. p. 8)

¹¹ BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

uma mera relação contratual de natureza privada, e que justificariam uma limitação na disposição de vontades entre as partes.

Essa discussão se dará no campo da tentativa da identificação da chamada função social contrato, expressamente imposta pelo art. 421 do Código de 2002, ao dispor que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"

Maria Helena Diniz¹² diz que o mencionado dispositivo trata de uma cláusula geral, por força de sua própria disposição, e impõe limites ao princípio da autonomia da vontade ao vincular o seu exercício diante do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, sem que isso, no entanto, configure a eliminação do princípio da autonomia contratual, mas uma atenuação e redução de seu alcance, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade humana.

Na mesma esteira da limitação do princípio da autonomia da vontade por força da sua vinculação com a função social do contrato, também temos o art. 422 do Código Civil de 2002, pelo qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé".

Esta norma estabelece um critério de temporalidade para fins de aplicação dos princípios da probidade e da boa-fé, em que, coercitivamente impõe aos contratantes o dever de observar esses princípios em suas relações contratuais, a partir do nascedouro, alcançando a própria execução contratual.

A observância ao princípio da boa-fé pelos contratantes, além de sua íntima simbiose com o princípio da probidade, decorre não só de sua importância interna nos atos e situações em que se consubstanciam os ajustes entre as partes, mas também, sua importância externa, já que o ajuste de vontade entre as partes podem gerar efeitos em relação a terceiros que, muitas das vezes, não tiveram participação direta nem indireta naquele ajuste. Daí a importância da referida imposição normativa em todos os momentos da relação contratual.

Não podemos nos esquecer que na transição entre a vigência do Código Civil de 1916 e a vigência do Código Civil de 2002, tivemos a aprovação do Código de Defesa do Consumidor por intermédio da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dispôs sobre os Processos Administrativos no âmbito da Administração Pública Federal. Ambas as normas tiveram como pontos importantes a adoção

¹² DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 321.

da boa-fé como um dos princípios norteadores, respectivamente, das relações de consumo e das relações entre a Administração e seus Administrados.

No caso da Lei nº 9.784, de 1999, o legislador preocupou-se em estabelecer que nos processos administrativos sejam observados critérios de atuação pautada na boa-fé (art. 2º, inc. IV) e, dentre os deveres do administrado perante a Administração, o de proceder com boa-fé (art. 4º, inc. II).

Assim, apesar de não possuir assento constitucional expresso, a boa-fé está contemplada em nosso ordenamento jurídico, de forma integral e satisfatória, como princípio norteador das relações privadas e das relações entre a Administração e Administrado.

4. A Boa-fé na Lei nº 8.666/93

O princípio da boa-fé, consolidado que foi pelo Código Civil de 2002, não só se coaduna com perfeição aos contratos administrativos, mas, sim, são da sua essência, especialmente em razão dos princípios da moralidade e da publicidade.

Desta forma, o princípio da boa-fé é um elemento fundamental a ser considerado quando da solução de conflitos decorrentes da inexecução dos contratos administrativos, quer por culpa da Administração contratante, quer por culpa do particular contratado, donde há de se investigar boa-fé nas condutas de cada um dos contratantes e que tenham, de alguma forma, comprometido a execução contratual.

Apesar de o princípio da boa-fé em relação aos contratos administrativos já ser um tema tratado por diversos autores, é de se constatar que no atual estágio das relações contratuais que envolvem o interesse público e o interesse privado não há que se discutir quanto à aplicabilidade da boa-fé aos contratos administrativos. Na verdade o princípio da boa-fé é parte essencial desses contratos, especialmente por sua íntima ligação como o princípio da moralidade insculpido no art. 37 da CF/88.

Em uma análise de nosso sistema legal é possível identificar uma íntima relação existente entre o princípio da boa-fé preconizado pelo Código Civil de 2002 e os princípios norteadores das contratações públicas, havendo entre eles uma complementaridade que, por consequência, relativizam a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes previstas pela Lei nº 8.666/93.

Por força do próprio art. 54 da Lei nº 8.666/93, a sua mera interpretação literal nos leva ao entendimento de que o princípio da boa-fé se aplica, obrigatoriamente, aos contratos administrativos firmados sob a égide da Lei de Licitações, pois, além de estabelecer que os contratos administrativos são regulados pelos preceitos de direito público, também nos informa que a esses mesmos contratos serão aplicados, de forma supletiva, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

No nível constitucional o *caput* do art. 37 elenca os cinco princípios que regem a administração pública, dentre os quais destacamos o da impessoalidade e o da moralidade em razão de estarem intimamente ligados ao princípio da boa-fé, formando assim, um tripé de sustentação e de legitimação de atos praticados pelos agentes públicos em relações contratuais firmadas pela Administração Pública.

Por seu turno, a própria Lei de Licitações, em seu art. 3º, elenca uma série de princípios norteadores da seleção da proposta mais vantajosa, princípios estes que também deverão ser observados quando da prática de atos administrativos decorrentes de execução de contratos.

Esse dispositivo repete os princípios da impessoalidade e da moralidade e abre a possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé não só pelo fato de sua relação com esses dois outros princípios, mas também, pelo de sua parte final estabelecer a aplicação de outros princípios que com eles sejam correlatos.

Conforme já dito anteriormente, a Lei nº 9.784/99 estabelece como dever dos Agentes Públicos (art. 2º, IV) e dos Administrados (art. 4º, II) de pautarem suas condutas pela rigorosa observância ao princípio da boa-fé e, em seu art. 69, estabelece que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas **subsidiariamente os preceitos desta Lei**”.

A Lei de Licitações encerra procedimentos administrativos próprios de licitações e de contratos, dos quais podem nascer inúmeras atuações e condutas da Administração contratante e do particular contratado, especialmente nos casos de alterações, rescisões contratuais, aplicações de penalidades, restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, dentre outros.

Como a Lei nº 8.666/93, em sua natureza procedimental, não possui normas que abarcam toda a regulação na relação entre a Administração contratante e o particular contratado, aqui equiparado ao administrado, a todos os atos administrativos e condutas do

administrado aplicam-se os preceitos elencados pela Lei nº 9.784/99, dentre eles o princípio da boa-fé.

Saindo do campo do Direito Público e adentrando ao campo dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, de aplicação supletiva à Lei nº 8.666/93, conforme previsão expressa do já transcrito art. 54, vamos nos deparar diretamente com o Código Civil de 2002, que conforme aqui já exposto, em seu art. 113 adotou expressamente o princípio da boa-fé objetiva como regra para interpretação dos negócios jurídicos.

Ora, como os contratos administrativos estão inseridos no universo dos negócios jurídicos, os quais possuem regramento próprio por um Código Civil que abraçou expressamente a boa-fé, tal fato reforça a aplicação desse princípio aos contratos administrativos tanto como dever de conduta que se espera dos contratantes (Administração e particular) quanto como critério de interpretação nos casos de pedidos formulados pelo particular à Administração, assim como nas justificativas e motivações dos atos administrativos praticados relacionados às alterações contratuais, apurações de inadimplências e outros atos decorrentes.

No controle judicial dos atos administrativos inúmeros são os julgados em que a decisões proferidas se valeram da mensuração da boa-fé objetiva como critério fundamental para o deslinde de questões decorrentes das relações contratuais.

Judith Martins-Costa¹³ nos informa que o princípio da boa-fé pode ser utilizado, como critério para valoração judicial, para se aferir o comportamento das partes nas questões a serem dirimidas em decorrência de problemas surgidos em decorrência da execução contratual, especialmente os inadimplementos.

Nos casos específicos de litígios decorrentes de contratos administrativos, temos inúmeros julgados em que, diante de situações análogas, a decisão judicial se diferencia a depender do resultado da mensuração da boa-fé por parte da Administração e do particular contratado.

¹³ A autora elenca as seguintes funções do princípio da boa-fé: a) otimizar o comportamento das partes [...]; b) corrigir e reequilibrar, se for caso, o conteúdo do negócio jurídico [...]; c) possibilitar, qualificar e mensurar o adimplemento satisfatório [...]; d) suprimir eventuais lacunas, atuando como cânone de integração do contrato; e) servir como critério de concretização dos deveres de diligência [...]; f) atuar como critério de ponderação dos deveres gerais de *neminem laedere*, na responsabilidade civil extra-contratual; g) limitar o exercício de direitos subjetivos, direitos potestativos (formativos) [...]; h) atuar como critério de mensuração e avaliação da ilicitude de meios, na forma do art. 187 do CC. (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In *Jurisprudência Brasileira 200 – Princípio da boa-fé contratual*. Curitiba: Juruá, 2004. pp. 15-16.)

Cita-se como exemplo as seguintes situações envolvendo contratos administrativos:

- a. a Administração em juízo arguindo a sua nulidade por força de disposição legal a pretexto de afastar a sua obrigação de pagar pelo serviço ou obra executada ou pelo fornecimento realizado pelo particular; e
- b. o particular ajuizando ações de cobrança contra o Poder Público, também em decorrência de contratos verbais, pleiteando os pagamentos que lhe são devidos em decorrência desses contratos considerados como nulos pela própria Lei de Licitações.

Nessas circunstâncias as decisões têm sido no sentido de que, confirmada a boa-fé por parte do particular, reconhece-se a ele o direito de perceber a remuneração que lhe é devida, restando à Administração contratante promover a responsabilização do seu agente que deu causa à ilegalidade. Nesse sentido, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. SERVIÇOS PRESTADOS. PAGAMENTO. NECESSIDADE. DISPOSITIVO LEGAL COM INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO DA DEMANDA.

[...]

3. Afirmada a efetiva prestação de serviços à Administração, **é devido o pagamento ao contratado que os prestou de boa-fé**, mesmo que indevidamente dispensada a prévia licitação. Conforme estabelece o art. 59, parágrafo único da Lei 8.666/93 "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

(REsp 707.710/MG, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.11.2005)

Por seu turno, ausente a comprovação da boa-fé do particular e, via de conseqüência, a pertinência da argumentação da Administração, a decisão judicial trilha por caminho totalmente oposto ao do caso anteriormente transcrito. Nesse sentido, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO VERBAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE. **BOA-FÉ AFASTADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA**. APLICAÇÃO DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE LICITAÇÕES.

I - **Consta do acórdão recorrido inexistir boa-fé na atitude da empresa agravante, de contratar com o serviço público sem licitação e por meio de contrato verbal**. Eis o trecho nele transcrito: "(...) não há elementos que autorizem o conhecimento da boa-fé da Autora, uma vez que estava ciente de que as contratações deveriam ser precedidas de licitação, pelo que se deduz da prova testemunhal, ou pelo menos de justificativa prévia e

escrita de dispensa ou possibilidade de licitação, em face do disposto no art. 26 da Lei de Licitações". (fls. 506). (g. n.)

II - Assim sendo, na esteira da jurisprudência desta colenda Corte, ante a única interpretação possível do disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, "é nulo o contrato administrativo verbal" e, ainda que assim não fosse, é nulo "pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público".

(AgRg no REsp nº 915.697/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 24.05.2007)

A despeito dos precedentes jurisprudenciais anteriormente transcritos e, no que diz respeito do art. 60 da Lei nº 8.666/93, em especial o seu parágrafo único, que considera nulos os contratos verbais firmados pela Administração Pública, cabe lembrar o magistério de Marçal Justen Filho de que o referido regramento tem por objetivo, dentre outros, evitar a argüição de boa-fé por parte do terceiro que firma esses contratos¹⁴.

A interpretação a ser dada ao mencionado dispositivo possui grande dificuldade e relevância na medida em que poderá se constituir em prejuízo ao Erário, ainda que se invoque a possibilidade de se responsabilizar agente da Administração que deu causa ao "prejuízo".

Vislumbramos algumas situações em que as causas e consequências decorrentes desses contratos verbais poderão gerar ao intérprete, especialmente na esfera administrativa, onde o princípio da legalidade restrita impõe ao gestor público uma vinculação de seu poder decisório à disposição expressa de ato normativo que regula a matéria.

Partindo-se da hipótese em que foi firmado um contrato verbal envolvendo um particular e a Administração Pública e que o mesmo foi integralmente executado pelo particular.

Considerando que com o adimplemento da obrigação pelo particular nasce a obrigação de pagar por parte da Administração, poderia o gestor público se negar a efetivar esse

¹⁴ O autor assim se manifesta sobre a finalidade do art. 60 da Lei nº 8.666/93: "2) Finalidade da Regra do Art. 60 - As exigências contidas no art. 60 destinam-se a assegurar a possibilidade de fiscalização sobre o cumprimento das formalidades legais. Impõe-se a lavratura dos contratos por instrumento escrito, na repartição interessada, arquivados em ordem cronológica, com registro de seu extrato. Logo, não se admite a escusa do extravio ou desconhecimento sobre a existência do contrato. A imposição de tais formalidades impede a ocultação ou o sigilo acerca do contrato. Isso reprime a tentação da prática de irregularidades, pois a impunidade é extremamente improvável. 3) Contratos Verbais A ausência de forma escrita acarreta a nulidade do contrato, que não produzirá efeito algum (excetuada a hipótese prevista no parágrafo único). A gravidade da consequência também se destina a reprimir atuações indevidas e ilícitas. O terceiro não poderá argüir boa-fé ou ignorância acerca da regra legal. Se aceder com contratação verbal, arcará com as consequências". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, pág. 513, g. n.).

pagamento sob o argumento de que esse contrato seria nulo e de nenhum efeito, em razão do que dispõe o parágrafo único do art. 60 da Lei de Licitações?

Ora, partindo-se do princípio de que não se admite o enriquecimento sem justa causa¹⁵, nem mesmo por parte da Administração Pública, uma possível solução está no parágrafo único do art. 59 da mesma Lei, senão vejamos:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. **A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável**, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. **(grifei)**

Se na análise do caso concreto for possível aferir a presença da boa-fé por parte do particular e, afastada qualquer possibilidade de conluio entre este e a autoridade da Administração Pública que tenha legitimidade para a prática de atos relacionados à nulidade do contrato verbal, o pagamento se dará não a título de pagamento por uma contraprestação contratual, mas sim a título de indenização, conforme a disposição expressa.

A única ressalva que afasta o dever de indenizar por parte da Administração será nas circunstâncias em que for imputável ao particular a conduta que tenha concorrido diretamente para aquela ilegalidade e por outros prejuízos decorrentes do malfadado ajuste, ou seja, comprovada a ausência de boa-fé parte do particular, não se pode reconhecer a este o direito à percepção de qualquer valor, seja a que título for.

Dentro de uma interpretação sistemática, essa solução estaria em consonância e também teria a guarida de diversos dispositivos do próprio Código Civil, dentre eles do art. 422, que impõe aos contratantes a observância ao princípio da boa-fé, e do art. 884, que assim dispõe: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Em caso de contratos verbais, a efetivação de qualquer pagamento ao particular pela Administração Pública deverá ser precedida de rigorosa apuração por intermédio de procedimento administrativo específico, de forma a se verificar as condutas do particular e do

¹⁵ Para Limongi França, “Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico” (FRANÇA, R. Limongi. *Enriquecimento sem causa*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987)

agente da Administração que tenha dado causa à nulidade de forma a subsidiar o processo decisório e sinalizar para as eventuais responsabilizações de seus agentes.

Um dos principais elementos para o deslinde da controvérsia está na identificação do princípio da boa-fé nas condutas do particular. Presente a boa-fé, é possível concluir-se pelo dever de a Administração ao menos indenizar o particular. Por sua vez, a ausência da boa-fé conduz, de forma indubitável, ao dever de se rechaçar quaisquer efeitos do malsinado contrato, na forma o parágrafo único do art. 60 da Lei de Licitações, sob pena de flagrante caracterização de dano ao Erário.

E assim tem sido vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Além das decisões já transcritas anteriormente, colacionamos trechos dos seguintes julgados:

a. Recurso Especial Nº 998.890 – RJ: “o *simples fato de não existir contrato administrativo escrito não autoriza o "calote", e, por conseguinte, o enriquecimento ilícito da Administração Pública*”.

b. Recurso Especial Nº 859.722 – RS: “se o Poder Público, embora obrigado a contratar formalmente a prestação do serviço de energia elétrica, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a manutenção do índice de juros de mora na razão de 0,5% a.m., porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da **boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública)**”.

c. Agravo de Instrumento Nº 1.002.352 – RS: “isso porque o aresto impugnado encontra-se em consonância com a orientação deste Superior Tribunal de Justiça de que a nulidade do contrato administrativo não desonera a Administração Pública do dever de indenizar o contratado, exceto nos casos em que se comprova que este agiu de **má-fé**”.

d. Recurso Especial Nº 768.811 – RJ: “(...) como a Administração tinha ciência dos fatos, através de seus prepostos, estes que solicitaram a continuidade da obra, deverá arcar com os custos extras, em sendo impossível o retorno ao *status quo ante*, isto é, o desfazimento da obra. A autora não deu aso a qualquer nulidade; [...] Agiu repito, de **boa-fé**, tendo o direito a se ressarcir pelos custos extras não cobertos pelo contrato, [...]. Até porque, caso entendêssemos em contrário, haveria enriquecimento sem causa da administração, fato intolerável em virtude da ordem constitucional - art. 37, *caput* -, em específico o princípio da moralidade”.

e. Só para enriquecimento da lista de precedentes do STJ, indicamos também os julgados de Recurso Especial Nº 618.873 – RS e o AgRg no Recurso Especial Nº 974.092 – SP.

Salienta-se, ainda, que, havendo pagamento em decorrência de prestação de serviços ou fornecimento de bens, é possível concluir que a responsabilização do agente da administração que deu causa à nulidade ficaria adstrita à esfera administrativa e penal, e, quanto à esfera civil, ela somente será possível nos casos de comprovação e quantificação dos prejuízos causados à Administração.

Mas as possíveis soluções até aqui apresentadas não são tão simples como possam parecer. A investigação da boa-fé nos contratos administrativos, como já dissemos, deve ser feita de forma criteriosa e extremamente rigorosa.

Esse cuidado decorre da regra geral do dever de licitar, onde se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, imposta pelo inciso XXI do art. 37 da CF/88, e dos princípios em que se fundam as contratações públicas, especialmente, a isonomia, a impessoalidade, a publicidade e da probidade administrativa.

Por que tudo isso? Ora, por trás de determinadas condições, situações ou documentos relativos a contratos administrativos, que conduzam uma aparente comprovação de atuação dos contratantes de acordo com o princípio da boa-fé, podemos nos deparar com realidade totalmente distinta. Tal prática pode ter o objetivo de privilegiar determinado particular em uma contratação com a Administração, até mesmo mediante contratações verbais, sabidamente nulas por força do parágrafo único do art. 60 da Lei de Licitações.

Essa regra do art. 60 tem por objetivo homenagear a publicidade dos contratos administrativos, os quais deverão ser firmados mediante procedimento licitatório que assegure ampla competitividade, isonomia entre os licitantes e obtenção da proposta mais vantajosa.

Assim, a investigação desidiosa da boa-fé nos casos de contratos verbais e o reconhecimento do direito do particular contratado a uma indenização poderá estar se constituindo em uma convalidação ou em um estímulo à burla ao dever de licitar. É questão que merece ser sopesada.

Por ser pertinente aos já mencionados na investigação da boa-fé e esta se tratar de um conceito jurídico indeterminado, convém trazer a conclusão de Flávio Henrique Unes

Pereira¹⁶ no sentido de que o fato de o legislador, num plano de justificação, utilizar um conceito jurídico indeterminado não implica em discricionariedade, pois no plano de aplicação das normas, ela resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público.

Maria Helena Diniz¹⁷ ao comentar o abuso de direito previsto ou exercício irregular do direito previsto pelo art. 187 do Código Civil se manifesta no sentido de que o exercício de um direito, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Ela continua dizendo que, sob a aparência de um ato legal ou lícito, pode se esconder a ilicitude nos resultados, por atentado ao princípio da boa-fé ou por desvio da finalidade sócio-econômica para a qual o direito foi estabelecido.

A investigação da boa-fé nos contratos administrativos, especialmente os verbais, deve ser realizada na exata medida, de forma a afastar qualquer possibilidade de conluio, simulação, fraude ou qualquer outro ardil que tenha por objetivo a fuga à licitação e privilégio a um determinado particular em detrimento dos demais, com prejuízo à ampla competitividade.

5. A aferição da Boa-fé nos contratos administrativos

Sílvio Venosa¹⁸, ao comentar o art. 422 do Código Civil de 2002, pelo qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”, ensina que ele foi inspirado no art. 1337 do Código Civil italiano e, além de também possuir natureza de cláusula geral, cuida do dever das partes de agir de forma correta **antes, durante e depois** do contrato, ou seja, norteia a pesquisa do princípio da boa-fé em todos esses momentos da relação contratual.

¹⁶ Para o autor, “a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela administração não compromete uma amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação e aplicação da norma – juízo de legalidade – e não mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade”. (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em 21 mai. 2010)

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 2 - Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. p. 387.

Por sua vez, Jones Figueiredo Alves¹⁹ *apud* Antonio Junqueira de Azevedo, afirma que o referido dispositivo apresenta insuficiências e deficiências quanto à boa-fé, pelo fato de não valorar a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento. Em suma, o autor entende que a redação do referido dispositivo não se mostrou suficiente para abarcar a observância da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.

Com muita propriedade, Menezes Cordeiro²⁰ também identifica situações em que se requer a averiguação da boa-fé objetiva e que, a nosso ver, se coaduna perfeitamente com a manifestação de Venosa e com o Enunciado nº 25 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, pelo qual “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual”.

No que se refere aos contratos administrativos, esses momentos ou fases do contrato mencionadas por Venosa, nos conduz a várias situações dentro dos procedimentos licitatórios em que se pode perquirir esse dever de agir, ou seja, a boa-fé tanto do particular quanto da Administração Pública.

Como exemplo, na fase do certame licitatório propriamente dito e **antes** da contratação, temos a chamada fase de impugnação de editais, em que o particular interessado tem a possibilidade de solicitar esclarecimentos e impugnar eventuais regras editalícias que comprometam a competitividade e outros princípios licitatórios. Nesse momento, cabe a ele trazer argumentos claros, objetivos e bem fundamentados de forma a não se caracterizar sua impugnação como um mero descontentamento ou tentativa de restringir a participação de outros interessados no certame.

Por seu turno, na fase de impugnação de edital, cabe à Administração promotora da licitação analisar criteriosamente os argumentos apresentados pelo particular que, se procedentes, conduzirá à única decisão administrativa cabível, qual seja, o acatamento da impugnação e conseqüentes alterações da regra editalícia.

¹⁹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Novo código civil comentado*. 2. ed., [rev. e aum.]. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 376.

²⁰ O autor, em contraposição às manifestações subjetivas da boa-fé, ensina que “A boa fé objectiva, pelo contrário, bem mais complexa, requer averiguação separada dos três grandes grupos dotados de autonomia institucional: a actuação de boa fé, que inclui a culpa na formação dos contratos, a execução das obrigações e outras figuras, o exercício inadmissível de posições jurídicas, ainda conhecido por abuso do direito e a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias. (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *op cit.* p. 50.)

Assim, a boa-fé do particular e da Administração na fase de impugnações ao edital pode evitar a continuidade de um procedimento licitatório eivado de nulidade que, se não for reconhecido na esfera administrativa, poderá sê-lo na esfera judicial e com conseqüências muito mais danosas à própria Administração Pública, em razão do não-atendimento do interesse público que se pretendia satisfazer com aquela contratação.

Já na fase específica da execução do contrato administrativo, ou seja, **durante** o contrato, a importância da boa-fé dos contratantes deve se fazer presente não só na execução propriamente dita, mas também em todas as condutas relacionadas às alterações contratuais, das quais exemplificamos as seguintes:

- a. pedidos de prorrogação de prazo de entrega e de execução de serviços por parte do contratado e conseqüente decisão da Administração contratante;
- b. alterações de especificações técnicas pela Administração contratante, assegurando-se ao contratado o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- c. acréscimos e supressões quantitativas e qualitativas do objeto do contrato pela Administração contratante e suas conseqüências na economia de escala;
- d. reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de alteração da carga tributária ocorrida posteriormente à assinatura do contrato.

Neste ponto, obrigamo-nos a trazer o ensinamento de Menezes Cordeiro²¹ acerca da aplicação da boa-fé para a resolução de casos concretos, senão vejamos:

A cientificidade da boa fé, tratando-se de Ciência do Direito, corresponde à possibilidade efectiva de, com ela, **resolver questões concretas**. Há que se partir destas para determinar a regulação em jogo. Em tal desempenho, vai propor-se, com auxílio nas fontes, na doutrina e, em especial, na jurisprudência, **o regime actual da boa fé, nas suas aplicações variadas.**
(g.n.)

Na via administrativa, a aferição da boa-fé da Administração contratante se dará mediante a análise das justificativas e das motivações que encerram a prática de todos os atos administrativos relacionados à execução contratual. E isso não é criação da doutrina ou da jurisprudência, mas da própria Lei de Licitações ao estabelecer determinados requisitos e justificativas em que se consubstanciam decisões administrativas relativas às alterações contratuais, prorrogações de prazos e outros.

²¹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *op cit.* p. 18.

Também na via administrativa, a boa-fé do contratado particular poderá ser investigada mediante a análise de condutas por ele exteriorizadas em relação à Administração e a terceiros, documentos apresentados para instruir requerimentos diversos relacionados à execução contratual, qualidade do objeto do contrato entregue ou executado dentre outros.

A nosso ver, em razão da adoção da modalidade licitatória do Pregão, especialmente o Pregão Eletrônico, onde há amplo acesso e acompanhamento por qualquer pessoa pela rede mundial de computadores, aliado à inversão de fases (julgamento de propostas antes da verificação da habilitação) houve uma significativa diminuição de litígios entre o órgão licitante e os interessados na licitação.

Com o aumento da importância que a Administração Pública vem dando ao acompanhamento da execução dos contratos administrativos firmados, e com uma atuação mais efetiva dos particulares contratados no resguardo de seus direitos contratuais, também há um natural aumento das demandas administrativas e judiciais envolvendo as condutas de ambos na execução dos contratos, criando, assim, um ambiente propício ao exercício da investigação da boa-fé dos contratantes.

É nesse ambiente que iremos nos deparar com as conhecidas cláusulas exorbitantes, que, por sua assimetria entre o particular e a Administração, assegura a esta algumas prerrogativas de algumas decisões unilaterais, dando uma falsa impressão de que, em nome do interesse público, a Administração pode tudo e o particular nada pode.

As cláusulas exorbitantes da Administração são aquelas do art. 58 da Lei nº 8.666/93: alteração unilateral do contrato; rescisão unilateral contrato; fiscalização da execução do contrato; aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial; e ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

A nosso ver, e a prática tem demonstrado isso, as cláusulas exorbitantes não se revestem de um poder absoluto da Administração Pública e, muito pelo contrário, elas sofrem limitações pela própria Lei de Licitações. E é no âmbito dessas limitações que o particular poderá atuar para evitar eventuais abusos e os desvios de finalidade por parte dos agentes da Administração.

Ademais, ainda que as cláusulas exorbitantes sejam uma prerrogativa da Administração Pública nos contratos administrativos, elas deverão ser aplicadas nas condições

impostas pela lei, sempre em consonância com o princípio da boa-fé²², não podem, seja a que pretexto for, gerar prejuízos desarrazoados ao particular contratado.

Por seu turno, essas mesmas cláusulas exorbitantes, com todas as suas limitações legais, também têm a finalidade de evitar que o particular contratado atue de forma a causar danos ou transtornos à satisfação do interesse público em suas relações contratuais com o Poder Público.

A relatividade dessas cláusulas decorre de limitações ao seu exercício das quais citamos como exemplo as necessárias justificativas e motivações das alterações unilaterais; e rescisão unilateral de contrato e respectivas aplicações de sanções necessariamente precedidas de processo administrativo que assegure ampla defesa e o contraditório.

Dizemos, mais uma vez, que em decorrência dessas limitações e do direito de defesa do particular, nos casos de questionamentos envolvendo a execução de contratos administrativos, a sua discussão abrangerá não só os aspectos formais e o atendimento dos requisitos legais, mas também, a boa-fé nas condutas do particular contratado e da Administração contratante, não podendo se admitir toda qualquer espécie de má-fé²³.

Entendemos, também, que a relativização das cláusulas exorbitantes decorrentes das limitações legais e a obrigatoriedade de condutas de acordo com o princípio da boa-fé, acompanham uma tendência de se mitigar o interesse público e o interesse privado, de forma que nenhum deles venha a ser prejudicado em decorrência das relações contratuais firmadas.

²² Nesse ponto, é muito interessante a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, feita por GIACOMUZZI em face dos contratos administrativos: “[...] ajuda muito, na busca do conteúdo da norma, a distinção entre a boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. É que ao invocarmos aquela, algo de essencial à compreensão do tema exsurge: a desnecessidade de investigação do eventual elemento psicológico do agente; ou seja, a boa-fé objetiva prescinde de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente. O ato administrativo que a fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções. O comportamento administrativo, despersonalizado, deve ser conforme a boa-fé objetiva.” (GIACOMUZZI, Jose Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 241.)

²³ “a virtude da boa-fé consiste em acreditar no que diz e dizer o que acredita. Quem está de má-fé, mente; mas quem mente não está necessariamente de má-fé. [...]. No mesmo sentido, quem está de má-fé, engana; mas quem engana não está sempre de má-fé. Isso porque age de boa-fé aquele que acredita no que diz, mesmo quando está equivocado. Se alguém desconhece a verdade dos fatos sobre os quais fala, mas acredita sinceramente ser veraz o que deles sabe, está de boa-fé. [...] Em razão da cláusula geral da boa-fé objetiva, os contratantes devem-se, tanto nas negociações como na execução do contrato, mútuo respeito quanto aos direitos da outra parte. Condutas que denunciam ou sugerem o desrespeito – como a ocultação de vícios da coisa – caracterizam ausência de boa-fé. O descumprimento do dever geral de boa-fé objetiva implica, pela lei, apenas a responsabilidade civil do contratante faltoso, que deve indenizar todos os prejuízos sofridos pela parte cujos direitos desrespeitou. Não há previsão legal que fundamente a revisão ou resolução do contrato em virtude da má-fé do contratante”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 33.)

Ao desmistificar a relação de supremacia como instrumento de ação do Estado, Diogo de Figueiredo²⁴ diz que “a supremacia não seria do Estado, uma vez que a prelazia de um instrumento jamais poderia sacrificar a substância de um direito fundamental” e que “a passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca fortemente o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre cidadão e Estado”.

Na mesma linha de entendimento, Bandeira de Mello²⁵ manifesta-se nos sentido que “toda a atuação da Administração Pública deve ter por fim o interesse público. Existem, entretanto, graduações, conforme predomine o interesse público, haja concorrência entre o interesse público e particular, ou mesmo predomine o interesse do particular.

Não podemos nos esquecer, ainda, que na relação contratual entre Administração e o particular, existe um terceiro interessado, qual seja, a sociedade a quem é dirigida a satisfação do interesse público. Assim, esses três atores, direta e indiretamente, devem buscar a fiel execução dos contratos administrativos e a omissão ou desídia de qualquer um deles poderá acarretar expressivos transtornos à coletividade.

6. Conclusão

Dessa forma, considerando-se o que aqui foi apresentado, é possível concluir que o princípio da boa-fé, expressamente adotado pelo Código Civil de 2002, além de ser uma cláusula geral aplicável a todos os contratos de natureza privada, também é aplicável aos contratos administrativos.

Justifica-se perfeitamente a aplicação da boa-fé nos contratos administrativos especialmente pelo fato de que eles objetivam a satisfação das necessidades da sociedade, em um ambiente atual tendente à uma complementaridade entre o interesse público e o interesse privado, de forma a melhor atender o interesse da coletividade.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 93, p. 7 – 18, set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteúdoShow.aspx?idConteúdo=62588>> Acesso em 10 abr. 2010.

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 330.

Além dessa mitigação, por força dos requisitos, motivações e justificativas exigidas pela Lei de Licitações, nos conduz ao entendimento de que as cláusulas exorbitantes são relativizadas por essas limitações legais impostas à Administração Pública.

Da mesma forma que se exige de todos aqueles que firmam contratos em suas relações privadas, exige-se também do particular em suas relações contratuais com a Administração Pública, ou seja, atuação de acordo com o princípio da boa-fé.

Havendo conflito nos momentos que antecedem a assinatura de contratos administrativos (procedimento licitatório), durante e após execução dos mesmos, a investigação da boa-fé nas condutas da Administração contratante e do particular contratado será uma ferramenta fundamental para o seu deslinde, pois de todos se espera uma conduta leal e honesta.

Se a detecção de algum dano indevido a terceiro ou à coletividade, decorrente de contratos de natureza privada, conduzem à constatação de que a autonomia contratual foi exercida de forma injurídica, obrigando à reparação, os danos decorrentes de contratos administrativos, que por sua natureza possuem diminuta autonomia contratual, merecem imediata reprimenda ao agente público e ao particular, posto que as limitações legais específicas na autonomia da vontade a eles inerentes (princípio da legalidade restrita) têm como objetivos, dentre outros, proteger o patrimônio público e evitar danos ao Erário e ao particular.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13 jan. 2010
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. v. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: editora Saraiva, 2004.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Novo código civil comentado*. 2. ed., [rev. e aum.]. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FRANÇA, R. Limongi. *Enriquecimento sem causa*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.
- GIACOMUZZI, Jose Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. In *Jurisprudência Brasileira 200 – Princípio da boa-fé contratual*. Curitiba: Juruá, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Horácio Augusto. *Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: 2008. Lumen Juris.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, nº. 93, p. 7 – 18, set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteúdoShow.aspx?idConteúdo=62588>> Acesso em 10 abr. 2010
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em 21 mai. 2010

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim / Coordenação: Renan Lotufo)

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Artigo publicado in www.miguelreale.com.br, 20 mar. 2010.

REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto do Código Civil*. RT, São Paulo, n. 752, jun.1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 2 - Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.